

REVISTA

DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Edição nº 11 - Reforma do Código de Processo Civil

Carolina Cantarutti Denardin
Elpídio Donizetti
Evandro Teixeira Homercher
Felipe Kirchner
Fernando Vogel Cintra
Fredie Didier Junior
Gustavo Lindenmeyer Barbieri
Handel Martins Dias
Maria Lúcia Baptista Moraes
Raul André Mathias

Coord. Editorial
Felipe Kirchner



REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
do Rio Grande do Sul

Porto Alegre/RS

2015



ISSN 2177-8116

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [online] / Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 6, V.11 (janeiro/abril.2015). – Porto Alegre: DPE, 2015 –

Quadrimestral.

Modo de Acesso: <<http://www.dpe.rs.gov.br>>

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN 2177-8116

1. Direito - Periódico I. Rio Grande do Sul (estado). Defensoria Pública.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Gilmará Gomes - CRB-10/1367

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO

Nilton Leonel Arnecke Maria

CORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Yara Nasario

COORDENADOR DA REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Felipe Kirchner

CONSELHO EDITORIAL

Alvaro Roberto Antanavicius Fernandes

Gustavo Lindenmeyer Barbieri

Vivian Rigo

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666 – Centro Histórico

CEP 90010-100 – Porto Alegre/RS

Tel. 51 3211-2233

www.dpe.rs.gov.br/site/revista_eletronica.php

APRESENTAÇÃO

A Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul apresenta a décima primeira edição de sua Revista, periódico de veiculação quadrimestral, que inaugura o ano de 2015 abordando um dos temas mais importantes da atual cena jurídica: o Novo Código de Processo Civil. Trata-se de lei de suma importância para o universo jurídico, recentemente sancionada e que se encontra em período de *vacatio legis*.

A presente edição, sem a intenção de esgotar o assunto, mas honrando a natureza inquieta e questionadora da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, levanta temas pertinentes à eficácia do novo CPC antes do término do período de vacância da lei. Os artigos tratam dos critérios de fixação da competência, do princípio da cooperação, do instituto da assistência, da distribuição das provas dentro do processo civil, da dogmática e da força dos precedentes, matéria analisada por dois autores, tamanha sua importância diante do advento do novo diploma legal. Discute ainda os métodos de solução consensual de conflitos e o papel da Defensoria como instituição vocacionada para solução dos conflitos sociais. E finaliza analisando a possibilidade de aplicação subsidiária do novo estatuto processual civil ao processo administrativo.

Elaborada por Defensores Públicos, Advogados, Magistrados, Professores e renomados operadores do direito, inclusive membros da Comissão de Reforma do Congresso Nacional, esta edição conta com dez artigos cujo principal viés é trazer à lume as novidades da nova codificação processual civil.

O primeiro trabalho, da lavra do autor Fredie Didier Jr, defende a possibilidade de atribuição de efeitos às normas decorrentes do Novo Código de Processo Civil mesmo no período de *vacatio legis*.

Iniciando a comparação entre a atual e a nova legislação processual civil, a autora Maria Lúcia Baptista Moraes desenvolve uma análise crítica acerca dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em confronto com decisões do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar os critérios de fixação de competência e o enquadramento de cada um deles como competência absoluta e relativa.

Seguindo com o estudo comparado, a autora Carolina Cantarutti Denardin, trata da definição do princípio da cooperação no processo civil brasileiro, expondo a construção de um modelo processual cooperativo, enfrentando, especificamente, o papel do juiz e os seus deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio, propiciando uma releitura de certos institutos sob a ótica da cooperação.

Ainda no compasso da comparação, o autor Handel Martins Dias estuda o regime da assistência no Código de Processo Civil de 2015, apontando as inovações implementadas pela nova regra em relação ao referido instituto.

Do mesmo modo, prossegue o autor Raul André Mathias ao examinar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, incluindo a sua disciplina na nova codificação.

O artigo que assino discorre sobre a importância dos métodos de solução consensual de conflitos, destacando o papel da Defensoria Pública, apresentando-a como a Instituição de Estado onde a promoção da solução consensual é realizada prioritariamente e onde os modelos não adversariais podem alcançar seu real potencial de salvar o processo civil de um estado de autofagia, eis que se trata de Instituição nascida sob o signo do viés consensual de resolução dos conflitos sociais.

Ainda, apresenta-se artigo do colega Gustavo Lindenmeyer Barbieri, o qual visa à análise da nova legislação processual a partir das perspectivas de seus organizadores, assinalando os pontos gerais de evolução sem, todavia, deixar de expor a crítica sobre escolhas específicas. Diante da necessidade de se incluírem instrumentos que reforçam o caráter público do processo civil, ramo do Direito o qual já integrava, e dentre os quais salienta a explícita constitucionalização do processo, o autor enfrenta a temática da Defensoria Pública, entendendo que é imprescindível que a sua posição seja lida de acordo com os preceitos que a conformam e que matizam sua participação no processo, independente do polo que ocupe, e seja internalizada pelos operadores como a atuação/obrigação do Estado de tutela da vulnerabilidade e da hipossuficiência em todas as suas formas.

Seguem-se dois artigos que discutem a importância dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. O primeiro, de autoria de Elpídio Donizetti, trata da força dos precedentes e informa que embora o Brasil possua um sistema jurídico essencialmente baseado na *Civil Law*, é possível constatar que as decisões judiciais paradigmáticas estão sendo aos poucos adotadas pela legislação processual civil com a finalidade de imprimir maior segurança e celeridade ao trâmite processual. Já o segundo, cujo autor é Fernando Vogel Cintra, discorre sobre a dogmática dos precedentes na nova lei processual civil, tendo como paradigma o direito estadunidense, visando elucidar duas questões principais: como o Poder Judiciário dos Estados Unidos da América concretizou a ideia da *stare decisis* e quais são as possibilidades jurídicas geradas pela dogmática dos precedentes, no quadro normativo a entrar em vigor com o novo Código de Processo Civil brasileiro.

Por fim, o autor Evandro Homercher demonstra que a nova legislação pode se relacionar de forma harmônica com as demais áreas do Direito ao

prever a sua utilização, quando presente situação de lacuna processual, no processo administrativo.

Assim, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, por meio desta edição, espera instigar o debate e estimular o estudo sobre o Novo Código de Processo Civil, fazendo votos de que as sementes da curiosidade e da vontade de saber sejam plantadas também no leitor.

Porto Alegre, abril de 2015.

FELIPE KIRCHNER

Defensor Público

Coordenador da Revista da Defensoria

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
EFICÁCIA DO NOVO CPC ANTES DO TÉRMINO DO PERÍODO DE VACÂNCIA DA LEI.....	11

Fredie Didier Jr

CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA E A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL ABSOLUTA: UMA ANÁLISE ENTRE O ATUAL E O NOVO CPC.....	20
---	-----------

Maria Lúcia Baptista Moraes

O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	52
---	-----------

Carolina Cantarutti Denardin

A ASSISTÊNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	78
--	-----------

Handel Martins Dias

A NOVA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	123
---	------------

Raul André Mathias

A VEZ DAS SOLUÇÕES CONSENSUAIS DE CONFLITOS E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA.....	157
---	------------

Felipe Kirchner

A DEFENSORIA PÚBLICA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	215
--	------------

Gustavo Lindenmeyer Barbieri

A FORÇA DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	250
--	------------

Elpídio Donizetti

DOGMÁTICA DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: UMA PERSPECTIVA COMPARADA A PARTIR DO DIREITO ESTADUNIDENSE.....273

Fernando Vogel Cintra

O NOVO ESTATUTO DO PROCESSO CIVIL E O PROCESSO ADMINISTRATIVO: UM DIÁLOGO POSSÍVEL.....302

Evandro Homercher

EFICÁCIA DO NOVO CPC ANTES DO TÉRMINO DO PERÍODO DE VACÂNCIA DA LEI

Fredie Didier Jr.¹

RESUMO: Este ensaio tem por objetivo defender a possibilidade de atribuição de efeitos às normas decorrentes do novo CPC, mesmo no período da *vacatio legis*.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Código de Processo Civil. Direito transitório. *Vacatio legis*. Eficácia das normas jurídicas.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Generalidades. 3 Proposta. 3.1 Normas jurídicas novas. 3.2 Pseudonovidades normativas. 3.3 Normas simbólicas; 4 Arremate; 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O novo CPC acaba de ser aprovado e começará a vigor no dia 18 de março de 2016.

É elementar a lição de que uma lei não produz efeitos no período da *vacatio legis*; por não estar em vigor, de seu texto não é possível extrair consequências normativas.

O Código de Processo Civil é uma lei federal. O raciocínio deveria ser semelhante: somente após a *vacatio* de um ano, o CPC poderia surtir efeito.

Mas talvez a edição de um texto normativo novo – sobretudo de um novo Código, com mais de três mil enunciados dispositivos (artigos, incisos, parágrafos, alíneas) – não seja algo totalmente anódino durante o período da *vacatio*.

Para demonstrar essa hipótese, é preciso firmar uma premissa: texto normativo não se confunde com a norma jurídica. Lei não é norma jurídica; lei é fonte de norma jurídica.

¹ Livre-docente (USP), Pós-doutorado (Universidade de Lisboa), Doutor (PUC/SP) e Mestre (UFBA). Professor-associado de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Diretor Acadêmico da Faculdade Baiana de Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, da Associação Internacional de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Advogado e consultor jurídico.

Riccardo Guastini acentua a diferença entre texto e norma. Norma é o resultado da interpretação; o texto, o seu objeto. Entende o autor como interpretação jurídica “a atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo.”² O discurso do intérprete seria construído na forma do enunciado “T significa S”, em que T equivale ao texto normativo e S equivale ao sentido que lhe é atribuído.³ Seguindo essa linha, Humberto Ávila também afirma: “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.”⁴ Na verdade, trata-se de uma reconstrução de sentido, do conteúdo semântico inicial inerente ao texto, já que “há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem”⁵. Ávila chama de “núcleos de sentido” os significados mínimos incorporados ao texto pelo uso linguístico e pela comunidade do discurso. A norma seria, assim, uma construção a partir de algo; logo, seria uma reconstrução.⁶

A norma jurídica é o resultado da interpretação do texto (signo de linguagem) ou dos sinais (circunstâncias fáticas) dos quais ela é decorrente. Estes funcionam como ponto de partida da interpretação cujo sentido inicial a eles atribuído pode, inclusive, ser revisto no decorrer do processo do compreender.

O novo CPC é texto normativo, de cuja interpretação inúmeras normas jurídicas decorrerão. Essas normas jurídicas somente poderão ser aplicadas após o período de vacância. Três perguntas vêm à mente, porém: a) será que os novos textos normativos do CPC-2015 produzem apenas normas jurídicas novas?; b) textos normativos novos ainda não vigentes produzem algum impacto na argumentação jurídica? c) há normas jurídicas novas que podem produzir efeitos mesmo no período da *vacatio*?

Para responder a essas perguntas, é preciso esboçar uma tipologia das normas jurídicas que podem surgir do novo CPC.

2 PROPOSTA

Apenas como forma de facilitar a resposta às três perguntas formuladas, é possível classificar as normas jurídicas provenientes do novo CPC em três grandes grupos: a) *normas jurídicas novas*; b) *pseudonovidades normativas*; c) *normas de caráter simbólico*.

² GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23-24.

³ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., p. 24.

⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 32.

⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 33.

A classificação não tem pretensão de exaustividade, mas serve, ao menos por ora, para dar início à discussão.

2.1 NORMAS JURÍDICAS NOVAS

O novo CPC será fonte de inúmeras normas jurídicas novas – não fosse assim, não haveria necessidade de novo CPC. As normas jurídicas novas somente poderão ser aplicadas após a vigência do Código.

É o que acontece, por exemplo, com os novos requisitos da petição inicial (arts. 319, II e VII, CPC), que somente podem ser exigidos para demandas ajuizadas após a vigência do novo Código; a irrecurribilidade imediata de algumas interlocutórias (at. 1.009, §§1º e 2º) somente poderá ser considerada para as decisões proferidas após o início da vigência etc.

Essas normas novas são absolutamente ineficazes no período de *vacatio legis*.

Mas há normas jurídicas novas que reforçam tendências doutrinárias e jurisprudenciais que começaram a formar-se ainda sob a vigência do CPC-1973.

É o que acontece, por exemplo, com a cláusula geral de negociação processual (art. 190, CPC), os *pressupostos* para a distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, §1º, parte inicial) e a normatização da formação, aplicação e superação dos precedentes judiciais (arts. 926-928, CPC). Em todos esses casos, a doutrina e a jurisprudência já apontavam muitas das soluções que vieram a ser consagradas legislativamente – e esse apontamento visava à solução de problemas jurídicos surgidos *na vigência do CPC-1973*. A consagração legislativa dessas soluções é um dado nada desprezível e serve como importante reforço argumentativo.

Há, ainda, normas novas, que se contrapõem diretamente a entendimentos jurisprudenciais consolidados ao tempo do CPC-1973. Essas normas implicarão, necessariamente, a superação do entendimento jurisprudencial anterior, com o cancelamento de enunciado de súmula, se houver. Nesses casos, o novo regramento servirá, inevitavelmente, para que se busque uma superação do entendimento anterior. É certo que essas normas podem ser revogadas ou tidas por inconstitucionais (hipótese meramente especulativa), no período da *vacatio*; mas é indiscutível que a previsão delas no CPC é um fator de impacto considerável para justificar o *overruling*, mesmo no período da *vacatio legis*. Dois exemplos – inúmeros outros poderiam ser citados: a) §18 do art. 85 do CPC⁷ é frontalmente

⁷ § 18 do art. 85 do CPC: "Caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança".

contrário ao enunciado 453 da súmula do STJ⁸; b) §5º do art. 1.024 do CPC⁹ é regra oposta à que decorre do n. 418 da súmula do STJ¹⁰.

Em suma: enunciados normativos novos deste tipo exercem, no período da *vacatio*, uma função persuasiva, como instrumento retórico-argumentativo para convencimento do acerto dogmático de propostas doutrinárias ou decisões judiciais ou para demonstrar a necessidade de superação imediata de entendimento jurisprudencial consolidado.

2.2 PSEUDONOVIDADES NORMATIVAS

O CPC contém enunciados normativos, que, embora novos, nada inovam normativamente no direito processual civil brasileiro. São textos normativos novos, mas deles não decorrem normas jurídicas novas. Isso não é uma crítica ao novo Código. Ao contrário. A observação ratifica que o novo CPC está em consonância ao que já se havia consagrado, normativamente, no direito processual civil brasileiro, ainda que à míngua de texto normativo.

Dois exemplos – inúmeros outros poderiam ser citados.

O art. 10 do CPC: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Desse artigo decorre a regra de proibição da decisão-surpresa. A proibição de decisão-surpresa é corolário do princípio do contraditório amplamente aceito pelo pensamento jurídico brasileiro há muitos anos¹¹. Essa norma decorre do texto constitucional; o texto do novo CPC

⁸ Súmula do STJ, n. 453: “Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria”.

⁹ § 5º do art. 1.024, CPC: “Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação”.

¹⁰ Súmula do STJ, n. 418: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.

¹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n. 27, p. 28-29; DIDIER Jr., Fredie. “Princípio do contraditório: aspectos práticos”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n. 29, p. 510; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 39-42; GRECO, Leonardo. “O princípio do contraditório”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 24, p. 76-77; CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.103-171, 207-234 e 239-243; CABRAL, Antonio do. “Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito”. *Rivista Di Diritto Processuale*. Milano: CEDAM, 2005, v. 2, n. 2, p. 449-464; ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. revista, ampliada, alterada. São Paulo: Atlas, 2014, p. 180; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 224-231; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 61; BARREIROS, Lorena Miranda. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 198-199; CAVANI, Renzo. “Contra as ‘nulidades-surpresa’: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual”. *Revista de*

apenas ratifica o que já se entendia. Mesmo se o novo CPC silenciasse a respeito do tema, ainda assim o princípio do contraditório, de fundo constitucional, tornaria nula a decisão-surpresa.

O trecho final do §1º do art. 373 determina que o juiz, ao redistribuir o ônus da prova, garanta à parte, a quem foi atribuído o ônus da prova, a oportunidade de se desincumbir dele. Esse trecho também concretiza o princípio do contraditório. Sucede que essa providência já é exigida atualmente, *a despeito da ausência de texto normativo*, exatamente como concretização do princípio do contraditório¹². Também aqui não há norma nova.

A percepção de que o CPC traz algumas pseudonovidades é muito importante, ainda, por outro motivo.

Há o risco de que, no período de *vacatio*, alguém considere que essas pseudonovidades sejam realmente novidades; assim, decida somente aplicá-las a partir da vigência do novo Código, o que funcionaria, em razão dessa interpretação canhestra, como fonte normativa do retrocesso. O perigo existe e é inadmissível que esse pensamento se concretize.

Esses enunciados normativos novos *reforçam, ratificam, confirmam, corroboram* etc. a compreensão atual do direito processual civil brasileiro, construída *antes* da vigência do novo CPC. Podem, por isso, ser utilizados *imediatamente* como reforço de argumentação.

2.3 NORMAS SIMBÓLICAS

O novo CPC traz alguns enunciados que podem ser considerados como manifestação de legislação simbólica.

No Brasil, o conceito de legislação simbólica foi desenvolvido por Marcelo Neves. Para ele, considera-se legislação simbólica a “produção de

Processo. São Paulo: RT, 2013, n. 218, p. 65-80; MALLET, Estevão. “Notas sobre o problema da chamada ‘decisão-surpresa’”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 233, p. 43-63.

¹² STJ, 2ª S., EREsp n. 422.778/SP, rel. Ministro João Otávio de Noronha, rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, j. em 29.02.2012, publicado no DJe de 21.06.2012. No mesmo sentido, enunciado 91 da súmula da jurisprudência predominante do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença”. Na doutrina, no mesmo sentido, há muitos anos, GIDI, Antônio. “Aspectos da Inversão do Ônus da prova no Código do Consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 13, p. 38; MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901315330.pdf>>. Acesso em: 13 dez 2007, p. 06, 07, 13 e 14; CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 418 segs.; CARPES, Artur Thompsen. “Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório”. In: *Prova Judiciária*. Estudos sobre o novo Direito Probatório. Danilo Knijnik (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 40 segs.; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Ônus da Prova: No Direito Processual Público. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 217-218; MENDES Jr., Manoel de Souza. “O momento para a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor”. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 114, 2004, p. 89; DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 2, p. 83-86.

textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”¹³. Na legislação simbólica, o sentido político prepondera sobre o sentido normativo-jurídico do texto legislado. Um mesmo texto normativo pode ser lido em uma dimensão simbólica e em uma dimensão normativo-jurídica.

Um das espécies mais comuns de legislação simbólica é a *legislação-álibi*, que é aquela por meio da qual o legislador “procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos”¹⁴. A legislação-álibi serve para, dentre outras coisas, amortecer as reivindicações dos cidadãos, permitindo o surgimento de um clima de que “agora, vai!”¹⁵.

Dois exemplos – alguns outros poderiam ser citados.

O art. 3º, §2º: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Trata-se de enunciado que consagra, legislativamente, uma política pública: a solução consensual dos conflitos passa a ser uma meta a ser realizada. O dispositivo ratifica a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que já havia determinado a implantação dessa política pública. Agora, há a consagração legal dessa opção, que está em consonância com movimento mundial de estímulo à solução negociada, considerada o mais efetivo entre todos os métodos de resolução de conflitos.

O art. 1.069 é outro exemplo: “O Conselho Nacional de Justiça promoverá, periodicamente, pesquisas estatísticas para avaliação da efetividade das normas previstas neste Código”. Esse dispositivo veio atender a velho reclamo da ciência jurídica brasileira¹⁶ e da sociedade civil¹⁷: a existência de uma base confiável e permanente de dados estatísticos para a aferição da qualidade da nossa legislação processual civil. Além disso, o artigo é uma forma de exposição simbólica do Conselho Nacional de Justiça¹⁸, instituição que se apresenta como responsável pelo bom funcionamento do Poder Judiciário brasileiro e que deve ser merecedora da confiança pública

¹³ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 30.

¹⁴ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3ª ed., cit., p. 37.

¹⁵ “(...) é evidente que a legislação-álibi pode induzir ‘um sentimento de bem-estar’, com isso levar à ‘resolução de tensão’ e, portanto, servir à ‘lealdade das massas’”. (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3ª ed., cit., p. 40).

¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O futuro da justiça: alguns mitos”. *Temas de Direito Processual (Oitava Série)*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10-12; “As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva”. *Temas de Direito Processual (Sexta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 93; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Estatística judiciária”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, n. 110, p. 9.

¹⁷ Que já se organiza nessa direção, como se vê dos notáveis exemplos do CEBEPEJ – Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais e da Fundação Getúlio Vargas, com trabalhos importantíssimos de mineração e organização de dados sobre o funcionamento do Judiciário e dos processos.

¹⁸ A exposição simbólica de instituições é uma das utilidades da legislação-álibi (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3ª ed., cit., p. 38).

dos cidadãos. O sentido político desse enunciado prepondera claramente sobre o seu sentido normativo, que, embora rarefeito, existe¹⁹.

Essa legislação simbólica é ineficaz no período da *vacatio*?

O Estado esperará o CPC entrar em vigor para continuar implantando a política pública de busca pela solução consensual dos conflitos? O Conselho Nacional de Justiça somente começará a preparar-se para a promoção das pesquisas após o CPC entrar em vigor (é claro que as pesquisas pressupõem a aplicação do novo CPC, mas a preparação para elas, não)? Parece que não. O sentido político desses enunciados, que se sobrepõe ao sentido normativo-jurídico, revela uma escolha política *já feita* – não se trata de uma escolha política condicionada ao início da vigência do CPC. A vigência do novo CPC determinará o início da produção de suas consequências normativas; mas a concretização de escolhas políticas tão claras pode começar imediatamente. Essas normas devem produzir pelo menos o efeito de dar início à mobilização.

3 ARREIMATE

É preciso iniciar o debate sobre a eficácia das normas em período de *vacatio*. Ao menos entre nós, processualistas, a discussão é urgente, tendo em vista o novo CPC. O debate já existe em outros países, sobretudo na Alemanha. Esse ensaio é um esboço para o início dessa conversa, que se espera longa e proveitosa.

4 REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Estatística judiciária”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, n. 110.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009

BARREIROS, Lorena Miranda. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)**. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002.

¹⁹ É possível cogitar uma ação civil pública para impor ao CNJ a realização das referidas pesquisas.

CABRAL, Antonio do Passo. “**Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito**”. *Rivista Di Diritto Processuale*. Milano: CEDAM, 2005, v. 2, n. 2.

CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade *prima facie* dos atos processuais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância**. São Paulo: RT, 2006.

CARPES, Artur Thompsen. “Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório”. In: **Prova Judiciária**. Estudos sobre o novo Direito Probatório. Danilo Knijnik (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CAVANI, Renzo. “Contra as ‘nulidades-surpresa’: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual”. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2013, n. 218.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro**. Coimbra: Almedina, 2012.

DIDIER Jr., Fredie. “Princípio do contraditório: aspectos práticos”. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, 2003, n. 29.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 2..

GIDI, Antônio. “Aspectos da Inversão do Ônus da prova no Código do Consumidor”. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 13.

GRECO, Leonardo. “O princípio do contraditório”. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, 2005, n. 24.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23-24.

MALLET, Estevão. “Notas sobre o problema da chamada ‘decisão-surpresa’”. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2014, n. 233.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto**. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901315330.pdf>>.

Acesso em: 13 dez 2007.

MENDES Jr., Manoel de Souza. “O momento para a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor”. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 114, 2004.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da Prova: No Direito Processual Público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: RT, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva”. **Temas de Direito Processual (Sexta Série)**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O futuro da justiça: alguns mitos”. **Temas de Direito Processual (Oitava Série)**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, 2003, n. 27.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**. 2ª ed. revista, ampliada, alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA E A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL ABSOLUTA

Uma análise entre o atual e o novo CPC.

Maria Lúcia Baptista Morais¹

RESUMO: O presente artigo pretende analisar os critérios de fixação de competência e o enquadramento de cada um deles como competência absoluta e relativa, em um estudo comparativo entre o atual e o novo CPC. O desenvolvimento do tema tem o objetivo de desenvolver uma análise crítica acerca dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em confronto com decisões do Superior Tribunal de Justiça. Pretende-se demonstrar que a doutrina e a jurisprudência têm misturado os critérios de fixação de competência e que é inadequada a conclusão de que a competência territorial pode ser absoluta.

PALAVRAS-CHAVE: Critérios de fixação, competência absoluta e relativa.

SUMÁRIO: 1. Considerações Iniciais. 2. Critérios de Fixação de Competência. 2.1. Competência em razão da matéria. 2.2. Competência em razão da pessoa. 2.3. Competência em razão do valor. 2.4. Competência em razão da função. 2.5. Competência em razão do território. 3. Critérios de Fixação de Competência e o Enquadramento como Absoluta e Relativa. 3.1. Enquadramento como competência absoluta ou relativa. 3.2 Hipóteses de misturas de critérios relativos e absolutos. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A competência é, segundo o posicionamento predominante na doutrina, uma parcela da Jurisdição². Há necessidade de divisão do trabalho, no

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1985) e mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1995). É Coordenadora do curso de Direito da Faculdade INEDI, do Complexo de Ensino Superior de Cachoeirinha, CESUCA . Foi professora da Universidade Luterana do Brasil, ULBRA, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS e professora titular do Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter (Laureate International Universities) Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, atuando principalmente nos temas ligados ao processo de conhecimento, teoria geral do processo, tutelas provisórias, procedimentos especiais e prática jurídica.

² CARNEIRO, Athos Gusmão, *Jurisdição e Competência*, p. 97. O autor ensina que: "Todos os Juízes exercem jurisdição, mas a exercem numa certa medida, obedientes a limites preestabelecidos. São, pois, 'competentes'

exercício da atividade jurisdicional, para que haja, efetivamente, um melhor desempenho, não só com relação ao tempo, mas também quanto à qualidade da prestação jurisdicional desenvolvida.

A competência é um tema que precisa ser abordado, levando em consideração, inicialmente, a previsão legal e a interpretação dada pela doutrina, mas na sequência é imprescindível realizar a análise jurisprudencial. A jurisprudência tem trazido a interpretação da previsão legal, assim como a criação de regras específicas, não previstas no ordenamento jurídico. A compreensão de algumas decisões, por outro lado, só será possível, com a retrospectiva do posicionamento dos tribunais e a contextualização da situação concreta.

O interesse pelo tema se deve ao fato de que, na própria jurisprudência, percebe-se certa imprecisão técnica quanto ao enquadramento de alguns critérios de fixação de competência – particularmente - quanto ao critério territorial. Outro fato é o assunto que envolve questão eminentemente prática e necessária no dia a dia forense. Ao elaborar uma petição e preencher o seu primeiro requisito, o endereçamento, o advogado deverá responder a todas as seguintes perguntas: Esta ação pode tramitar no Brasil? Qual a Justiça competente? Qual o foro competente? Qual o juízo competente? Para a obtenção destas respostas, são utilizados os critérios de fixação de competência.

Para uma boa compreensão do problema posto, é necessária, além da análise dos critérios utilizados para a fixação de competência, também a das consequências estabelecidas em cada um deles. Desse modo, será possível uma visão crítica de alguns acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A abordagem sobre o tema será feita especificamente na área cível, com verificação das decisões do Tribunal do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça.

O objetivo do presente estudo é a busca por um melhor enquadramento dos critérios de fixação de competência, para que se possa concluir se ela é absoluta ou relativa e ter, na propositura da ação, a aplicação de seus efeitos.

O projeto do novo CPC foi aprovado. A redação da legislação, que se encontra no período de *vacatio legis*, não envolve a indicação dos critérios de fixação de competência de forma expressa em divisão por capítulos; porém, eles são referidos expressamente no art. 62.

somente para processar e julgar determinadas causas. A 'competência', assim, 'é a medida da jurisdição' ou, ainda, é a jurisdição na medida em que pode e deve ser exercida pelo juiz".

O artigo foi, então, dividido em duas partes. Em um primeiro momento, serão abordados os critérios de fixação de competência e, posteriormente, o enquadramento deles como competência absoluta e relativa, bem como os efeitos produzidos por tal verificação no atual e no novo CPC.

2 CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA

A competência, muitas vezes, é fixada por exclusão, por exemplo, a competência da justiça comum é subsidiária, pois ela é obtida a partir da exclusão da competência das justiças especializadas. Mesmo na justiça comum, obtém-se a fixação da competência da Justiça Estadual, excluindo a competência da Justiça Federal.

A doutrina brasileira, utilizando os ensinamentos de Chiovenda, estabelece como critérios objetivos: a matéria e o valor, além de outros dois, que são o funcional e o territorial.

Observa-se que o critério da pessoa existe, mas não foi previsto expressamente pelo nosso legislador.⁴

Cândido Rangel Dinamarco é um crítico à utilização do esquema Chiovendiano. Ele afirmou:

Além disso, como é um esquema importado de países cuja estrutura judiciária e cuja legislação diferem muito daquilo que temos no Brasil, esse esquema não leva em conta os dados da nossa estrutura judiciária nem as nossas particulares disposições legais sobre a competência (a existência de tribunais de superposição, de Justiças autônomas entre si e dotadas de competência diferentes, os casos de fatores conjugados, cumulativamente exigidos para fixar certas competências [...])⁵

O critério de fixação de competência, utilizado para a verificação da competência entre as justiças diferentes, pode ser pela matéria ou pela parte envolvida no processo. É o que ocorre, por exemplo, com a Justiça do Trabalho e com a Justiça Militar. Existem, contudo, outros critérios, que poderão ser utilizados em situações diversas e que agora serão analisados.

A competência pode ser fixada pelos seguintes critérios: a matéria tratada, o valor da causa, o funcional, em razão da pessoa (parte) e o territorial. Cada um destes critérios passará a ser analisado agora.

³ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 214.

⁴ O novo CPC contém referência expressa ao critério da pessoa no art. 62.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 464.

2.1 COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA

Quando a competência é fixada pela matéria, o assunto tratado indica quem irá julgar a causa, ou seja, a competência está relacionada ao pedido feito pela parte. Como refere Ovídio A. Baptista da Silva, neste caso, a competência diz respeito à natureza da causa. Esse critério serve para indicar diversos tipos de competências, por exemplo:

- a) Competência de justiça - assim, se a ação for relacionada à relação de emprego, ela será proposta na Justiça do Trabalho. Em outras situações, a natureza da ação pode determinar a competência eleitoral, federal ou, de forma residual, a competência da justiça estadual.
- b) Competência de varas especializadas – é o que ocorre na identificação da vara, se será a cível ou uma vara de família, por exemplo.
- c) Competência originária de tribunais - é o caso de uma homologação de sentença estrangeira, que é julgada pelo STJ, conforme artigo 105, I, i da Constituição Federal.
- d) Competência exclusiva do juiz – o artigo 92 do CPC⁸ estabelece que a competência será somente do juiz para julgar causas que envolvam insolvência, questões de estado ou capacidade das pessoas. Isto significa que as causas antes referidas não poderão ser julgadas por um pretor, por exemplo. A competência do pretor é determinada pelo art. 87 do Código de Organização Judiciária do Estado - COJE.

2.2 COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA PESSOA

A competência também pode ser fixada em razão da pessoa, ou seja, da parte envolvida na causa¹¹. Como antes foi referido, este critério não foi

⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista, *Curso de Processo Civil*, v. 1, p. 44.

⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão, *Jurisdição e Competência*, p. 303.

⁸ Artigo sem correspondência no novo CPC.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil*, p. 161. Para estes autores, são ações de estado e que envolvem a capacidade das pessoas, por exemplo: “[...] as ações de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento, de interdição, de investigação de paternidade”.

¹⁰ Art. 87 do COJE- A competência dos pretores limitar-se-á a: (Redação dada pela Lei n.º 7.607/81) I - processar e julgar as seguintes causas cíveis, de valor não excedente a cinquenta vezes o maior valor de referência, vigente à data do ajuizamento da demanda, ressalvadas as de competência privativa dos Juizes de Direito: (Redação dada pela Lei n.º 7.607/81)

¹¹ CARNEIRO, Athos Gusmão, *Jurisdição e Competência*, p. 303. O autor esclarece quanto à competência em razão da pessoa: “ A competência ‘ razione personae’ toma por dado relevante um atributo ou uma

listado pelo legislador no CPC em vigor¹², mas aparece em diversos artigos, como, por exemplo, o que prevê a competência da Justiça Federal, artigo 109, da Constituição Federal. O referido artigo, em seu inciso I, prevê que a competência será federal quando a União, as empresas públicas federais, as autarquias federais forem partes no processo.

Apesar de não constar expressamente no texto legal, a doutrina estende a competência da Justiça Federal também para as fundações federais¹³. Mesmo não tendo previsão legal específica, a doutrina e a jurisprudência, predominantemente, também excluem da competência federal as ações envolvendo as sociedades de economia mista.¹⁴

Neste primeiro inciso, do artigo 109 da Constituição, o legislador excluiu igualmente da competência da Justiça Federal as ações relativas a acidentes de trabalho, sujeitas à Justiça eleitoral e do trabalho, sendo que, nesses últimos casos, o critério utilizado foi a matéria.¹⁵

No referido artigo da constituição, para fixar a competência da Justiça Federal, o legislador se valeu de diversos critérios, como a matéria e a pessoa. Diante da impossibilidade de tratar de todos os casos, no entanto, até pela diversidade de temas e pelo interesse específico deste estudo, tece-se mais algumas considerações sobre o inciso I.

Interessante observar que, mesmo que se tenha o enquadramento pela pessoa, algumas vezes, é preciso atenção com as particularidades da ação proposta. Por exemplo, a parte final do artigo 109 da Constituição exclui as ações acidentárias da competência da Justiça Federal e o mesmo acontecerá com o novo CPC, em seu artigo 45, inciso I.

característica pessoa do litigante. Assim a nacionalidade, os foros de nobreza ou classe, a situação como idoso ou incapaz, o cargo ou função pública ocupado pelo litigante, ou a circunstância de ser o litigante pessoa jurídica de direito público ou vinculada ao poder público".

¹²No novo CPC, há previsão expressa no artigo 62.

¹³No artigo 45 do novo CPC, embora trate de casos de remessa dos autos à Justiça Federal, o legislador supriu falhas que a doutrina havia apontado na previsão constitucional, como, por exemplo, a referência às fundações e ao conselho de fiscalização de atividade profissional.

¹⁴BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Procedimento comum: ordinário e sumário. p. 26/27, após citar súmulas do STF, como a 556 (É competente a justiça comum para julgar as causas em que é parte a sociedade de economia mista), 517 (As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou oponente) e a doutrina predominante, discorda do posicionamento do STF. O autor explica: "É que não há, do ponto de vista do direito material, qualquer razão suficiente para distinguir o tratamento jurídico dado a uma sociedade de economia mista ou a uma empresa pública. Ambas têm, de acordo com a Constituição Federal de 1988 e subseqüentes alterações [...] o mesmo regime jurídico, a despeito de a sociedade de economia mista, diferentemente da empresa pública, permitir, por definição, capital privado na sua formação."

¹⁵O novo CPC, além de tratar das hipóteses de remessa dos autos à Justiça Federal, nos incisos I e II do artigo 45, trará uma previsão mais completa, excluindo da competência da Justiça Federal as ações: I – de recuperação judicial, falência, insolvência civil e acidente de trabalho; II – sujeitas à Justiça eleitoral e à Justiça do trabalho.

Ocorre que a ação acidentária pode ser proposta contra o INSS, que é uma autarquia federal, mas também pode ser proposta contra o empregador. A ação acidentária é proposta em razão de um acidente de trabalho e, como a empresa tem responsabilidade durante os 15 primeiros dias, se ela não cumprir a sua obrigação, o empregado poderá ajuizar ação na Justiça do Trabalho.

Por outro lado, após os 15 dias, a responsabilidade pelo afastamento do empregado é do INSS e, se for preciso fazer a propositura da ação, a competência será da Justiça Estadual, apesar de o INSS ser autarquia federal.

As ações previdenciárias, ou seja, as que decorrem das contribuições, propostas contra o INSS, serão da competência da Justiça Federal, exceto se na comarca não houver Justiça Federal. Neste último caso, a Constituição delega competência para a Justiça Estadual, excepcionalmente, conforme § 3º do artigo 109. A delegação, no entanto, é restrita ao primeiro grau de jurisdição, pois, se houver recurso, a competência será do Tribunal Regional Federal, conforme o § 4º do TRF.

Na hipótese das ações previdenciárias, será ainda preciso prestar atenção em mais uma particularidade. Quando as ações forem propostas na Justiça Federal, para se chegar à competência comum, será necessário excluir a competência dos Juizados Especiais Federais.

A competência dos Juizados Especiais Federais é determinada também por outros critérios, como pessoa e valor da causa. Quando a causa for de valor até 60 salários-mínimos, a competência da ação previdenciária será dos Juizados Federais, e este critério é absoluto. Portanto, a competência das varas federais é estabelecida de forma residual, quando o valor da causa ultrapassar a 60 salários-mínimos.¹⁶

Quando o critério para a fixação de competência é a pessoa pode-se estabelecer outras competências, como, por exemplo, a da vara da infância e da juventude, a da vara da Fazenda Pública, para ações que envolvem Estados e Municípios e as respectivas, autarquias, empresas públicas e

¹⁶Dall'Alba, Felipe Camilo. *Curso de Juizados Especiais*: Juizado Especial Cível, Juizado Especial Federal, Juizado Especial da Fazenda Pública, p. 84. O autor entende que: "E, encontrada a Justiça, tem-se de perquirir se a causa se enquadra entre aquelas julgadas pelo Juizado Especial Federal. Segundo o art. 3º da Lei 10.259/2001, são da competência dos juizados as causas federais de até sessenta salários-mínimos, fixando critério econômico para sua determinação."

fundações. É possível também determinar a competência originária de Tribunais, como a hipótese de julgamento de um mandado de segurança contra atos presidente da República, que é da competência do Supremo Tribunal Federal, conforme art. 102, I, d da Constituição Federal.

O Estatuto do Idoso também fixa competência utilizando o critério da pessoa; porém, mistura o critério da matéria. A Lei 10.741/2003, em seu artigo 80, estabelece que, nas hipóteses previstas no próprio estatuto, a competência é do domicílio do idoso. Percebe-se, assim, a existência dos dois critérios, a pessoa e a matéria. Aliás, não são em todas as causas que o idoso tem a prerrogativa de ingressar com a ação em seu domicílio. Se ele for propor uma ação que não se enquadra na previsão do estatuto do idoso, terá que usar as regras comuns de competência.¹⁸

2.3 COMPETÊNCIA EM RAZÃO DO VALOR

O valor da causa pode indicar a competência da Justiça comum ou dos Juizados Especiais. No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, no Rio Grande do Sul, o autor tem a opção de ajuizar a ação nos juizados ou na Justiça comum. O valor da causa, contudo, é só um dos critérios de fixação de competência do JEC; além dele, aparecem os critérios da matéria e da pessoa. O critério do valor, assim como os demais, também é utilizado na verificação da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, conforme Lei 12.153 de 22/12/2009.

Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim apresentam uma situação peculiar na fixação da competência pelo valor da causa, na comarca de São Paulo e no Rio de Janeiro. Segundo os autores, o valor poderá indicar a competência do foro central ou dos foros regionais. Os autores afirmam:

Registre-se que o entendimento preponderante, do qual compartilhamos, é de que a competência dos foros regionais, no caso da Comarca de São Paulo (art. 54, I, da Res. 02/1976 do TJSP), conquanto fixada em razão do valor (até quinhentas vezes

¹⁷ Art. 84, inciso V do COJE. Para que seja possível chegar à competência da Vara da Fazenda Pública será preciso excluir a competência dos Juizados da Fazenda Pública, que também é absoluta, conforme Lei 12.153/09.

¹⁸ DALL'ALVA, Felipe Camilo. *A Distribuição da Competência no novo CPC, no prelo, 2014*. O autor, analisando as previsões do projeto do novo CPC, afirma: " Nas causas que versa sobre o direito previsto no estatuto do idoso, a competência é a da residência do idoso. (PNPC, art. 53, III, e). O Código incorporou essa nova hipótese, estabelecendo um foro especial para o idoso, em razão da sua vulnerabilidade, mas não é qualquer causa, são apenas aquelas relativas ao Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03)."

¹⁹ DALL'ALVA, Felipe Camilo. *Curso de Juizados Especiais: Juizado Especial Cível, Juizado Especial Federal e Juizado Especial da Fazenda Pública*, p. 149.

o valor do salário-mínimo vigente), é absoluta, e não relativa.

Ainda no âmbito da Justiça Estadual, o critério do valor pode estabelecer a competência do juiz ou do pretor. Este último só pode julgar causas até 60 salários-mínimos, conforme art. 87 do COJE, mas, evidentemente, o juiz pode julgar todas as causas.

2.4 COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA FUNÇÃO

O critério funcional traz embutido nele a preocupação com o melhor funcionamento do Judiciário e, conseqüentemente, do desenvolvimento da atividade jurisdicional.

Em diversas hipóteses, é possível perceber a utilização do critério funcional. Às vezes, ele serve para que se mantenha o mesmo julgador da causa principal no julgamento da causa acessória ou em fase subsequente; outras vezes, para que haja uma melhor verificação dos fatos e maior facilidade na realização das provas, ou ainda, para que se possa ter a participação de diversos órgãos no mesmo processo.

Athos Gusmão Carneiro analisa a competência funcional em dois planos: no horizontal e no vertical.²¹

No plano horizontal, percebe-se a preocupação com a funcionalidade, quando há necessidade de atuação de mais de um órgão no mesmo processo, mas, neste caso, a atuação será dentro do mesmo grau de jurisdição. Isto pode ocorrer, por exemplo, em razão do princípio da aderência ao território, ou seja, o juiz ficará vinculado a um território e, quando necessitar de atos realizados fora dele, deverá solicitá-lo, em geral, através de carta precatória.²² Assim, a competência do juízo deprecado se estabelece em razão da funcionalidade, para que haja a facilitação no desempenho da função jurisdicional.

Com a entrada em vigor do novo CPC, deverá ocorrer maior facilidade na realização dos atos processuais, em razão do estabelecido sobre a cooperação nacional, artigo 67 e seguintes.

²⁰ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken; ALVIM, Eduardo Arruda, *Comentários ao Código de Processo Civil: comentários à Lei 9.613/98 com as alterações da Lei 12.683/12*, p. 286.

²¹CARNEIRO, Athos Gusmão, *Jurisdição e Competência*, p. 313.

²² Por exceção, a lei permite que o magistrado determine a realização de atos fora da comarca, como na hipótese do artigo 230 do CPC.

Os juízes, segundo a previsão do artigo 68, poderão formular o pedido de cooperação para a realização de qualquer ato processual, sendo que os órgãos jurisdicionais envolvidos no pedido de cooperação podem pertencer a diferentes ramos do Poder Judiciário.

No plano vertical, a competência funcional é também chamada hierárquica, porque envolve a atuação de órgãos de diferentes graus. Verifica-se tal hipótese quando, por exemplo, há a utilização da carta de ordem em uma ação rescisória. Esta última é da competência originária dos tribunais; porém, a realização de atos pode se dar no âmbito do primeiro grau. Terá havido, então, neste caso, uma atuação de um órgão superior e um inferior no mesmo processo.

Giuseppe Chiovenda, ao abordar o tema, faz referência ao fato de que o critério funcional concorre com o critério territorial.²³ No Código de Processo Civil, artigo 95, há uma previsão que mistura os dois critérios mencionados. O artigo 95 está no capítulo da competência territorial, mas, na parte final, estabelece competência funcional.²⁴

O referido artigo prevê que a competência para as ações que envolvem direitos reais imobiliários é concorrente, ou seja, o autor pode ingressar com a ação no local do imóvel, no domicílio do réu ou no foro de eleição. Esta competência é territorial, está ligada ao interesse da parte, tanto que o autor pode escolher onde irá ingressar com a ação.

Por outro lado, na parte final do artigo 95 do CPC, o legislador não deixou alternativa. A ação deve ser proposta no local do imóvel e só nele, se a ação versar sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova. Portanto, se não há a possibilidade de escolher, se o critério não privilegia o interesse da parte, a competência não é territorial. A doutrina informa que o objetivo da restrição à competência do local do imóvel se deve ao fato de que isso beneficia o desenvolvimento da função jurisdicional. A proximidade com o imóvel

²³CHIOVENDA. Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 214.

²⁴O projeto do novo CPC, aprovado na Câmara dos Deputados em 23/03/14, não resolveu completamente o problema do artigo 95 do atual CPC. No projeto, o artigo 47 tem a seguinte redação: Para as ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro de situação da coisa. § 1º A autor pode optar pelo foro de domicílio do réu ou pelo foro de eleição, se o litígio não recair sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, divisão e demarcação de terras e de nunciação de obra nova. § 2º A ação possessória imobiliária deve ser proposta no foro de situação da coisa, cujo juízo terá competência absoluta.

O legislador poderia ser mais explícito quanto à falta de opção do autor em escolher o foro competente na hipótese da parte final do § 1º, ou seja, nos casos listados a ação só pode ser proposta no local do imóvel. Percebe-se, também, que o legislador deu tratamento específico para a ação possessória, posicionando-se quanto a uma antiga discussão de ser ou não a posse direito real. Nesse mesmo sentido, há o posicionamento de Felipe Camilo DALL'ALBA, em A Distribuição da Competência no novo CPC, no prelo, 2014.

facilitará, por exemplo, a produção de provas, portanto, o critério é o funcional.
25

No novo CPC, artigo 47, a opção do legislador foi por tratar do tema em dois parágrafos, mas continuará misturando os dois critérios. A diferença é que no próximo CPC a previsão não estará mais no capítulo da competência territorial, pois, como antes foi referido, a menção expressa aos critérios foi abolida.

Percebe-se que o legislador no § 1º do artigo 47 foi mais preciso ao indicar o domicílio do réu que foi omitido na atual legislação e também separou as ações possessórias das outras hipóteses de competência funcional estabelecidas na parte final do artigo. A previsão de que, nesse último caso, a competência é absoluta parece solucionar divergência jurisprudencial e doutrinária a respeito da competência das possessórias quando cumuladas com outras ações.

Outro aspecto interessante é que o critério de fixação de competência, originalmente estabelecido pelo CPC, foi alterado com reformas deste diploma legal. Isto ocorreu com a competência para a efetivação de uma sentença. Antes de 2005, era necessária a propositura da ação de execução de sentença. A competência para esta última era a do juízo em que havia ocorrido o julgamento da ação principal. Com a previsão da fase do cumprimento da sentença, estabelecida pela Lei 11.232, de 22.12.2005, no entanto, o legislador acabou alterando o critério anteriormente previsto no art. 475, p do CPC.

O artigo 475, parágrafo único do CPC e no art. 516, parágrafo único do novo CPC, o legislador indica o local em que haverá o cumprimento da sentença. Em seu inciso I, prevê a competência dos Tribunais, para as ações

²⁵ Neste sentido, têm-se os seguintes posicionamentos: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, p. 543 e ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil: comentários à Lei 9.613/98 com as alterações da Lei 12.683/12*, p. 291. Estes últimos autores abordam uma questão que nem sempre é tratada. O artigo 1225 do Código Civil Brasileiro inclui entre os direitos reais o direito do promitente comprador e, por isto, gera a divergência quanto ao enquadramento das ações que envolvem essa situação. Então, os autores esclarecem: “Compromisso de compra e venda. Observa-se, contudo, que relativamente às ações de anulação de compromisso de compra e venda, ainda que registrado no cartório, o STJ segue orientação na linha de que tal medida é de natureza pessoal, não se aplicando a regra de competência absoluta do art. 95. Desse modo, tais ações podem ser ajuizadas no foro do domicílio do réu ou, ainda, no foro de eleição, se houver”.

Em sentido contrário, aparece o posicionamento de Misael Montenegro Filho, expresso no livro *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, p. 74/75. O autor refere: “A incompetência territorial absoluta, marcada pela inobservância do art. 95, ao contrário, deve ser reconhecida de ofício pelo magistrado, não exigindo a expressa manifestação da parte demandada, por ser do interesse público, não apenas das partes, forçando a remessa do processo ao juízo competente, com a invalidação dos atos decisórios (liminares, antecipações de tutela e sentença, a teor do § 2º do art. 113”.

de competência originária; no inciso II, a do Juízo que processou a causa e, por fim, no inciso III, no juízo cível competente, quando for o cumprimento de sentença penal condenatória, sentença arbitral ou de sentença estrangeira.

A alteração de critério foi prevista no parágrafo único. Já os incisos respeitam a regra de competência funcional, ou seja, o órgão que atuou no caso deve processar o cumprimento da sentença, para que haja um melhor desempenho da função jurisdicional.

O parágrafo único do artigo 475-P estabelece, no inciso II, que o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição deve ser o competente para o cumprimento da sentença. O exequente terá foro concorrente, ou seja, ele também poderá postular a efetivação da sentença onde existirem bens do executado ou no atual domicílio dele. Se isto ocorrer, o exequente solicitará, ao juízo de origem, a remessa dos autos ao foro em que o cumprimento da sentença ocorrerá. Percebe-se, portanto, que a competência concorrente não pode ser funcional, que é absoluta. Se o exequente puder escolher, seu interesse ficará resguardado; portanto, a competência será territorial e não mais funcional.²⁶

A nova redação do artigo 475-P, parágrafo único, além de alterar o critério, ainda excepcionou o princípio da perpetuação da competência, previsto no artigo 87 do CPC. A regra é que a competência é determinada no momento da propositura da ação, salvo se houver supressão de órgão judiciário ou alteração da competência em razão da matéria ou da hierarquia. Com a nova redação e a possibilidade de escolha do local onde se dará a fase do cumprimento da sentença, o princípio fica excepcionado.²⁷

O critério funcional também pode ser utilizado quando se está diante da divisão de determinada comarca em foros regionais. Esta divisão tem ocorrido em grandes comarcas, como, por exemplo, as capitais dos Estados. Em Porto Alegre, existem seis foros regionais: o da Tristeza, Partenon, Quarto Distrito, Alto Petrópolis, Sarandi e Restinga. Assim, não pode o foro central ser escolhido aleatoriamente, sem que se utilize uma regra de competência territorial, como, por exemplo, o domicílio do réu. Portanto, quando se pretende estabelecer a competência em Porto Alegre e a manutenção da

²⁶ Neste sentido é o posicionamento de Araken de Assis, no *Manual da Execução*, p. 353, onde acrescenta: "Por tal motivo, o art. 475, P, parágrafo único, tornou relativa a competência, permitindo o vitorioso optar, na expropriação, pelo local da situação dos bens, ou subsidiariamente, e nas demais espécies de execução, pelo local do domicílio atual do executado. Para tal arte, o juiz da execução requisitará os autos ao juízo de origem. Neste aspecto, o legislador forçou a mão, pois a providência se mostra inútil e dispendiosa. Melhor se conduziria, no assunto, autorizando a formação de autos próprios (por analogia, aplicar-se-ia o art. 475-O, § 3º)".

²⁷

ASSIS, Araken, *Manual da Execução*, p. 352.

atividade dos foros regionais, o critério é funcional e isso é estabelecido pela súmula nº 3 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

É possível que a discussão sobre a competência entre o foro central e o foro regional, no entanto, se estabeleça pelo critério territorial, se a competência estiver sendo discutida com base em regras estabelecidas pelo legislador. Foi o que ocorreu no caso julgado em decisão monocrática, nº 70059923334 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

No referido julgamento, tratou-se de um conflito negativo de competência entre o Juízo da 2ª Vara Cível do Foro Regional do 4º Distrito e o da 6ª Vara Cível do Foro Central. O juiz desta vara, aplicando a súmula nº 3 do TJRS, que entende de interesse público a distribuição de competência entre o foro central e os regionais, declinou competência para o foro do 4º Distrito, 2ª Vara, que, por sua vez, suscitou o conflito.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgando o conflito, entendeu que tinha razão o suscitante, pois deveria ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor (discutia-se a inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito), cabendo então ao consumidor escolher o foro para a propositura da ação entre o seu domicílio e o domicílio do réu. O Tribunal entendeu, assim, que não havia qualquer irregularidade na propositura da ação no Foro Central.²⁸ Observa-se, portanto, que a competência foi determinada não pelo fato de ser necessária a divisão de trabalho – critério funcional - mas com a aplicação de regras de competência territorial, visando o interesse da parte.

2.5 COMPETÊNCIA EM RAZÃO DO TERRITÓRIO

Utilizar o critério territorial de competência significa verificar a competência de foro. Isso implica, no âmbito da Justiça Estadual, em pensar na comarca onde a ação será proposta e, no âmbito da Justiça Federal, em escolher a subseção.²⁹

O critério territorial pode ser dividido em geral e especial³⁰. A competência territorial geral é a determinada pelo domicílio do réu, artigo 94 do CPC e no novo CPC será tratada no art. 46, e a especial está relacionada a diversos fatores, como, por exemplo, discussão sobre direitos reais

²⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Conflito de Competência nº 70059923334. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Gelson Rolim Stocker, julgado em 21 de maio de 2014.

²⁹MARINONI, Luiz Guilherme; ARÊNHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*, p. 40. Para os autores, o critério territorial “[...] toma em consideração a dimensão territorial atribuída à atividade de cada um dos órgãos jurisdicionais”.

³⁰ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil: comentários à Lei 9.613/98 com as alterações da Lei 12.683/12*, p.290.

imobiliários (parte inicial do artigo 95 e seguintes do CPC),³¹ local do cumprimento da obrigação, inventário, partilha, arrecadação ou cumprimento de última vontade; ações que envolvem interesse de ausentes, incapazes, ações de separação, divórcio, anulação de casamento, alimentos, anulação de títulos extraviados ou destruídos, interesses de pessoas jurídicas ou formais do processo, ações de reparação de danos, dentre outras.

Uma confusão frequente é a de misturar a competência territorial especial com a competência absoluta. Isto se dá porque a competência especial prevalece sobre a territorial geral, que é a do domicílio do réu. Desse modo, surge a impressão de que a competência é absoluta, e não é.

A competência territorial, mesmo a especial, é relativa, ou seja, está ligada ao interesse da parte. Por exemplo: quando se analisa a competência tendo em vista o domicílio do réu e o lugar do cumprimento da obrigação, prevalecerá sempre este último, pela especialidade. A competência territorial geral será obtida, portanto, de forma residual. É preciso, entretanto, não perder de vista os efeitos da competência relativa. Quer dizer, se a ação, ao invés de ser proposta no local do cumprimento da obrigação, for ajuizada no domicílio do réu, haverá modificação de competência.

Neste último caso, ocorrerá até uma situação interessante. A rigor, se ação foi proposta no foro relativamente incompetente, porque não observou a regra da especialidade e não foi ajuizada a ação no local do cumprimento da obrigação, o réu poderia excepcionar a incompetência. Não obstante, se ele assim agir, a tendência é de não acolhimento da exceção³², tendo em vista que ele não está sendo prejudicado; pelo contrário, estará sendo beneficiado com a propositura da ação no seu domicílio. Existem vários acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nesse sentido.

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO. COMPETÊNCIA RELATIVA. 1. Comporta decisão monocrática o recurso que versa sobre matéria já pacificada no Tribunal de Justiça. Inteligência do art. 557 do CPC. 2. Se a autora propôs a ação no foro de domicílio do réu, por estar prestes a mudar-se e por ali encontrarem-se os bens a serem partilhados, não merece acolhimento a exceção de incompetência proposta pelo réu, para que a ação se processe no foro de domicílio da autora. 3. A competência territorial é relativa,

³¹PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*: Teoria Geral do Processo, p. 207.

³²O novo CPC trará previsão no sentido de dispensar a exceção suscitada em peça própria, pois o réu poderá arguir a incompetência relativa em preliminar de contestação, conforme artigo 337, inciso II, do novo CPC.

inclusive em sede de ação de reconhecimento e dissolução de união estável, e se a própria autora abdicou do privilégio previsto no art. 100 do CPC, não cabe ao réu invocar esse direito da parte contrária. Recurso desprovido.³³

AGRAVO INTERNO. EXCEÇÃO DE COMPETÊNCIA. SEGURO. DPVAT. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. DOMICÍLIO DA RÉ.

1. A relação havida entre a seguradora demandada e o agravado é de ordem obrigacional, versando quanto ao seguro DPVAT, possuindo este regulamentação própria. Ademais, o caráter obrigatório afasta a possibilidade de inversão do ônus da prova com base na legislação consumerista, sem que haja prova do fato constitutivo de seu direito.

2. Em se tratando de competência relativa, a escolha do foro é opção da parte autora da demanda, podendo se dar no lugar de seu domicílio ou naquele onde ocorreu o acidente, segundo preceitua o art. 100, parágrafo único, do CPC.

3. Portanto, o demandante tem o direito de renunciar às opções conferidas pela norma precitada, facultando-lhe ajuizar a ação no foro do domicílio do réu, não podendo este se insurgir contra a escolha realizada, diante da ausência prejuízo.

4. Violação ao princípio do juiz natural. Inocorrência no caso em exame, uma vez que mantida a imparcialidade e a independência do julgamento, bem como quaisquer dos juízes gaúchos estão regularmente investidos na função jurisdicional e detêm as garantias constitucionais necessárias para decidir de forma equidistante a causa.

5. Os argumentos trazidos no recurso se mostram razoáveis para reformar a decisão monocrática. Dado provimento ao agravo interno.³⁴

As decisões prolatadas são acertadas, tendo em vista que a regra geral de competência territorial é o domicílio do réu, exatamente para beneficiá-lo. Pode-se afirmar que essa regra decorre do princípio da igualdade, pois, se por um lado o autor pode escolher se vai ou não propor a ação, por outro a ação deve, de ordinário, tramitar no domicílio do réu. Assim sendo, quando isso acontece, mesmo que, no caso concreto, outra devesse ser a atitude do autor, o réu é beneficiado e não poderá reclamar.

Existem previsões de competência territorial em legislações esparsas, como é o caso da Lei de Locações, Lei 8.245/91, art. 58, inciso II e do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90. Quanto a esta última, existe grande polêmica na jurisprudência sobre a possibilidade ou não de declinar competência de ofício, questionando-se se o enquadramento deve ser feito como competência absoluta ou relativa. Este tema será analisado a seguir.

³³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo Interno nº 70058556770, 7ª Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves, j. 26/03/14.

³⁴ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo nº 70040910747. 5ª Câmara Cível, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. J. 30/05/11.

3 CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA E O ENQUADRAMENTO COMO ABSOLUTA E RELATIVA

Cada um dos critérios de fixação de competência estudados pode ser classificado como de competência absoluta ou relativa, dependendo do interesse. Se na fixação do critério prevalece o interesse da parte, a competência é relativa; se prevalece o interesse público, ela será absoluta.

A classificação em competência absoluta ou relativa não é meramente acadêmica, ela traz consequências diversas. Por exemplo: a incompetência absoluta pode ser declarada de ofício ou a requerimento da parte; pode ser alegada em qualquer momento e de qualquer forma, e gera a nulidade de todos os atos decisórios. As mesmas regras serão mantidas pelo novo CPC, art. 64, § 1º.

Por outro lado, no CPC atual, a incompetência relativa é matéria que, como regra, não pode ser conhecida de ofício, conforme súmula 33 do STJ. Ela deve ser arguida por meio de exceção, conforme artigo 112 do CPC, e tem um prazo preclusivo para arguição, que é o prazo de resposta.³⁵ Pela previsão do novo CPC, incompetência relativa deverá ser arguida pelo réu, mas em preliminar de contestação. Se não houver a arguição, haverá a prorrogação de competência, conforme art 65. Uma novidade da previsão legal, parágrafo único do art. 65, é a possibilidade do Ministério Público alegar a incompetência relativa nas causas que atuar.

3.1 ENQUADRAMENTO COMO COMPETÊNCIA ABSOLUTA OU RELATIVA

A competência em razão da matéria, da pessoa e funcional é absoluta, ou seja, para estabelecê-la leva-se em consideração o interesse público. Este interesse pode ser percebido, quando se pensa na competência de Justiça ou de Vara Especializada. A divisão de trabalho pela matéria faz com que o magistrado se especialize no assunto e que, com isso, consiga julgar de forma mais adequada. A adequação dar-se-á em termos de qualidade da

³⁵ O projeto do novo CPC aprovado na Câmara traz modificação na forma de abordar a incompetência relativa. Até agora, era preciso a exceção de incompetência, embora a jurisprudência já estivesse flexibilizando essa exigência. Com a nova redação do Art. 64, a arguição poderá ser feita na própria contestação. A previsão do projeto aparece nos seguintes termos: "A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação. § 1º A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício"

Verifica-se que o novo CPC trará, se for aprovado como passou pela Câmara, uma previsão específica quanto à atuação do Ministério Público na alegação da incompetência. É a previsão do parágrafo único do artigo. 65 do projeto: "A incompetência relativa pode ser alegada pelo Ministério Público nas causas em que atuar. A impressão é de que o legislador pretendeu dar uma extensão maior à atuação do MP, inclusive, nas causas em que ele atua como *custos legis*".

prestação jurisdicional e o julgamento também ocorrerá mais rapidamente, o que preserva a questão da celeridade processual. Afinal, o direito de acesso à Justiça não envolve só o direito de ajuizamento das ações, mas também, e principalmente, o julgamento de forma adequada e tempestiva.

Percebe-se igualmente o interesse público quando há o ajuizamento, por exemplo, de uma ação incidental, como a reconvenção³⁶, a ação declaratória incidental e outras decorrentes de intervenção de terceiros, perante o mesmo juiz que está julgando a causa. Isso se verifica nesses casos, pois ele terá melhores condições de realizar uma adequada atividade jurisdicional.

De forma similar, pode-se pensar na competência determinada pela pessoa. É o que ocorre, por exemplo, quando pessoas jurídicas de direito público são partes na causa e a competência é fixada em razão de sua participação no feito, como no caso da vara da Fazenda Pública.

Por outro lado, a competência territorial é relativa, apesar das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais da atualidade e a do valor também deveria ser, segundo a previsão do legislador no artigo 111 do CPC e do art. 63 do novo CPC. A doutrina entende, no entanto, que há uma dupla possibilidade, no caso de o critério ser o valor da causa, ou seja, quando se verifica a competência sobre a ótica do juiz e o critério é o valor, a incompetência é relativa. Se a visualização for quanto ao pretor, contudo, a incompetência é absoluta. É o que a doutrina costuma chamar de competência do mais para o menos e do menos para o mais.

Esclarecendo melhor a questão: o pretor tem sua competência estabelecida pelo artigo 87 do COJE, e lá, além do critério da matéria, aparece o valor. O pretor pode julgar causas até 60 salários-mínimos. Ocorre que o pretor não pode julgar causas superiores a esse valor, mas o juiz pode julgar todas as causas, independentemente do valor.

3.2 HIPÓTESES DE MISTURAS DE CRITÉRIOS RELATIVOS E ABSOLUTOS

A impossibilidade de reconhecimento de ofício da incompetência relativa é estabelecida não só pela legislação, mas por súmula de nº 33 do

³⁶ No novo CPC, a reconvenção está prevista no art. 343 e deverá ser arguida na própria contestação. Ela continuará tendo a extensão de antes, ou seja, poderá ser conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa. A previsão legal permite a propositura da reconvenção contra o autor e terceiro e ela poderá ser proposta pelo réu em litisconsórcio com terceiro. Portanto, o ingresso de terceiro no processo, mudando um dos elementos da ação, será no novo código uma constante, ratificando o que hoje já acontece no dia a dia forense.

STJ, com a seguinte redação: “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”. Esta previsão legal e sumulada é bastante discutida e por vezes flexibilizada.

Apesar da súmula 33 do STJ, o próprio legislador excepcionou a regra do artigo 112, estabelecendo, em seu parágrafo único, que o juiz poderá anular a cláusula de eleição de foro, no contrato de adesão, e de ofício declinar competência para o foro do domicílio do réu.

Sobre o tema, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero acrescentaram o seguinte:

Ao lado do regime de competência absoluta e ao da competência relativa, há no CPC regime misto de competência *sui generis*. A competência fixada pelo critério territorial, modificada em contrato de adesão, pode ser conhecida de ofício pelo juiz (art. 112, parágrafo único), mas prorroga-se acaso não oferecida a exceção de incompetência no prazo legal (art. 114).³⁷

Entende-se que, efetivamente, há uma situação diferente das demais que preveem a competência territorial. No caso do artigo 112, parágrafo único, a possibilidade de existência de cláusula de eleição de foro conduz à conclusão de que a competência é relativa; porém, quando o contrato é de adesão, discute-se a possibilidade de tal cláusula, exatamente pela necessidade de preservação do direito daquele é mais frágil na relação e teve que aderir ao contrato. Por exemplo, o consumidor não pode discordar da cláusula de eleição e, por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor estabelece o interesse público na defesa do hipossuficiente.

Em contratos de adesão a cláusula de eleição de foro é prevista, frequentemente, nos casos de relação de consumo. Nos referidos contratos surge a necessidade de proteção da pessoa (contratante) que está mais vulnerável³⁸. É de se pensar, então, se foi estabelecida uma simples exceção à regra da competência territorial ou se foi utilizado, no caso concreto, critério diverso do territorial, pois, se existisse somente o interesse, pura e

³⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo civil e parte geral do Direito Processual Civil*, p. 265.

³⁸ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo Civil Moderno: Parte Geral e Processo de conhecimento*, p. 126/127. Os autores ensinam: “ Pode-se dizer que a jurisprudência sedimentou-se nesse sentido, no referido tribunal: a cláusula de eleição de foro é, em regra, válida e eficaz, somente se considerando nula se contida em contrato de adesão, nos casos em que se verifique a hipossuficiência do consumidor e tal cláusula dificulte a defesa. Vê-se, portanto, que a cláusula de eleição de foro, na hipótese referida, não é nula a priori. Em regra, tal cláusula é válida, salvo se, em contrato de adesão, se verifique a hipossuficiência da parte aderente, bem como se, em razão da cláusula de eleição do foro, reste dificultada a sua defesa”.

simplesmente, da parte, o juiz teria que respeitar a súmula 33 do STJ. O que se percebe, no entanto, é que a condição de contratante hipossuficiente é que dá a possibilidade, diante do interesse público do consumidor e após a verificação no caso concreto, para o juiz agir de ofício. Trata-se, assim, de critério relacionado à pessoa e, portanto, absoluto.

Em que pese o raciocínio anterior parecer muito lógico, é preciso atenção quanto à previsão do artigo 114 do CPC, pois, nele, o legislador estabeleceu que haverá prorrogação de competência, se o juiz não anular a cláusula de eleição de foro no contrato de adesão. Sabe-se que a prorrogação só ocorre quando a competência é relativa e que a competência em razão da pessoa é absoluta.

Há que se admitir, portanto, que existem situações em que, dependendo da particularidade do caso, terão como consequência a incidência de um ou de outro critério de fixação de competência. É o que ocorre com o consumidor que tenha assinado contrato de adesão. Se o juiz entender que a cláusula de eleição de foro é prejudicial ao consumidor e que ele está em uma situação de hipossuficiência, ele anulará a cláusula, utilizando o critério pessoal, ou seja, o interesse público de proteção pessoa que está na condição de consumidor. Por outro lado, se existir a cláusula, mas o juiz não a anular, é porque entendeu que não haverá prejuízo ao consumidor. Neste caso, vai se sobressair o critério territorial e, por esse motivo, a competência poderá ser prorrogada.

No novo CPC, há hipótese similar e mais genérica quanto ao tipo de contrato e está prevista no art. 63, que estabelece:

§ 3º Antes da citação, a cláusula de eleição de foro pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz se abusiva, hipótese em que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu.

§ 4º Citado, incumbe ao réu alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro na contestação, sob pena de preclusão.

A nova previsão legal não menciona expressamente o contrato de adesão, mas como é genérica terá que também envolver essa hipótese. Ela restringe a atuação do juiz, pois a possibilidade de reconhecimento de ofício está prevista para o momento anterior a citação. Se o réu já foi citado, incumbe a ele arguir em contestação essa questão, sob pena de incidir a preclusão.

A nova previsão legal permite duas conclusões a partir da sua literalidade. A primeira, em que se vislumbra a proteção ao réu, parte mais vulnerável, por exemplo, em uma relação de consumo e torna ineficaz a cláusula de eleição de foro, por determinação de ofício e a outra, após a citação, em que há uma limitação para o reconhecimento de ofício, com a incidência da preclusão. Essa última hipótese está prevista para o âmbito da atuação da parte que pode ficar inerte e, a partir de sua inércia, dar eficácia a cláusula prevista.

As duas hipóteses antes referidas nos fazem pensar em incompetência absoluta para o parágrafo 3º e relativa para o parágrafo 4º, dependendo, portanto de ter sido ou não realizada a citação do réu.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, em seu artigo 101, estabelece que a ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços pode ser proposta no domicílio do autor. Trata-se de mera faculdade do consumidor e, em princípio, como a regra é de interesse da parte, a discussão sobre o foro é de competência territorial, logo, relativa. Esta conclusão tem respaldo jurisprudencial. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONTRATO BANCÁRIO. FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO REVISIONAL. AÇÃO PROPOSTA PELO CONSUMIDOR NO FORO ONDE O RÉU POSSUI FILIAL. POSSIBILIDADE.

1. Nos casos em que o consumidor, autor da ação, elege, dentro das limitações impostas pela lei, a comarca que melhor atende seus interesses, a competência é relativa, somente podendo ser alterada caso o réu apresente exceção de incompetência (CPC, art. 112), não sendo possível sua declinação de ofício nos moldes da Súmula 33/STJ.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.³⁹

O tema tratado é divergente na jurisprudência. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, existem decisões entendendo que, no caso da relação de consumo, a competência é relativa e, em outras vezes, ela é absoluta.

Em realidade, a divergência decorre do fato de que, na Lei 8.078/90, no artigo 1º, o legislador previu que a proteção e a defesa do consumidor são matérias de ordem pública e de interesse social. Sendo assim, pode ser conhecida de ofício pelo juiz e não entra na disponibilidade das partes.

³⁹BRASIL. Tribunal Superior de Justiça. AgRg no CC 125.259/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, julgado em 08/05/2013, DJe 17/05/2013.

Por outro lado, o artigo 101 usa o verbo “poder”, estabelecendo a possibilidade de que o consumidor opte pelo seu próprio domicílio, quando da propositura de uma ação. Fazendo uma análise conjunta dos dois artigos, a lógica seria concluir por uma questão de competência absoluta e não relativa, pois deve prevalecer o interesse público, em detrimento do interesse particular.

O entendimento do STJ foi estabelecido no sentido da proteção do consumidor, ou seja, a natureza absoluta é admitida, desde que não traga prejuízos ao consumidor. Portanto, verifica-se pelos julgamentos que, se o próprio consumidor optar por propor a ação em foro diverso do seu domicílio, o juiz não deve declinar de ofício, mas, sim, aguardar a exceção de incompetência, tendo a prorrogação da mesma, como consequência do seu não manejo.

Conforme já foi analisado anteriormente e agora considerado sob a ótica da jurisprudência, há o entendimento de que o juiz pode declinar de ofício para o domicílio do consumidor, se houver, por exemplo, previsão diversa e prejudicial em cláusula de eleição de foro. Desse modo, a defesa do direito do consumidor fica reconhecida como matéria de ordem pública.

AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. A natureza da competência territorial diante de relações de consumo é de ser compreendida como absoluta, levando em consideração que o art. 6º do CDC define como direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos (inciso VIII) que não deve ser interpretado como eleição de foro que melhor convém à solução do litígio, mas aquele que torna mais fácil o seu acesso ao Poder Judiciário. PROCESSO EXTINTO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, DE OFÍCIO, PREJUDICADO O EXAME DO APELO. UNÂNIME.⁴⁰

Por outro lado, quando o próprio consumidor opta pela propositura da ação em foro diverso do seu domicílio, a tendência de julgamento é por não admitir que o juiz decline competência de ofício.

Agravo de Instrumento. Responsabilidade civil. O STJ tem pacífico entendimento no sentido de que, tratando-se de relação de consumo, a competência é absoluta e, por isso, pode ser declinada de ofício. Todavia, pelo entendimento do próprio STJ, a competência territorial, nesses casos, só pode ser considerada absoluta, para fins de afastamento da Súmula 33, quando isso se

⁴⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70030462915, Décima Quarta Câmara Cível, Relator: Dorval Bráulio Marques, Julgado em 11/11/09.

der em benefício do consumidor, o que não ocorre no presente caso. Agravo de instrumento provido em decisão monocrática.⁴¹

No referido acórdão, após citar várias jurisprudências do STJ, o relator concluiu:

No caso em tela, a opção pelo ajuizamento da ação na Comarca onde foi protocolada foi do próprio consumidor. O ajuizamento da ação no domicílio do consumidor lhe é facultado e, portanto, não pode ser imposto, cabendo ao réu, se assim entender, apresentar a devida exceção de competência.⁴²

Percebe-se, portanto, que o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o do STJ correspondem a um enquadramento em benefício do consumidor. Se for para beneficiá-lo, a incompetência se torna absoluta e pode ser declinada de ofício, pois é matéria de ordem pública. Por outro lado, a jurisprudência dos dois Tribunais admite que o consumidor pode escolher onde propor a sua ação e, nesse caso, não pode o juiz declinar de ofício. A análise da matéria ficará na dependência de o réu declinar competência ou não.

Entende-se que, quando a questão envolve o interesse público, a competência não pode ser relativa e, se for exclusivamente do interesse privado, também não poderá ser absoluta. Sendo assim, percebe-se que o critério de proteção ao interesse do consumidor não é exclusivamente dele, segundo a previsão do próprio legislador, mas diz respeito a um interesse público.

Quando o foco é o interesse público, a definição da competência leva em conta o enquadramento do consumidor. O fato de a pessoa estar na condição de consumidor vai lhe garantir a prerrogativa de usar o benefício estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor. Portanto, entende-se que, quando competência é estabelecida nessa hipótese, o que se sobressai é a condição da pessoa. Destaca-se, mais uma vez, que isso só ocorrerá para a proteção do consumidor.

Se, por outro lado, o consumidor não usar o benefício da lei, por sua própria deliberação, não poderá ser declinada a competência de ofício. Aí se

⁴¹RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70059760983, 6ª Câmara Cível. Relator: Des. Ney Wiedemann Neto. J. 13/05/14.

⁴² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70059760983, 6ª Câmara Cível. Relator: Des. Ney Wiedemann Neto. J. 13/05/14.

percebe a manutenção do critério territorial, prevalecendo o interesse exclusivamente da parte e sendo abandonado o interesse público.

O problema desta análise é que, quando se pensa no foro competente, a relação é direta com a competência territorial; no entanto, esta não é a única situação em que os critérios se misturam. Vale lembrar aqui a hipótese da ação reivindicatória de imóvel, que envolve um direito real imobiliário, mas em que a escolha do foro competente é determinada por um critério funcional, conforme a parte final do artigo 95 do CPC e artigo 47, §1º do novo CPC.

Em que pese a divergência da jurisprudência, entende-se que é possível, após a leitura de vários acórdãos, chegar a uma conclusão sobre os julgamentos proferidos. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATOS BANCÁRIOS. INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL. 1. O magistrado pode, de ofício, declinar de sua competência para o juízo do domicílio do consumidor, porquanto a Jurisprudência do STJ reconheceu que o critério determinativo da competência nas ações derivadas de relações de consumo é de ordem pública, caracterizando-se como regra de competência absoluta. 2. A facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo possibilita que este proponha ação em seu próprio domicílio. Tal princípio não permite, porém, que o consumidor escolha, aleatoriamente, um local diverso de seu domicílio ou do domicílio do réu para o ajuizamento do processo. Precedentes. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.⁴³

A leitura isolada desta ementa dá a impressão de que o posicionamento do STJ é simples, ou seja, trata-se de competência absoluta. A jurisprudência do TJRS repete, em muitas Câmaras, a interpretação desatenta. A própria ementa, no entanto, destaca a facilitação da defesa dos direitos do consumidor e o fato de que “[...] possibilita que este proponha a ação em seu domicílio”. Na ementa, o relator acrescenta: “Tal princípio não permite, porém, que o consumidor escolha, aleatoriamente, um lugar diverso de seu domicílio ou do domicílio do réu [...]”.

Analisando a decisão do STJ, percebe-se, claramente, que o autor poderá escolher entre o seu domicílio e o do réu. Se ele pode escolher, é porque a competência é relativa e não absoluta.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 978725 - MG (2007/0190019-8) RELATOR : Min. Luiz Felipe Salomão, publicação 09/06/11.

Fazendo a leitura do referido acórdão do STJ, no recurso especial, percebe-se que a ação não foi proposta no foro do domicílio nem do autor, nem do réu, mas onde o procurador tem o seu escritório. O que ocorre é que, em algumas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é feita a citação de trechos do acórdão do STJ; porém, a decisão não se aplica ao caso concreto.

No acórdão retrocitado, a situação era diversa na analisada no Rio Grande do Sul. A competência é absoluta; porém, o critério que incide na situação concreta não é o territorial.

Não é possível ser conivente com a escolha aleatória do local para a propositura da ação, pois há um interesse público maior que é o da melhor distribuição da função jurisdicional. Ocorre que, no caso concreto, não foi uma escolha entre o foro do domicílio do autor ou do réu, mas sim uma opção por um foro que não foi contemplado pelo legislador, como de possível escolha.

O STJ se posiciona contra a escolha da propositura da ação, sem observância de regras, usando como fundamento o fato de que não se deve ferir o princípio do juiz natural⁴⁴. No acórdão analisado, o STJ embasa a sua decisão, sobre a questão processual da competência, na proteção ao consumidor. Por envolver relação de consumo, trata-se de regra mais especial do que o critério da funcionalidade, que também serviria de fundamentação de decisão no caso concreto.

Ocorre que, quando se verifica a necessidade de proteção à pessoa do consumidor, por ter a empresa escolhido o foro que o prejudica, a competência não é determinada somente pelo interesse da parte, mas sim pelo interesse público.

Pode-se concluir, portanto, que se, por um lado, o consumidor tem o direito de escolher se vai ajuizar a ação em seu domicílio ou não, por outro, essa escolha deve estar de acordo com a previsão legal. Mas, se a propositura da ação for por parte da empresa contra o consumidor e a escolha

⁴⁴Sabe-se da frequente utilização do princípio do juiz natural para fundamentar a impossibilidade de a parte escolher aleatoriamente um determinado foro. Tal fundamentação, entretanto, não parece adequada, porque está sendo dada uma interpretação muito ampla ao referido princípio. A escolha de um foro não utilizando um critério legal não caracterizará a utilização de um tribunal de exceção. Portanto, adota-se o conceito de princípio do juiz natural, ensinado por Ada Pellegrini Grinover e outros, em *Teoria Geral do Processo*, p. 140. Os autores afirmam: "E o princípio do Juiz natural, relacionado com o anterior, assegurando que ninguém pode ser privado do julgamento por juiz independente e imparcial, indicado pelas normas constitucionais e legais. A Constituição proíbe os chamados tribunais de exceção, instituídos para o julgamento de determinadas pessoas ou de crimes de determinada natureza, sem previsão constitucional (art. 5º, inc. XXXVII)".

do foro for prejudicial a esse último, então o critério é absoluto, de interesse público.

A lei de locações, nº 8.245/91, estabelece que o foro competente para a propositura de ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessórios de locação, revisionais de aluguel e renovatórias de locação será o do local do imóvel, exceto se existir outra previsão em cláusula de eleição de foro. Portanto, se existe a possibilidade de eleger foro diverso, a competência é relativa. Neste sentido a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO C/C COBRANÇA. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO E DE CERCEAMENTO DE DEFESA. CASO CONCRETO. *Não se trata de incompetência absoluta, mas relativa, sujeita à modificação por vontade das partes conforme dispõe o art. 111 do CPC e o art. 58, inc. II, da Lei 8.245/91. A incompetência relativa do juízo não foi levantada através da competente exceção, sendo descabida a sua oferta como preliminar de contestação. Assim, a sua arguição em sede de apelação foi atingida pela preclusão, não prosperando a alegação de cerceamento de defesa.* REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.⁴⁵

O Estatuto do Idoso, Lei 10.741/03 prevê para a hipótese de ações reguladas pelo art. 79 da referida lei, ações que se referem a direitos decorrentes da condição de idoso, uma competência absoluta, ou seja, o domicílio do idoso. Neste caso, fica evidente o critério da pessoa, pessoa que está na condição de idosa. O legislador ressaltou, na referida legislação, os casos que são da competência da Justiça Federal ou competência originária dos tribunais superiores.

Interessante é observar que o idoso nem sempre terá o privilégio de tramitação da ação em seu domicílio. Isto ocorrerá, apenas, nas hipóteses descritas no Estatuto do Idoso. Portanto, existem várias jurisprudências negando ao idoso tal privilégio, como ocorre no caso abaixo transcrito.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS.

O fato de o alimentante ser uma pessoa idosa, por se tratar de ação de alimentos, não se enquadra nas hipóteses em que o foro

⁴⁵RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70013455076, Rel. Décima quinta Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS, Rel. Vicente Barroco de Vasconcellos, Julgado em 15/03/2006.

competente para apreciar a demanda é o seu domicílio, uma vez que a regra só é aplicada quando se tratar de causas que visam à proteção judicial dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis ou homogêneos, nos termos do art. 80 do Estatuto do Idoso. Negado seguimento⁴⁶

Uma última situação que se pretende abordar é aquela em que o enquadramento de competência absoluta ou relativa é feito exclusivamente pela jurisprudência e nem sempre de forma técnica. Trata-se da hipótese em que as ações são propostas sem seguir qualquer regra de competência estabelecida pelo legislador, como em acordão anteriormente analisado. Não há o enquadramento segundo o domicílio do réu, do autor, local do cumprimento da obrigação, local do ato ou fato, etc.

Nos casos acima descritos, o que se percebe é que, para permitir que o juiz reconhecesse a incompetência e declinasse de ofício, a jurisprudência começou a admitir, também neste caso, além da hipótese do código de defesa do consumidor, que a incompetência territorial poderia ser absoluta. O objetivo de tais casos, no entanto, é não permitir que a parte, por sua deliberação, escolha onde a ação deverá tramitar. Se não houvesse essa preocupação, poderia ocorrer uma sobrecarga de trabalho para determinados órgãos jurisdicionais ou a parte poderia escolher onde as decisões são mais favoráveis aos seus interesses.

Verifica-se pela jurisprudência que, por interesse nas decisões tomadas no Rio Grande do Sul, algumas pessoas de outros Estados começaram a ingressar com ações aqui. Se não fosse tomada uma providência, ou seja, se não houvesse um posicionamento do judiciário gaúcho, a solução de tal problema dependeria exclusivamente do réu, que ficaria com a incumbência de excepcionar a competência e, quando ele não o fizesse, haveria a prorrogação da mesma.

Ocorre que, nesse caso, não se trata de interesse só da parte, pois poderia haver sobrecarga no Judiciário do Rio Grande do Sul. Diante da tal situação, o Tribunal começou a decidir no sentido de que a competência territorial, neste caso, era absoluta e que, portanto, poderia ser declinada de ofício.

Entende-se, porém, que a presente hipótese não trata de competência territorial, em que pese a discussão ser aparente só do foro competente. Em razão do interesse público prevalente, a questão deixa de ser simplesmente

⁴⁶ RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento Nº 70057490393, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 14/11/2013.

territorial para ser funcional. A não tomada de posicionamento, por parte do Judiciário, poderia trazer sérios prejuízos. Por essa razão, o que se visa proteger é o melhor funcionamento do Judiciário, e aí aparece claramente o critério funcional. Portanto, não há que se falar em incompetência territorial absoluta neste caso. Mais uma vez, apesar de a discussão ser quanto ao local onde a ação tramitará, ocorre a intromissão de outro critério, que é absoluto e que deve prevalecer frente ao relativo. Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO REVISIONAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL.

Ação proposta por consumidor domiciliado em outro Estado da Federação. Ausência de justificativa. Afronta ao objetivo criado pela legislação consumerista, bem como às regras sobre competência territorial trazidas pelo art. 100, inciso IV, alíneas 'b' e 'd' do CPC. Possibilidade do reconhecimento, de forma excepcional, da incompetência relativa de ofício.

RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ⁴⁷

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO REVISIONAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. DECRETAÇÃO EX OFFICIO. POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO.

Ação proposta por consumidor domiciliado em outro Estado da Federação. Ausência de justificativa. Afronta ao objetivo criado pela legislação consumerista, bem como às regras sobre competência territorial trazidas pelo art. 100, inciso IV, alíneas 'b' e 'd' do CPC. Possibilidade do reconhecimento, de forma excepcional, da incompetência relativa de ofício.

RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ⁴⁸

Vejamos na jurisprudência mais um caso em que o advogado ingressou com ação não observando as regras legais de competência:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO MONITÓRIA. EXTINÇÃO DO FEITO COM BASE NO ARTIGO 267, IV, DO CPC, COM FUNDAMENTO NA COMPETÊNCIA TERRITORIAL. AJUIZAMENTO DA AÇÃO NO FORO DO ESCRITÓRIO DO REPRESENTANTE DO CREDOR.

No caso concreto, ainda que se trate de competência relativa, poder-se-ia admitir a declinação de ofício, já que o credor é domiciliado no Município de Taquara e o emitente no Município de São Jerônimo, mas o ajuizamento da presente ação ocorreu no Município de Santo Antônio da Patrulha, onde está sediado o escritório do patrono do primeiro.

⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70059677294, 14ª Câmara Cível. Relatora: Judith dos Santos Mottect. J. 07/05/14.

⁴⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70059558940, 14ª Câmara Cível. Relatora: Judith dos Santos Mottect. J. 30/04/14.

A extinção do feito não se encontra dentre as hipóteses que teria o juízo 'a quo' para dirimir, questão acerca da competência relativa e da possibilidade de o advogado escolher o foro de acordo com as suas conveniências, já que o foro do escritório profissional não coincide com o foro do domicílio do credor, tampouco com o foro do domicílio do emitente, quais sejam: declinação ou prorrogação da competência, com o que deve a sentença ora atacada ser desconstituída por fundamento diverso daquele invocado pelo apelante.
APELO PROVIDO. UNÂNIME ⁴⁹

Aliás, sobre o tema, uma contribuição interessante é a de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, que ensinam:

Os critérios que determinam a distribuição de competência no Estado Constitucional obedecem ao interesse público primário da boa organização do Poder Judiciário. Mesmo quando o critério determinante é o critério territorial, o que interessa é a facilitação do acesso à justiça, questão tranquilamente reconduzível ao interesse público primário da boa organização da Justiça civil. ⁵⁰

Verifica-se, assim, que nos dois exemplos citados, o critério não é de competência territorial, mas, sim, funcional. Interessa ao Judiciário a distribuição de trabalho, e não se pode deixar essa escolha para a parte. Isso poderia trazer um enorme prejuízo para a prestação jurisdicional, que já está tão demorada. O critério territorial, portanto, conduz a uma incompetência relativa, mas, em situações diversas, os critérios se misturam na determinação da competência, sendo esse o motivo do enquadramento tecnicamente inadequado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os critérios de fixação de competência são estabelecidos em razão da matéria, do valor, da pessoa, da função jurisdicional e do território. Cada um deles estabelece competência em determinada situação e para determinado tipo de justiça, foro ou juízo, entretanto, muito frequentemente, os critérios se misturam e estabelecem dificuldade em sua identificação.

Quando o critério é a matéria, ele identifica a competência de Justiça, de varas especializadas, de Tribunais nas ações de competência originária e a competência exclusiva do juiz de direito.

⁴⁹RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70037652005, 17ª Câmara Cível. Relatora Desª Liége Puricelli Pires, j. 24/03/11.

⁵⁰MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: Críticas e Propostas, p. 33-34.

O critério da pessoa, por outro lado, determina a competência da Justiça Federal, da Vara da Fazenda Pública e de outras varas especializadas, como a Vara da infância e da Juventude, por exemplo. Este critério também pode limitar a atuação dos Juizados Especiais ou permitir a incidência de privilégio por ser pessoa idosa.

O valor da causa será indicativo para a competência dos Juizados, juntamente com outros critérios ou fixará a competência do pretor, que tem sua atuação limitada a 60 salários-mínimos.

O critério funcional estabelecerá competências diversas, como por exemplo: a atuação de mais de um juiz no mesmo processo, sendo esses juízes pertencentes a um mesmo grau de jurisdição ou a graus diferentes; a necessária atuação do mesmo juiz da causa principal em ações incidentais; a propositura da ação que envolve direitos de propriedade, vizinhança, posse, nunciação de obra nova, demarcação e divisão de área e servidão, no foro do imóvel ou a prevalência de distribuição de trabalho entre o Foro Central e os Foros Regionais, conforme súmula 3 do TJ/RS.

Por fim, o critério territorial identificará o foro ou a subseção competente. Ele pode ser geral, ou seja, o do domicílio do réu, mas também pode ser especial, quando for determinado por outros fatores, como, por exemplo, o local do cumprimento da obrigação, do ato ou fato, de onde a empresa tem a sua filial, do foro do alimentando, etc.

O critério de fixação de competência poderá ser absoluto ou relativo. Será absoluto, quando a competência for fixada em razão do interesse público, sendo que, neste caso, o juiz poderá declinar de ofício para o juízo competente. Por outro lado, o critério será relativo, quando a competência for fixada tendo em vista, prevalentemente, o interesse da parte. Nesta hipótese, para o atual CPC a incompetência deverá ser excepcionada, devendo ser alegada em preliminar para o novo CPC e o réu terá um prazo preclusivo, que é o da resposta.

Quando a competência for relativa, o juiz não poderá reconhecê-la de ofício, segundo a súmula nº 33 do STJ. Este é exatamente o ponto de muita divergência em casos práticos. Muitas vezes, parece que o critério de reconhecimento da incompetência é o territorial, mas, em realidade, a funcionalidade do Judiciário é que foi o motivo da determinação dela ou o tipo da pessoa que é parte na causa.

A importância da verificação do critério de fixação de competência e o seu enquadramento como absoluto ou relativo é evidente, pois, se o critério

for territorial, o juiz não deverá reconhecê-lo, sem a arguição da parte. Existem diversos casos, no entanto, em que houve a necessidade de determinação de ofício e não foi percebido que, neles, o critério não foi o territorial, mas outros que se enquadram como critérios absolutos.

O problema acima descrito ocorre porque, em algumas situações, há incidência de mais de um critério ao mesmo tempo e, dependendo da situação concreta, incidirá um ou o outro. Isto ocorre nas seguintes hipóteses:

- a) Nas relações de consumo, em que se estabelece que o consumidor pode optar por propor a ação em seu domicílio, mas há também um interesse público na proteção dele. No primeiro caso, prevalecerá o interesse da parte e aí se sobressai o critério territorial, cuja incompetência não pode ser declinada de ofício. Por outro lado, o interesse público identifica o critério da pessoa do consumidor, fazendo com que o juiz possa reconhecê-lo de ofício imediatamente. O enquadramento, no caso prático de incompetência absoluta ou relativa, será sempre no sentido de beneficiar o consumidor;
- b) Nas ações que envolvem alguns direitos reais imobiliários, como, por exemplo, a propriedade. Neste caso, a competência que se procura estabelecer é a do foro onde a ação será proposta; porém, o critério que a determinará será o funcional, em razão da busca por um melhor desempenho da função jurisdicional, como, por exemplo, a possibilidade de o juiz fazer uma verificação *in loco* ou a maior facilidade produção de provas;
- c) Nas ações previstas no Estatuto do Idoso, em que o critério determinante é o da pessoa idosa, embora também seja utilizado o critério da matéria.
- d) Por fim, nas ações que são propostas em foros sem observância de qualquer regra de competência, como aquelas em que o advogado propõe a ação no local em que tem o seu escritório ou ações que são propostas em determinados foros, apenas por uma questão de conveniência, em razão de julgamentos mais favoráveis.

Nestes dois últimos casos, fica evidente inadequada fundamentação da jurisprudência em fazer referência a um critério territorial absoluto. Em realidade, quando o juiz diz que está excepcionando a regra de não poder declinar de ofício, em razão da súmula 33 do STJ, na verdade ele está fazendo incidir o critério funcional. Isto ocorre porque, se não fosse tomada

uma providência, haveria a sobrecarga desmotivada de alguns setores do judiciário por manobra do próprio advogado do autor. Sendo assim, o que pretende proteger é um melhor funcionamento do judiciário.

Entende-se, portanto, que o critério territorial é sempre relativo, mas que, em muitos casos, para fixar a competência de foro, haverá a incidência de critérios absolutos como o funcional ou o da pessoa.

5 REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken; ALVIM. Eduardo Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**: comentários à Lei 9.613/98 com as alterações da Lei 12.683/12. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ASSIS, Araken. **Manual da Execução**. 11.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. Procedimento comum: ordinário e sumário, v.2, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 18. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942, v.2.

DALL'ALBA. Felipe Camilo. **Curso de Juizados Especiais**: Juizado Especial Cível, Juizado Especial Federal e Juizado Especial da Fazenda Pública. Belo Horizonte, Fórum, 2011.

DALL'ALVA, Felipe Camilo. **A Distribuição da Competência no novo CPC**, 2014. no prelo.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios Gonçalves. **Novo Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral e Processo de Conhecimento, v. 1, 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHRT, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**, v. 2, 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: Críticas e Propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia; Wambier, Teresa Arruda Alvim. **Processo Civil Moderno: Parte Geral e Processo de conhecimento**, v. 1, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 5.ed. São Paulo: Athas, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo civil e parte geral do Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo: Teoria Geral do Processo**, v. 1, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento**. v.1, 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

JURISPRUDÊNCIAS:

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo Interno nº 70058556770, 7ª Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves, j. 26/03/14.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo nº 70040910747, Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. J. 30/05/11.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70030462915, Décima Quarta Câmara Cível, Relator: Dorval Bráulio Marques, Julgado em 11/11/2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70059760983, 6ª Câmara Cível. Relator: Des. Ney Wiedemann Neto. J. 13/05/14.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70057490393, Sétima Câmara Cível. Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 14/11/2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70059677294, 14ª Câmara Cível. Relatora: Judith dos Santos Motect. J. 07/05/14.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº70059558940, 14ª Câmara Cível. Relatora: Judith dos Santos Motect. J. 30/04/14.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70037652005, 17ª Câmara Cível. Relatora Desª Liége Puricelli Pires, j. 24/03/11.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Conflito de Competência nº 70059923334. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Gelson Rolim Stocker, julgado em 21/05/14.

RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70013455076, Rel. Décima quinta Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS, Rel. Vicente Barroco de Vasconcellos, Julgado em 15/03/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 978725 - MG (2007/0190019-8) RELATOR : Min. Luiz Felipe Salomão, publicação 09/06/11.

O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Carolina Cantarutti Denardin¹

RESUMO: O artigo trata da definição do princípio da cooperação no processo civil brasileiro, expondo a construção de um modelo processual cooperativo. Na caracterização do sistema cooperativo, expõe-se, especificamente, o papel do juiz e os seus deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio, bem como outras particularidades do novo sistema. Serão analisados dispositivos legais da atual codificação, propiciando uma releitura de certos institutos sob a ótica do princípio da cooperação. O objeto do trabalho também compreende o estudo da Lei nº 13.105 (novo Código de Processo Civil), que instituirá, formalmente, o modelo processual cooperativo no ordenamento jurídico pátrio. Neste aspecto, serão abordadas as suas principais normas legais acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Modelo processual cooperativo. Princípio da cooperação. Novo Código de Processo Civil.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O modelo processual cooperativo. 2.1 Deveres do juiz. 2.1.1 Dever de esclarecimento. 2.1.2 Dever de consulta. 2.1.3 Dever de prevenção. 2.1.4 Dever de auxílio. 3 O princípio da cooperação no atual Código de Processo Civil. 4 O novo Código de Processo Civil. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis, com láurea acadêmica. Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural – IDC. Servidora Pública da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Surge na sistemática processual civil um novo modelo, chamado cooperativo, do que se extrai que o processo civil brasileiro está em uma diretriz de mudança.

Busca-se estabelecer, portanto, o significado do modelo processual cooperativo e suas implicações práticas no processo. Especificar-se-á o papel das partes e do julgador sob a ótica da cooperação, atentando-se, especialmente, aos deveres do juiz, órgão central para definição deste novo modelo.

Disposições do atual Código de Processo Civil serão estudadas, a fim de que se verifique quais artigos poderiam ser objeto de releitura, de modo a se ajustarem a essa nova percepção. Outrossim, dispositivos da Lei nº 13.105/2015 serão analisados com fito a conhecer e entender o que se pretende com a promulgação do novo Código de Processo Civil no que diz respeito ao tema em debate.

Pretende-se, então, estabelecer premissas e definições sobre a cooperação processual, a fim de auxiliar o operador do direito a trabalhar a partir dessa nova ótica processual.

2 O MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO

O sistema cooperativo funda-se no chamado princípio da cooperação. Segundo Ávila, princípios são normas imediatamente finalísticas, com função diretiva de determinada conduta:

Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. Essa perspectiva de análise evidencia que os princípios implicam comportamentos, ainda que por via indireta e regressiva. Mais ainda, essa investigação permite verificar que os princípios, embora indeterminados, não o são absolutamente. Pode haver incerteza quanto ao conteúdo do comportamento a ser adotado, mas não há quanto à sua espécie: o que for necessário para promover o fim devido.²

Efetivamente, o princípio da cooperação implica na construção de diversos deveres que se impõem ao juiz, o que será objeto de estudo a seguir.

² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 12ª ed., 2011, p. 80.

O sistema cooperativo tem como referencial o Estado Democrático de Direito, tal como insculpido no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e se funda na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), objetivando a construção de uma sociedade livre justa e solidária (art. 3º, I, da Constituição Federal). Deste modo, a ordem constitucional vigente é um campo adequado para a concretização do modelo processual cooperativo.³

Registra-se que, classicamente, o processo civil seria pautado por dois modelos antagônicos e que antecederam o ora chamado processo cooperativo: os sistemas adversarial e inquisitorial. Neste aspecto, cabe esclarecer que o modelo processual cooperativo supera a visão de um juiz ditador, difundida no âmbito de um processo civil pautado pelo princípio inquisitório, bem como se distancia do “juiz árbitro” ou coadjuvante, que era o referencial do processo adversarial.⁴

No modelo cooperativo há uma equiparação entre as partes e o juiz, de modo que prevalece o diálogo e o processo é visto como uma comunidade de trabalho. Logo, não há protagonismo por parte de qualquer sujeito processual.⁵ Neste diapasão, o Estado deve abandonar a postura passiva que outrora detinha para concretizar deveres constitucionais.⁶

O órgão jurisdicional assume posição paritária às partes quando da condução do processo, com diálogo e equilíbrio. Apenas no momento da decisão se evidencia postura assimétrica, já que a decisão permanece sendo reconhecido ato do juiz⁷, como observa Mitidiero:

O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão. Visa-se alcançar, com isso, um “ponto de equilíbrio” na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira “comunidade de trabalho” entre as pessoas do juízo. A cooperação converte-se em prioridade no processo.⁸

Contudo, esta postura cooperativa não é exigida só dos magistrados – embora se possa verificar que a adoção de cada modelo processual tem

³ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 2011, p. 80.

⁴ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 177.

⁵ PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Rumo à construção de um processo cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v.38, n.219, maio 2013, p. 105.

⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 194, abr. 2011, p. 59.

⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 198, ago. 2011, p. 220.

⁸ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 2011, p. 81.

como destaque a atuação do juiz.⁹ Deve haver a chamada “cooperação intersubjetiva no processo”, que significa a construção de um trabalho (decisão) em comum, envolvendo, dessa forma, juízes, partes e advogados, a fim de que se alcance, tão logo possível, uma solução justa para a lide posta em juízo.¹⁰

Tal postura se justifica porque, ainda que o julgador se empenhe no sentido de tentar resolver a lide da maneira mais justa, será impossível fazê-lo se as partes não trouxerem ao processo os elementos necessários para a apuração da verdade de forma sistematizada, ou seja, de modo que o magistrado possa compreender o objeto do litígio. Ocorre que, por mais ativa que seja a postura do julgador, este, por impossibilidade inclusive material, não poderá substituir as partes, já que apenas estas estão, de antemão, a par das circunstâncias fáticas que envolvem a lide. Nestes termos, não obstante este novo papel do juiz, é imprescindível que as partes e, principalmente, os seus advogados (pois são estes os operadores do direito que detêm capacidade postulatória) colaborem para que o processo alcance o seu fim.¹¹

Ora, o princípio da cooperação tem como conteúdo positivo a circunstância de ligar as partes e o juiz em um relacionamento que vise a buscar o fim (no sentido de finalidade, não de simples término) do processo. Este objetivo engloba também a justiça da decisão a ser tomada pelo julgador. No mesmo sentido, as partes e o Estado devem primar para que esta solução justa seja alcançada dentro de um prazo razoável, ideia esta que já foi positivada na Constituição Federal através da emenda constitucional nº 45 de 2004 (art. 5º, LXXVIII).¹²

Não se deve impor às partes o dilema de ou esperar alcançar uma decisão justa ou ter a lide resolvida de maneira mais célere. Muitas vezes as partes optam pela conciliação, pois sabem que enfrentar o processo, com todas as suas fases, não compensa pelo tempo e dinheiro despendidos. O processo é visto como um obstáculo a ser vencido. Logo, ainda que não se deem por satisfeitas com o acordo, é melhor a “injustiça” deste, do que a justiça tardia. Aliás, a decisão justa também não garante a entrega do bem da vida pretendido, pois algumas vezes o credor ainda tem de se sujeitar à tortuosa fase de execução ou cumprimento de sentença. A concepção de

⁹ Os modelos adversarial e inquisitorial não privilegiam o diálogo, pois sempre há prevalência de um sujeito processual sobre o outro. No modelo adversarial, as partes sobrepõem-se ao juiz. Logo, está-se diante de um magistrado passivo, que não detém o controle material do processo. No modelo inquisitorial, o juiz sobrepõe-se às partes, apresentando postura investigativa e decidindo a lide conforme o seu convencimento, muitas vezes alcançado sem que tenha sido possibilitado o debate das partes sobre o tema tido por relevante pelo magistrado.

¹⁰ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação internacional no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v.34, n.172, jun. 2009, p. 35.

¹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano XXX, nº 90, jun. 2003, p. 72-73.

¹² GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 206, abr. 2012, p. 125-126.

cooperação deve englobar, então, não apenas uma decisão justa, mas a garantia de que essa decisão será proferida em tempo razoável. O modelo processual cooperativo, pois, deve prever mecanismos para que este fim global possa ser alcançado.

Neste sentido, é importante frisar que do princípio da cooperação é possível extrair-se também a razoável duração do processo, já que a efetiva participação das partes e do juiz permite o desenvolvimento regular do processo, sem intercorrências procrastinatórias. Há, é verdade, um auxílio mútuo.¹³

Sintetizando esta ideia, Humberto Theodoro Júnior aduz que a participação conduz à “redução do tempo processual e a formação de decisões melhor construídas, com a decorrente diminuição da utilização de recursos”.¹⁴

É com vista a este objetivo que o processo cooperativo consubstancia uma comunidade de trabalho, em que há postura ativa tanto por parte do magistrado, quanto pelas partes. Este, aliás, é o principal diferenciador deste modelo: ele supre as falhas dos modelos adversarial e inquisitorial, concedendo poderes aos sujeitos que antes não possuíam evidência. Todos possuem um objetivo comum, que é a solução da controvérsia, de maneira justa e em tempo razoável. Este dever de cooperação estende-se a outros agentes, como ao advogado, testemunhas e auxiliares da justiça.¹⁵ Na esteira da previsão do art. 339 do Código de Processo Civil, “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Desta forma, testemunhas tem o dever expor em juízo a verdade dos fatos, assim como auxiliares da justiça possuem o dever de dar andamento ao processo, seja através de atos meramente ordinatórios, seja através do cumprimento de diligências, de modo célere e eficaz.

Tem-se, logo, a efetivação do exercício da cidadania dentro do processo, com a investigação da verdade e visando à justiça.¹⁶ Talvez este modelo processual seja o mais capacitado para efetivar a utópica verdade real, porquanto, se os seus pilares forem observados, as partes trarão ao juízo substratos probatórios para a tomada da decisão e este, se necessário, poderá propor provas, mas, além disso, questionará as partes e permitirá que estas se manifestem de maneira mais efetiva, o que contribui para a extirpação das dúvidas que surgem ao longo do trâmite processual.

¹³ BERALDO, Maria Carolina Silveira. O dever de cooperação no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 198, ago. 2011, p. 455-456.

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v.34, n.168, fev. 2009, p. 109.

¹⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 179-180.

¹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, ano XXX, nº 90, jun. 2003, p. 64.

É em razão dessas características que o modelo processual cooperativo, diz-se, consubstancia a valorização do diálogo pelo magistrado e pelas partes, bem como a valorização da boa-fé, que, embora deva ser inerente ao processo e às manifestações nele contidas, muitas vezes não é observada.¹⁷

Desde logo se consigna que o processo civil cooperativo impõe às partes e ao juiz o dever de lealdade. É sabido que este dever já está presente no atual Código de Processo Civil, especificamente no art. 14, II, ao lado da boa-fé. Todavia, é necessário dar significado a este preceito, muitas vezes esquecido pelos sujeitos da relação processual.

Quanto às partes, ainda que estejam em lados opostos, ou seja, em situação de confronto, buscando interesses incompatíveis, devem agir com lealdade e boa-fé. Isto não quer dizer que devam auxiliar uma à outra, pois isto não é possível exigir daqueles que tiveram de buscar um terceiro imparcial (o Judiciário) para resolver o conflito. Evidente que entre as partes jamais haverá relação de companheirismo, já que ostentam posições antagônicas no processo.¹⁸ Contudo, é adequado esperar que, em suas manifestações, exponham a verdade (expor os fatos em juízo conforme a verdade também é um dever descrito no art. 14 do Código de Processo Civil) e, ainda, deixem de omitir fatos relevantes ou de adotar posturas que causem o retardamento injustificado do processo. É certo que essa postura é ínsita à atual ordem processual vigente, mas o princípio da cooperação confere especial atenção a ela. O dever de lealdade, por outro lado, também se aplica ao julgador, que deve evitar comportamentos que deixem as partes surpresas ou inseguras.

Alvaro de Oliveira é suficientemente esclarecedor ao disciplinar que “o formalismo-valorativo, informado nesse passo pela lealdade e boa-fé, que deve ser apanágio de todos os sujeitos do processo, não é só das partes, impõe a cooperação do órgão judicial com as partes e destas com aquele”.¹⁹

No âmbito do processo cooperativo, a fundamentação das decisões judiciais também ganha releitura. Ocorre que ela não é mais vista como mero ato do juiz e, sim, como exteriorização do debate do processo, de modo que o julgador não poderá se furtar de expor, na decisão, o embate produzido pelas partes. Desta forma, a legitimidade da decisão está condicionada à observância do consenso formado pelos sujeitos processuais ao longo dos debates e discussões efetivados no processo. É esta postura que confere à decisão legitimidade democrática, porquanto se abandona a concepção de

¹⁷ PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Rumo à construção de um processo cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v.38, n.219, maio 2013, p. 101.

¹⁸ GRÉGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 206, abr. 2012, p. 125-126.

¹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 137, jul, 2006, p. 27.

mera participação formal das partes e concretiza-se a construção de uma solução por todos os sujeitos processuais – mesmo que o julgador ainda detenha a legitimidade exclusiva de proferir a decisão. Com efeito, supera-se a concepção, muito presente no sistema adversarial, de que o processo é um duelo entre as partes, e o juiz passa a ter uma postura ativa, mas não protagonista.²⁰

Outrossim, não há espaço para formalismos excessivos, pois deve ser priorizada a solução do litígio, ou seja, o mérito em relação à forma, pois o interesse de todos é o julgamento da lide em conformidade com os fatos e argumentos expostos durante o processo, sob os prismas já destacados:

Decorre daí, em primeiro lugar, a recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, que há de frutificar pela cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. O colóquio assim estimulado, assinala-se, deverá substituir com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com a ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valoração da causa. As diretivas aqui preconizadas reforçam-se, por outro lado, pela percepção de uma democracia mais participativa, com um conseqüente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual. Além de tudo, revela-se inegável a importância do contraditório para o processo justo, princípio essencial que se encontra na base mesma do diálogo processual e da cooperação. A sentença final só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo. Ora, a idéia de cooperação além de exigir, sim, um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes.²¹

O magistrado, sob essa nova ótica, exerce o papel de “agente-colaborador”, motivo pelo qual lhe são impostos deveres, como o de esclarecimento, consulta e prevenção, analisados a seguir.²²

2.1 DEVERES DO JUIZ

²⁰PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Rumo à construção de um processo cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v.38, n.219, maio 2013, p. 96-99.

²¹OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 137, p. 7-31, jul, 2006, p. 17-18.

²²DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. O princípio da cooperação: Uma apresentação. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos tribunais, n. 127, set, 2005, p. 76.

A doutrina, ao analisar este novo modelo processual, identificou poderes-deveres que o julgador tem que observar para adequar o procedimento a essa nova ótica que se impõe. Muitos deles já podem ser concretizados através de normas jurídicas previstas no Código de Processo Civil, mas, de uma forma geral, as previsões da atual codificação são insuficientes, devendo o julgador pautar-se na visão cooperativa do processo, ainda que não positivada.

2.1.1 DEVER DE ESCLARECIMENTO

O dever de esclarecimento implica a circunstância de o julgador sanar as suas dúvidas sobre alegações ou pedidos postos em juízo, a fim de evitar prolatar decisão equivocada, sob premissa errônea do que pretendia o sujeito processual que não se fez claro. Desta forma, a dúvida sobre o preenchimento de algum requisito processual impõe que, antes da extinção do processo, o julgador possibilite à parte o esclarecimento sobre a questão.²³ Exemplo deste dever constitui a determinação do julgador para o autor esclarecer pontos duvidosos expostos na petição inicial, bem como de possibilitar à parte a correção ou adaptação do ato processual à forma estabelecida em lei e a possibilidade de o juiz ouvir o depoimento pessoal da parte para esclarecer dúvidas.²⁴

O descumprimento do dever de esclarecimento acarreta que a decisão tenha por base a falta de informação, obstruindo a apuração da verdade.²⁵

Este dever pode causar dúvida sobre a imparcialidade do julgador, mas esta não deve prosperar. A adoção desta postura pelo juiz acarreta benefícios ao processo. Por um lado, provavelmente será alcançada a decisão de mérito, que é interesse das partes para a solução do litígio. Ainda, o julgador poderá tomar a decisão de forma segura, já que esclarecerá as dúvidas que sobrevierem ao longo do processo. Será possível obter, então, a justiça da decisão.

Com efeito, muitas vezes as partes (seus advogados) não são suficientemente claras nas suas manifestações, seja em razão de vícios de linguagem ou por pressupor que o julgador detém um domínio fático do processo que ele não possui. Desta forma, ao contrário de o julgador abster-se de analisar a alegação, ou apresentar fundamentos que destoam do pretendido pela parte, o que poderá, eventualmente, acarretar até mesmo a nulidade do processo, deve oportunizar que seja esclarecido o que pretendem com determinada alegação ou pedido.

²³DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. O princípio da cooperação: Uma apresentação. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos tribunais, n. 127, set, 2005, p. 76-77.

²⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 102, set. 2011, p. 67-68.

²⁵GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação internacional no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.34, n.172, jun. 2009, p. 33-34.

Muitas vezes, por exemplo, o juiz não percebe a estratégia da parte ou qual a consequência que determinado pedido de prova pode trazer. Assim, acaba indeferindo diligências que considera inúteis ou protelatórias (poder que lhe é conferido pelo art. 130 do Código de Processo Civil), mas que, posteriormente, poderão ser tidas como relevantes para o deslinde da causa, ainda que em sede recursal. Logo, este tipo de postura não retardará mais o processo, pois é melhor que determinada questão seja resolvida no curso do procedimento (ainda que a diligência para intimação das partes seja demorada fora do âmbito do processo eletrônico), do que todo o processo seja anulado em grau recursal.

2.1.2 DEVER DE CONSULTA

O dever de consulta, também chamado de dever de diálogo²⁶, está relacionado à vedação de decisão surpresa, uma vez que acarreta a impossibilidade de o julgador conhecer de ofício a respeito de matéria sobre a qual as partes não tiveram a oportunidade de se manifestar. Este dever, portanto, está relacionado ao contraditório.²⁷

Neste sentido, além de o juiz possibilitar às partes o diálogo, através da igualdade material, deve o próprio juiz submeter-se ao caráter dialético do processo. É sob esse prisma, inclusive, que na legislação francesa já há disposição que coloca o juiz como sujeito do contraditório.²⁸

O diálogo, então, “impede que o princípio do *iura novit curia* seja fonte de uma atitude autoritária ou instrumento de opressão”.²⁹ Nestes termos, ainda que o juiz conheça o direito, deve possibilitar às partes que se manifestem sobre a matéria de direito (ou mesmo de fato) que embasará a decisão. Assim, evita tomar decisão sob premissa equivocada, pois é possível que o juízo extraia conclusões das questões alegadas pelas partes que não estão de acordo com a realidade dos fatos.

Ainda que a legislação permita que o juízo conheça de ofício de questões de ordem pública, tal não implica que, tomando conhecimento destas circunstâncias, não deva o juiz submetê-las ao contraditório. O raciocínio aplica-se, inclusive, para a hipótese de reconhecimento da prescrição.

A vedação de decisão surpresa, então, é forte característica do processo cooperativo, cabendo ao juiz “informar às partes da orientação jurídica a ser adotada antes mesmo da prolação da decisão, para que possam

²⁶ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação internacional no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.34, n.172, jun. 2009, p. 66.

²⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. O princípio da cooperação: Uma apresentação. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos tribunais, n. 127, set, 2005, p. 78.

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 102, set. 2011, p. 66-67.

²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 102, set. 2011, p. 67.

influir diretamente sobre a mesma, evitando-se assim que sejam surpreendidas por fundamentos até então inesperados”.³⁰ Conforme exposto anteriormente, este diálogo também trará legitimidade à decisão, que passa a refletir o efetivo debate processual.

2.1.3 DEVER DE PREVENÇÃO

O dever de prevenção diz respeito à exigência de o magistrado apontar as deficiências das manifestações das partes, indicando também qual providência a parte deve tomar.³¹ Este dever implica a “explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação pela parte”.³²

Desta forma, este dever tem que ser concretizado sempre que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser obstruído pelo uso inadequado do processo. Logo, deparando-se o julgador com um pedido ou situação que poderá acarretar certa nulidade ou poderá obstruir o objetivo pretendido pela parte que praticou o ato, deve adverti-la da sua conduta, possibilitando que corrija o erro.³³

Neste diapasão, a título de exemplo, se a inicial da execução estiver desacompanhada do título executivo extrajudicial, o juiz, antes de indeferi-la, deve possibilitar que a parte a corrija.³⁴

2.1.4 DEVER DE AUXÍLIO

O dever de auxílio implica que cabe ao magistrado “ajudar a parte na remoção das dificuldades ao exercício de seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais”.³⁵ Com efeito, este dever diz respeito àquelas dificuldades que a defesa, sozinha, não tem condições de superar.

Humberto Theodor Júnior explicita diversos exemplos desse dever processual, como a determinação de que terceiros forneçam informações relacionadas à execução, ou mesmo que a outra parte forneça dado necessário ao cálculo da liquidação de sentença, bem como o procedimento de exibição de documento ou coisa e o poder geral de cautela do julgador,

³⁰ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: Atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, 2003. n.6, p. 53.

³¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. O princípio da cooperação: Uma apresentação. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos tribunais, n. 127, set, 2005, p. 79.

³² DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 198, ago. 2011, p. 224.

³³ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: Atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, 2003. n.6, p. 51-52.

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 102, set. 2011, p. 66-68.

³⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 199.

relacionado às medidas cautelares de urgência. Este dever, que segue o autor, também contempla o múnus do juiz de assegurar às partes a paridade de armas dentro do processo, especialmente verificando a hipossuficiência de qualquer delas. No âmbito do Código de Defesa do consumidor, aliás, exemplo deste auxílio constitui a possibilidade de inversão do ônus da prova.³⁶

Desta forma, evita-se que a parte tenha contra si decisão desfavorável apenas porque não teve condições de obter determinada informação ou documento.³⁷ Possibilita-se, mais uma vez, a busca da verdade real.

Pode-se cogitar, ainda, que o juiz questione às partes sobre possíveis datas e horários para audiências, evitando-se posterior pedido para remarcação, quando as datas da pauta do juízo já estiverem preenchidas, ocasionando o retardamento do feito.³⁸

3 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conforme já anunciado, o novo Código de Processo Civil deve trazer expresso o princípio da cooperação. Contudo, é possível extrair, da atual codificação, dispositivos a partir dos quais se pode verificar a incidência desse novo modelo. Na maior parte dos casos, deve-se interpretar os artigos legais conforme a releitura do princípio do contraditório.

O atual Código de Processo Civil traz em seu bojo diversos deveres que devem ser observados por todos aqueles que participarem do processo, previstos no artigo 14.

Consoante já referido anteriormente, os deveres de boa-fé e lealdade são de extrema importância para a construção de um processo cooperativo e, tal como constam no dispositivo legal, são exigidos também das partes, ainda que estas estejam em polos antagônicos no processo.

Mitidiero esclarece que, enquanto nos modelos paritário e hierárquico a boa-fé exigida era apenas do tipo subjetiva, sendo o seu destinatário as partes, no modelo cooperativo reconhece-se a boa-fé objetiva, também direcionada ao juiz, que tem as seguintes implicações, extraídas do art. 14, II, do Código de Processo Civil:

A força normativa da boa-fé no processo civil no seu aspecto objetivo pode ser sentida a partir de quatro grupos de casos: a) a proibição de criar dolosamente posições processuais; b) a

³⁶THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 102, set. 2011, p. 66-71.

³⁷GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: Atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, 2003. n.6, p. 51-52.

³⁸YUNG-TAY NETO, Pedro de Araújo. O princípio da cooperação processual e a nova redação do art. 265 do CPP. **Revista de Doutrina e Jurisprudência [Do] Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território**, Brasília, n.90, maio/ago. 2009, p. 29.

proibição do *venire contra factum proprium*; c) a proibição de abuso dos poderes processuais e d) a *supsessio* (perda de poderes processuais em razão do seu não exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não será mais exercido). São proibições oriundas da cláusula geral de boa-fé processual contida no art. 14. II, do CPC.³⁹

No mesmo sentido, o art. 14 também disciplina a busca pela verdade no processo, na medida em que determina que os fatos devem ser expostos em juízo conforme a realidade. “Neste aspecto, o contraditório cooperativo faz com que a verdade do processo não seja construída por um único sujeito, mas em um procedimento dialógico”.⁴⁰

Outrossim, tecer pretensões temerárias ou praticar atos meramente protelatórios não está de acordo com o processo cooperativo, que prima pela celeridade.

Das disposições já existentes na codificação, consubstanciando o dever de prevenção, constata-se que deve o julgador, antes de indeferir a petição inicial, possibilitar que o autor a emende ou corrija, conforme os artigos 284 e 616 do Código de Processo Civil. Desta forma, preserva-se o processo e, portanto, o interesse das partes, com vista à futura solução de mérito.⁴¹ Didier acrescenta que deve ser permitida nova correção da petição inicial quando a primeira não for satisfatória, bem como o recebimento da emenda ainda que após o prazo concedido.⁴² Ocorre que o autor está autorizado a ajuizar nova ação, motivo pelo qual, sendo possível a correção, deve o julgador sempre priorizar que seja feita, evitando o prolongamento da lide em novo processo.

Ainda quanto ao indeferimento da petição inicial, destaca-se o art. 295, V, do Código de Processo Civil, que prevê a hipótese de indeferimento quando o tipo de procedimento escolhido pelo autor não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação. É importante destacar que há a ressalva no dispositivo legal de que a petição inicial não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal. “Nesses casos, deve sempre o magistrado intimar o demandante e indicar qual o procedimento aplicável, dando-lhe prazo para que tome as providências que reputar necessárias”.⁴³

³⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 2011, p. 107.

⁴⁰ SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Tópicos sobre a colaboração com a instrução probatória. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v.366, abr. 2008, p. 89.

⁴¹ PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Rumo à construção de um processo cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n.219, maio 2013, p. 106-107.

⁴² DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. O princípio da cooperação: Uma apresentação. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos tribunais, n. 127, set, 2005, p. 79.

⁴³ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. O princípio da cooperação: Uma apresentação. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos tribunais, n. 127, set, 2005, p. 79.

Além disso, admite-se também que o diálogo com as partes, elemento central do sistema cooperativo, se dê através de uma conversa informal no gabinete do juiz, possibilidade que encontra amparo na atual legislação com o uso da analogia em relação aos artigos 447⁴⁴ e 451⁴⁵ do Código de Processo Civil.⁴⁶ Esta seria mais uma forma de o juiz exercer o seu dever de esclarecimento, já que poderia nesta ocasião ouvir as partes sobre pontos não suficientemente claros. A oralidade da audiência, outrossim, acelera o procedimento, já que as partes podem melhor dialogar com o magistrado. Caso fossem intimadas para se manifestar por escrito sobre determinado ponto, além da demora inerente à intimação, poderiam ainda não clarificar o pretendido pelo julgador e, diante de uma decisão, teriam margem para recurso, retardando ainda mais o feito.

A possibilidade de o julgador interrogar as partes a qualquer momento também deve ser vista como um momento de diálogo, ou seja, uma oportunidade de a parte expor de maneira clara as circunstâncias do caso. Ao contrário do depoimento pessoal (art. 343 do Código de Processo Civil), requerido pela parte contrária e com o objetivo de obter a confissão, o interrogatório requisitado pelo magistrado tem por finalidade esclarecer fatos ou alegações duvidosas ou obscuras.⁴⁷ Desta forma, o julgador não deve apenas aguardar o pedido da parte contrária para proceder ao interrogatório, mas sim deve determinar esta diligência sempre que entender necessário, em qualquer momento do processo (art. 342 do Código de Processo Civil).

A respeito do tema, Batista Lopes esclarece que:

Enquanto o depoimento pessoal é meio de prova requerido por uma das partes para tentar levar o adversário à confissão, o interrogatório informal ou livre é expediente de que se serve o juiz, como direito material do processo, para aclarar fatos e alegações das partes.⁴⁸

Questão que não é bem aplicada por muitos julgadores é a fixação dos pontos controvertidos na audiência preliminar. A audiência preliminar, prevista no art. 331 do Código de Processo Civil, tem como principal função a tentativa de obtenção de conciliação entre partes. É sabido que muitos julgadores deixam de designar esta audiência porque entendem que as partes podem

⁴⁴ “Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento”.

⁴⁵ “Ao iniciar a instrução, o juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova”.

⁴⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, Forense, 1993. v.323, p. 59.

⁴⁷ LOPES, João Batista. Iniciativas probatórias do juiz e os Arts. 130 e 333 do CPC. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 716, jun. 1995, p. 43-44.

⁴⁸ LOPES, João Batista. Iniciativas probatórias do juiz e os Arts. 130 e 333 do CPC. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 716, jun. 1995, p. 44.

transigir a qualquer momento⁴⁹ – o que de fato é verdade. Desta forma, os julgadores entendem que a designação de audiência especialmente para este fim pode retardar o andamento do processo. Ademais, a conciliação poderá ser obtida no início da audiência de instrução e julgamento (art. 448 do Código de Processo Civil).

Todavia, os operadores do direito esquecem que nesta mesma audiência, não obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário, nos termos do art. 331, § 2º, do Código de Processo Civil. Neste aspecto, é demasiadamente importante que os julgadores observem a disposições do artigo, especialmente porque deste modo concretizariam a cooperação do juiz com as partes. Estipulando os pontos controvertidos, o processo teria seu trâmite mais célere.

Outro claro exemplo do diálogo que deve se operar no feito é a previsão do art. 326 do Código de Processo Civil, segundo o qual o autor será ouvido no prazo de 10 dias, facultando-lhe o juiz a produção de prova documental, se o réu, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro opuser impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O art. 475-L do Código de Processo Civil também determina que, quando houver alegação de excesso de execução, na impugnação ao cumprimento de sentença, deverá o impugnante, necessariamente, apontar o valor devido, assim como acostar o cálculo respectivo.

Ainda, em consonância a essa ótica cooperativista, o Código de Processo Civil admite que, embora revel, o réu compareça aos autos, recebendo-o no estado em que se encontrar:

Dentro da visão cooperativista, antes ressaltada, nada obstante a liberdade desfrutada pelo órgão judicial na valorização jurídica da realidade externa ao processo, podem e devem as partes aportar a sua cooperação a respeito. Investigação dessa espécie de modo nenhum pode constituir, hoje, labuta exclusiva do órgão judicial.

Explica-se, por isso, a intervenção do revel no processo, apesar do reconhecimento aí implicado da verdade dos fatos alegados pelo autor (CPC, artigo 322, 2ª parte). E isso porque a revelia restringe-se à matéria de fato, com abstração das questões de direito, em relação às quais permite-se à parte procurar persuadir o órgão julgador. Do ius fornecido pelos próprios litigantes, e não só pelo juiz, trata expressamente o art. 300 do CPC, determinando competir ao réu, na contestação, a alegação de toda a matéria de defesa, “expondo as razões de fato e de direito”. Na mesma linha, admitem-se alegações das partes sobre

⁴⁹ BONICIO, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 190, dez. 2010, p. 223.

Por fim, como evidência do dever de auxílio, tem-se que o juiz pode ordenar a exibição de documento ou coisa em poder da parte ou de terceiro, nos termos das previsões dos artigos 355 e 360 do Código de Processo Civil. Ademais, o julgador pode realizar inspeção judicial, procedimento previsto nos artigos 440 até 443 do Código de Processo Civil.⁵¹

Desta forma, embora o princípio da cooperação ainda não esteja positivado no ordenamento jurídico pátrio, a legislação atual disciplina diversas situações em que se pode extrair essa nova sistemática, de modo que essas disposições devem ser interpretadas conforme o princípio do contraditório.

Cappelletti destaca a importância do “caráter imediato da relação entre o juiz e as partes e outros sujeitos do processo, em particular as testemunhas e também, como *conditio sine qua non* de tal imediação, a concentração do processo em uma ou em poucas audiências”, aduzindo que a oralidade resolveria não só o problema da morosidade da prestação jurisdicional, como também da qualidade da justiça civil.⁵²

Logo, é possível concluir que a cooperação possui eficácia normativa direta, ainda que inexista previsão específica no ordenamento jurídico, pois este princípio pode ser extraído de normas jurídicas preexistentes.⁵³

Evidente que a positivação do princípio em muito contribuirá para essa nova interpretação que o processo civil pede, na medida em que permitirá que toda e qualquer disposição, ainda que não refira expressamente a cooperação, seja aplicada conforme esse preceito. No caso do conhecimento de questões de ofício pelo julgador, por exemplo, estará insito que não poderão ser declaradas sem antes possibilitar às partes manifestação a respeito.

A fim de evitar tais práticas “o princípio da cooperação deve ser tido como uma norma jurídica de aplicabilidade imediata, cogente, impositiva de condutas às partes e ao juiz, independentemente de regulamentação legal dessas condutas”.⁵⁴

4 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

⁵⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, ano XXX, nº 90, jun. 2003, p. 67.

⁵¹ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: Atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, 2003. n.6, p. 57.

⁵² CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan/mar, 1992. v.65, p.128.

⁵³ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 198, ago. 2011, p. 220-221.

⁵⁴ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 190-191.

Atualmente, está em *vacatio legis* o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).⁵⁵ A necessidade de reformular a legislação processual está assentada no descrédito da justiça. Assim, busca-se a “satisfação dos jurisdicionados, através do aprimoramento das técnicas processuais que permitam a entrega de uma prestação jurisdicional compatível com os novos direitos e através de mecanismos cada vez mais eficientes”.⁵⁶ Além de conferir maior celeridade ao processo (o novo diploma legal expressamente dispõe em seu art. 4º que “as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa”), a Lei nº 13.105/2015 pretende munir os julgadores de melhores instrumentos para a decisão da causa, extirpando do mundo jurídico burocracias e complexidades desnecessárias. A comissão responsável pelo Projeto do Novo Código buscou conciliar os princípios da segurança jurídica e da efetividade.⁵⁷

Com efeito, este novo diploma legal não apenas ordena regras técnicas a serem observadas, mas também cumpre a missão que lhe é dada pela Constituição Federal, qual seja, a estruturação de um processo justo. Desta forma, não surpreende que o novo Código de Processo Civil tenha repisado direitos processuais fundamentais expostos na carta magna. Denota-se, a partir destes dispositivos, especialmente do 1º ao 11º, que o processo deve ser visto como um “autêntico instrumento constitucional de tutela e promoção dos direitos fundamentais”.⁵⁸ Nesse sentido, a redação do art. 1º é suficientemente clara: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

A respeito do tema desta pesquisa, a Lei nº 12.105/2015 busca introduzir no ordenamento jurídico brasileiro, de maneira expressa, o princípio da cooperação. Cabe registrar a redação original contida no Projeto de Lei nº 166/2010: “as partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência”.

Conforme se verifica, o dever de cooperação, na redação original do projeto, era imposto tanto nas relações das partes, quanto na relação destas com o juiz. A referência à cooperação das partes “entre si”, contudo, foi

⁵⁵ Texto disponível para consulta em — http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046 – acesso em 25 de março de 2015.

⁵⁶ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do juiz no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 208, jun. 2012, p. 284.

⁵⁷ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do juiz no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 208, jun. 2012, p. 284.

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 102, set. 2011, p. 63.

suprimida no Senado Federal, o que foi objeto de diversas impugnações na doutrina. Daniel Mitidiero assim expôs sobre o tema:

E aqui importa desde logo deixar claro: a colaboração no processo civil não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo civil que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio (obviamente, isso não implica reconhecer o processo civil como um ambiente livre dos deveres de boa-fé e lealdade, assunto correlato, mas diverso).⁵⁹

Com efeito, evidente que não se espera que as partes (e a palavra “partes” já evidencia a “parcialidade”) cooperem no sentido de facilitar o sucesso do adversário na empreitada processual, uma vez que, por mais cooperativo que seja o processo, os litigantes integram polos antagônicos.⁶⁰

Por outro lado, Maria Carolina Silveira Beraldo externalizou perspectiva diversa, entendendo constituir um retrocesso a exclusão da previsão de cooperação entre partes no Projeto:

Como se verifica, a cooperação das partes entre si foi suprimida, como se não fosse ética e moralmente exigível a partir dos escopos processuais e da exigência explícita de lealdade e boa-fé processual. Ou, pior, como se cooperar para o bom desenvolvimento do processo pudesse ser fonte de qualquer prejuízo às partes.

Não há, e nem pode haver, qualquer dúvida em relação à extensão do dever de cooperação: as partes têm, sim, o dever de cooperar entre si. Qualquer interpretação em contrário representa manifesto retrocesso na compreensão do significado da probidade processual que deve permear a prática de todos os atos do processo. A supressão da referência quanto à cooperação recíproca fecha as portas processuais para o compromisso, ética e moralidade.

A concepção privatística do processo foi há muito superada, mas, ao que parece, deixou sementes daninhas que ainda dão frutos e têm de ser lenta e pacientemente ceifadas; sob o atual enfoque publicístico do processo, não se pode ignorar que as partes não atuam apenas para garantir seus próprios interesses, mas também a efetiva atuação da vontade da lei.⁶¹

⁵⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 194, abr. 2011, p. 62.

⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 102, set. 2011, p. 63.

⁶¹ BERALDO, Maria Carolina Silveira. O dever de cooperação no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 198, ago. 2011, p. 459.

Finalmente, a versão oficial do Código de Processo Civil a respeito do tema, restou assim redigida: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Desta forma, calcou-se que, de fato, todos os sujeitos do processo estão abrangidos pelo dever de cooperação, inclusive as partes.

Neste aspecto, há um consenso no sentido de que as partes devem agir com boa-fé e lealdade processual. É possível que a interpretação que se tem dado à colaboração entre partes seja demasiadamente extensiva para as posições que ocupam. A inclusão da cooperação das partes entre si não precisa significar que auxiliem uma à outra na produção de provas ou que tragam ao processo evidências que vão de encontro ao seu objetivo, produzindo provas contra si mesmas. Esta situação, ainda que o legislador tivesse por objetivo concretizá-la, nunca seria possível. Contudo, em um primeiro momento, não deixa de ser louvável a pretensão de que as partes, dentro de suas particularidades, colaborem entre si, até mesmo no sentido de contrapor argumentos ou situações fáticas, conforme a sua interpretação da sucessão dos fatos, pois assim também será possível que se aproxime da verdade real.

Humberto Theodoro Júnior aduz que a cooperação ativa realmente não é exigível, mas o mesmo não pode ser dito quanto à cooperação passiva. O autor ressalta que as partes, uma para com a outra, têm o dever de “abster-se das resistências e embaraços maliciosos, fraudulentos, capazes de tumultuar e prolongar o desate do processo”.⁶² Vale esclarecer que no Código de Processo Civil português a previsão de cooperação das partes entre si também está presente.

Contudo, inequivocamente, a grande inovação da nova codificação, no âmbito do princípio da cooperação, diz respeito à cooperação do juiz com as partes. Busca-se conferir caráter democrático à decisão do magistrado. O julgador, condutor material do processo, deve cumprir o seu desígnio constitucional de assegurar um processo justo⁶³, prevendo o art. 7º da Lei nº 13.105/2015 que:

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

Esta redação foi assentada após o Senado Federal excluir a parte final do dispositivo que ainda possuía o seguinte acréscimo: “em casos de hipossuficiência técnica”. Com efeito, o julgador deve velar pelo efetivo

⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 102, set. 2011, p. 64.

⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 102, set. 2011, p. 63.

contraditório em qualquer hipótese e o instituto da hipossuficiência tem caráter processual, autorizando, por exemplo, a inversão do ônus da prova.

A fim de assegurar a aplicabilidade deste artigo e com o fito de conferir ao julgador maiores instrumentos para concretizar o contraditório, o Novo Código de Processo Civil também inovou instituindo a carga dinâmica do ônus da prova. No âmbito do Código de Defesa do Consumidor essa previsão já existe, mas o novo diploma legal foi bem específico ao disciplinar a matéria:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Contudo, em relação a esta disposição, deve ser clarificado que a inversão do ônus da prova só é admissível quando for impossível ou extremamente oneroso à parte desincumbir-se do seu ônus. Batista Lopes pontua que é necessário que sejam estabelecidos limites à atuação do juiz neste aspecto, pois a regra prevista no atual Código de Processo Civil (art. 333), que foi reproduzida no art. 373, resolve a maioria dos casos postos em juízo.⁶⁴

No que se refere à vedação das decisões surpresa, o Código acaba com a controvérsia existente, determinando, acertadamente que o julgador não poderá decidir a lide com base em fundamento não trazido do debate. O art. 10 assim prevê: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício”. Ora, esta previsão era imprescindível, pois decorre diretamente do princípio do contraditório.

Ademais, o contraditório está intimamente relacionado à decisão judicial, pois é observando-se os seus fundamentos que poderá ser verificado que o debate processual efetivamente influenciou na decisão do julgador, ou se ele resolveu o litígio com base em fatos outros, o que nulificaria a decisão. O poder de influência das partes veio positivado da seguinte forma:

⁶⁴ LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Novo Código de Processo Civil e efetividade da jurisdição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 188, out. 2010, p. 167.

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Nesse sentido, o novo diploma foi além e especificou hipóteses em que não se considera fundamentada a sentença:

Art. 489, parágrafo 1º: Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - 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.

Esta disposição é, de fato, louvável. Era realmente imprescindível que houvesse uma regra clara ao juiz. Não basta apenas invocar o princípio ou a cláusula geral, é imprescindível que se explicita como aquela norma se aplica ao caso concreto e qual é a interpretação que o julgador tem daquela norma. Aliás, a nulidade pelo não enfrentamento de tese defensiva vem respaldada no inciso IV do dispositivo legal. Ainda, é sabido que decisões com fundamentação genérica existem, hipótese em que o julgador se furta de analisar os fatos debatidos pelas partes e mascara a sua decisão (muitas vezes respaldada apenas em convicções pessoais) através de argumentos que seriam cabíveis a toda e qualquer decisão. A partir desta positivação, a exigência constitucional de motivação das decisões judiciais será atendida (art. 93, IX, da Constituição Federal).

Nesse sentido, o art. 487, parágrafo único, do novo Código de Processo Civil determina que a prescrição e a decadência não serão pronunciadas antes de que as partes possam se manifestar a respeito. Esta disposição é decorrência da vedação à decisão surpresa.

Dentre os deveres do juiz, é importante destacar:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela duração razoável do processo;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5o da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Os três primeiros incisos do dispositivo citado estão relacionados à celeridade do processo e, portanto, a essa pretensão do novo Código de romper com o descrédito dos jurisdicionados com a justiça, o que muitas vezes é causado pela demora na prestação jurisdicional. Nestes termos, o Código positiva a norma já emanada pela Constituição da razoável duração do processo. O inciso IV diz respeito a outro princípio constitucional, ao qual o direito processual também confere especial atenção: o princípio da efetividade. No inciso V, tal qual já se apresenta na codificação atual, a conciliação deverá ser buscada a qualquer momento. Neste aspecto, entretanto, o novo Código confere maiores instrumentos ao Poder Judiciário, na medida em que refere expressamente os conciliadores e mediadores, os quais também tiveram lugar no novo texto processual.

Os incisos VI, VIII e IX do artigo referido merecem especial atenção. Neste ponto, o novo Código inova e verifica-se de forma clara o papel que terá de ser desempenhado pelo julgador. A possibilidade de dilatação dos prazos processuais e a alteração da ordem de produção da prova permitem que o processo deixe de ser mera sucessão de atos burocráticos para tornar-se meio procedimental de efetivação de direitos. Tem-se, na esteira do

sustentado por Alvaro de Oliveira, a primazia do formalismo valorativo, de modo que o juiz está mais livre para conduzir o processo de uma maneira “personalizada”, com vistas à solução do litígio. “Processualmente, visa-se a atingir um processo equânime, peculiar ao Estado democrático de direito, que sirva à ideia de um equilíbrio ideal entre as partes e ao fim material do processo: a realização da justiça material”.⁶⁵

O inciso VIII do dispositivo leal, por sua vez, contempla o dever de esclarecimento, oportunizando ao juízo, a qualquer momento, ouvir a parte sobre os fatos da causa. Nesse sentido, o atual Código de Processo Civil, como já ressaltado, oportuniza ao julgador realizar o chamado interrogatório livre, que exerce a mesma função e também não implica confissão.

Já o inciso IX positiva a necessária previsão de tentativa de suprimento de vícios processuais, antes da extinção da ação. Assim como ocorre, na atual codificação, quanto à emenda da petição inicial, este dispositivo confere maior abrangência ao instituto, concretizando o ideal de efetividade e de economia processual. Não é razoável que a parte tenha contra si obstado o prosseguimento da ação por falha sua, sendo obrigada a ajuizar nova ação, quando poderia resolver, dentro do mesmo processo, a irregularidade aventada.

Ainda, mesmo no caso de vício de ilegitimidade passiva, alegada pelo réu em contestação, o autor poderá emendar a petição inicial, conforme dispõe o artigo a seguir colacionado:

Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.

Outrossim, verifica-se que a nova codificação confere maiores poderes ao julgador, havendo previsão, por exemplo, em seu art. 292, § 3º, no sentido de o juiz corrigir, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que o valor atribuído não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor.

Outra inovação neste aspecto constitui a possibilidade de o juiz retratar-se, no caso de extinção do processo sem resolução de mérito, após a interposição do recurso de apelação, no prazo de 5 dias, hipótese prevista no art. 485, § 7º.

Há previsão na nova legislação de cooperação também entre juízes. Além de outros dispositivos trazidos pela Lei nº 13.105/2015, cabe ressaltar o seguinte:

⁶⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 137, p. 7-31, jul, 2006, p. 23.

Art. 69. Os pedidos de cooperação jurisdicional devem ser prontamente atendidos, prescindem de forma específica e podem ser executados como:

I - auxílio direto;

II - reunião ou apensamento de processo;

III - prestação de informações;

IV - atos concertados entre os juízes cooperantes.

Aliás, a ideia de que os atos praticados prescindem de forma vai ao encontro dessa nova concepção, pois o processo deve alcançar o seu objetivo, extirpando-se formalismos excessivos, que apenas o retardam.

Outrossim o novo Código disciplina que ao Poder Judiciário, por meio de seus magistrados e servidores, cabe o dever de recíproca cooperação, a fim de que o processo alcance a desejada efetividade (art. 67). Neste diapasão, os juízos poderão formular um ao outro pedido de cooperação para a prática de qualquer ato processual (art. 68). Desta forma, para além da demora e burocrática expedição de carta precatória, admitir-se-á que os julgadores mantenham contato, por exemplo, por telefone ou e-mail.

Há também a cooperação internacional, cuja inclusão no bojo do novo Código demonstra apurada percepção da Comissão que o formulou. Esta disposição evidencia o necessário alinhamento que deve existir entre o Brasil e as tendências modernas de todo o mundo “em prol da desburocratização da circulação de decisões judiciais entre países, sem, com isso, se descuidar das garantias processuais”.⁶⁶ Com efeito, o processo deve aproximar-se da realidade, em que tanto pessoas quanto bens circulam para além das fronteiras do seu país de origem, de modo que essas relações devem restar abarcadas e protegidas pelo direito, sendo prudente a maior regulamentação possível para tanto. Efetivamente, a cooperação vai além da relação endoprocessual, transcendendo para relações jurídicas internacionais, objetivando que a prestação jurisdicional seja realizada da melhor forma.

Deste modo, tem-se que o novo Código de Processo Civil está alinhado às necessidades contemporâneas e à evolução da sistemática processual, apresentando-se como importante instrumento para concretização de direitos.

5 CONCLUSÃO

O sistema processual cooperativo mostra-se, atualmente, como o melhor modelo a pautar a relação entre as partes e o juízo na sistemática do processo civil. O princípio da cooperação está positivado na nova codificação e permite concretizar, por exemplo, a paridade de armas no processo civil,

⁶⁶ HILL, Flávia Pereira. A cooperação jurídica internacional no projeto de novo Código de Processo Civil: o alinhamento do Brasil aos modernos contornos do direito processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 205, mar. 2012, p. 347.

pois descreve um juiz atuante, porém voltado à solidificação da igualdade material entre os litigantes. Neste aspecto, o formalismo deixa de ser rigoroso, porquanto o processo não é um fim em si mesmo, mas apenas instrumento para realização de direitos.

Os deveres impostos ao juiz de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio realmente evidenciam-se necessários para o abandono da percepção privatística do processo e o reconhecimento do seu caráter público. Não se pode admitir que os meios desvirtuem os fins, antecipando-se decisões que põem fim ao processo sem que o objeto do litígio tenha sido analisado, sob justificativas excessivamente formais.

Nestes termos, é impositivo o reconhecimento da mudança de ótica do processo civil atual, que se encaminha para a inauguração formal desta concepção cooperativa, através da Lei nº 13.105/2015. Evidente que, ainda assim, há um caminho longo a ser percorrido, pois estas novas premissas serão paulatinamente aceitas na jurisprudência. Contudo, não se pode retardar ainda mais este processo. O caminho é o sistema processual cooperativo.

6 REFERÊNCIAS

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v.27,1982.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. O dever de cooperação no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 198, ago. 2011.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 190, dez. 2010.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do juiz no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 208, jun. 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan/mar, v.65,1992.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. O princípio da cooperação: Uma apresentação. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 127, set. 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 198, ago. 2011.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação internacional no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.34, n.172, jun. 2009.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: Atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, n.6, 2003.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 37, n. 206, abr. 2012.

HILL, Flávia Pereira. A cooperação jurídica internacional no projeto de novo Código de Processo Civil: o alinhamento do Brasil aos modernos contornos do direito processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 205, mar. 2012.

LOPES, João Batista. Iniciativas probatórias do juiz e os Arts. 130 e 333 do CPC. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 716, jun. 1995.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 2011.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 194, abr. 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, ano XXX, nº 90, jun. 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo** São Paulo, n. 137, jul, 2006.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Rumo à construção de um processo cooperativo. Revista de Processo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v.38, n. 219, maio 2013.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Tópicos sobre a colaboração com a instrução probatória. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 366, abr. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v.34, n.168, fev. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP. São Paulo, n. 102, set. 2011.

YUNG-TAY NETO, Pedro de Araújo. O princípio da cooperação processual e a nova redação do art. 265 do CPP. **Revista de Doutrina e Jurisprudência [Do] Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território, Brasília**, n. 90, maio/ago. 2009.

A ASSISTÊNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Handel Martins Dias¹

RESUMO: Por meio de pesquisa da legislação nacional, da literatura jurídica e da jurisprudência existente até então, este trabalho estuda o regime da assistência no Código de Processo Civil de 2015. Além da pesquisa bibliográfica e documental, utilizou-se a metodologia participante para a interpretação do fenômeno jurídico e normativo. O objetivo precípua do estudo consistiu em verificar as inovações implementadas pelo novo Código de Processo Civil no regime jurídico da assistência. Constatou-se que a disciplina da matéria evoluiu de forma diminuta, tendo sido mantida a assistência litisconsorcial como modalidade de assistência e a eficácia da assistência nos mesmos termos do Código de 1973. O principal avanço foi tornar inteligíveis as regras aplicáveis à assistência simples e à assistência litisconsorcial e as que se aplicam, de forma específica, a cada uma dessas duas espécies de intervenção, encerrando divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

PALAVRAS-CHAVE: Intervenção de terceiro – assistência – novo Código de Processo Civil.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Noções gerais. 3 Assistência simples. 4 Assistência litisconsorcial. 5 Considerações finais. 10 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Conforme apurou o italiano Antonio Segni (1919) em sua célebre obra *L'intervento adesivo*, a assistência tem, assim como tantos outros institutos processuais, a sua gênese no processo civil romano, mais especificamente naquele desenvolvido durante o período que a historiografia moderna convencionou denominar de *cognitio extra ordinem*, iniciado com o principado (27 a.C.) e perdurante até a queda do Império Romano no Ocidente (476 d.C.)⁶⁷. Entremontes, passou-se a admitir que o terceiro assistisse a um dos litigantes quando havia receio de conluio ou dolo das partes a fim de lhe prejudicar. Poderia intervir na primeira instância, antes do julgamento da causa, ou após a prolação da sentença, por meio da interposição do recurso

¹ Adolf Wach (1977, v. I) defendia que a assistência teria surgido antes, durante o *ordo iudiciorum privatorum*. posição superada hoje pelos romanistas de escol.

de apelação (*appellatio*)⁶⁸. A assistência sobreveio, destarte, da necessidade prática de se permitir ao terceiro não alheio à relação de direito material intervir no processo para tolher o prejuízo de uma decisão desfavorável, cujos efeitos lhe faziam *res iudicata*. Nesse ínterim, o princípio *res inter alios iudicatas aliis non praejudicare* era aplicado de forma plena apenas àquele terceiro absolutamente estranho e indiferente à relação jurídica material objeto da causa⁶⁹.

Com o renascimento do direito romano justinianeu durante a Baixa Idade Média, primeiro pela Escola dos Glosadores, entre os séculos XI e XII, e, depois, no século XIV, pela Escola dos Comentadores⁷⁰, a técnica de intervenção assistencial insculpida no *Corpus Iuris Civilis* integrou aquele direito comum que se tornou a base da experiência jurídica europeia a partir do século XIII, ingressando, posteriormente, nos ordenamentos jurídicos das diversas nações, inclusive de Portugal⁷¹. Por herança lusitana, a assistência

⁶⁸ Moacyr Lobo da Costa (1962) enumera vários textos do *Corpus Iuris Civilis* comprovando a aludida procedência da assistência. Exemplo de intervenção assistencial na primeira instância era a possibilidade de os legatários e escravos libertos interverem para assistir à parte a quem competia a defesa do testamento na ação *inofficiosi testamenti* (Ulpiano, Dig. 5, 2, 29 pr.). Os excertos acerca da assistência mediante a interposição de apelação do terceiro são bem mais numerosos. Em suma, como a omissão da apelação pela parte vencida era considerada dolo processual (Ulpiano, Dig. 17, 1, 8, 8; Modestino, Dig. 21, 2, 63), admitia-se que o terceiro apelasse da sentença *inter alios* para suprir a omissão e obstar o trânsito em julgado caso demonstrasse o seu interesse na reforma da decisão. Sobre a origem romana da assistência, vejam-se, por tantos, SEGNI, Antonio. **L'intervento adesivo**: studio teorico-pratico. Roma: Marchesi, 1919. p. 1-33; ORESTANO, Riccardo. **L'appello civile in diritto romano**. Torino: Giappichelli, 1952. p. 325-348; e COSTA, Moacyr Lôbo da. Origem romana da assistência. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, Saraiva, v. 5, p. 155-161, 1962. Negando a origem romana da assistência, por considerá-la criação do direito moderno: AMAZONAS, José Antonio de Almeida. **Assistência**: dissertação escrita para o concurso de direito judiciário civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Revista dos Tribunaes, 1936. p. 12.

⁶⁹ A *res iudicata* em relação a terceiros no processo romano pode ser compreendida a partir da passagem 42, 1, 63 do Digesto, que reproduz precioso texto de Emilio Macro oriundo de sua obra *De Appellationibus*. Neste fragmento, o jurisconsulto romano Emilio Macro arrola várias hipóteses em que os terceiros eram atingidos, de forma prejudicial, não só pelos efeitos da sentença como pela coisa julgada. No principal estudo sobre este texto do Digesto, Emilio Betti (1922) esclarece que isso acontecia quando o terceiro estava ligado em alguma medida à relação jurídica material controvertida. A extensão dos efeitos sobre o terceiro variava segundo a sua posição quanto ao direito material em litígio ou, eventualmente, o conhecimento ou desconhecimento que tivesse do processo. A propósito, vejam-se, também, ORESTANO, Riccardo. **L'appello civile in diritto romano**. Torino: Giappichelli, 1952. p. 329-331; e NEVES, Celso. **Contribuição ao estudo da coisa julgada civil**: dissertação de concurso à cátedra de direito judiciário civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: [s.ed.], 1970. p. 9-45.

⁷⁰ Por influência de Bártolo de Sassoferrato (1314-1357), o maior expoente da Escola dos Comentadores, também conhecida por Escola Escolástica ou Bartolista em razão, respectivamente, da matriz científica e de seu jurista mais representativo, outros países adotaram outro nome para a intervenção assistencial (por exemplo, *intervento adesivo* na Itália, *intervention accessoire* na França, *nebenintervention* na Alemanha, e *intervención adhesiva* ou *coadyuvante* na Espanha e nos países da América Espanhola). Moacyr Lôbo da Costa (1968) assinala que Bártolo teria classificado a intervenção assistencial romana como *interventio ad coadjuvandum* e assim foi tratada pelos pós-glosadores. A repetição dessa lição dos pós-glosadores nos vários países europeus acarretou, à exceção de Portugal, a abolição do emprego de "assistência", de genuína procedência romana, e a sua substituição por *interventio*, criação do direito comum da Idade Média que o direito romano desconheceu.

⁷¹ Segundo Antonio Segni (1919), embora uma sistematização mais completa tenha sido efetivada pela doutrina alemã apenas entre os séculos XVII e XIX, a assistência auferiu, ainda que de forma precária, alguma durante o medievo, diferenciando-se de outras formas de intervenção. Além disso, deve-se ao jurista

está presente no Brasil desde a época colonial⁷². Além de prevista nas Ordenações Manuelinas (L. 3º, títs. 15, § 14, *in fine*, e 67)⁷³ e nas Ordenações Filipinas (L. 3º, títs. 20, § 32, e 81) – as quais vigoraram sucessivamente no Brasil desde 1512, até muito anos depois da proclamação da Independência –, a assistência simples esteve presente nas principais obras legislativas processuais que se sucederam no País, a saber, o Regulamento 737 (arts. 123 a 126), a Consolidação de Ribas (arts. 287 e 290), os códigos processuais estaduais, o Código de Processo Civil de 1939 (art. 96) e o Código de Processo Civil de 1973 (arts. 50 a 55)⁷⁴. Seguindo a tradição jurídica, o novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, disciplinou o instituto da assistência entre os seus artigos 119 e 124. No presente ensaio, analisa-se o regime jurídico da assistência no novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em 17 de março de 2016 (art. 1.045)⁷⁵.

2 NOÇÕES GERAIS

De acordo com Cândido Rangel Dinamarco (2004, v. II), chama-se assistência o ingresso voluntário de um terceiro no processo com a finalidade de ajudar uma das partes. Portanto, malgrado o Código de Processo Civil de 1973 tenha disposto sobre a assistência entre os artigos 50 e 55, em um capítulo a par do litisconsórcio, fora daquele específico dedicado à

medieval a consolidação da regra, proliferada nos dias de hoje, de que o interveniente assistencial se submete às preclusões operadas antes de seu ingresso, recebendo o processo no estado em que se encontra.

⁷² Foi por influência do direito romano que o direito lusitano e, por legado, o brasileiro consagraram o nome assistência para essa forma de intervenção de terceiro. À época das compilações oficiais do direito pátrio (1446-1769), os juristas portugueses medievos observaram o emprego do termo *adesse* pelos textos romanos, v.g., “*causae suae adesse non prohiberi*” (Paulo, Dig. 3, 3, 69); “*adesse etiam legatarios*” (Ulpiano, Dig. 5, 2, 29 pr.); “*ut causae agendaee adesse*” (Paulo, Cód. 4, 48, 1); “*emptoribus adesse ac defendere causam non prohibemini*” (Paulo, Cód. 8, 45, 20); e “*ut tibi assistant, causamque instruant*” (Paulo, Cód. 8, 45, 21). *Adesse* é a forma infinita do verbo *adsum*, que significa, consoante o clássico Francisco Rodrigues dos Santos Saraiva (s.d.), dentre outras acepções, assistir, prestar assistência à alguém.

⁷³ Na vigência das Ordenações Manuelinas, foram publicadas, em 14 de fevereiro de 1569, as *Leis extravagantes collegidas e relatadas pelo licenciado Dvarte Nvnez do Liam*, conhecido na historiografia moderna como Código Sebastião. Essa coletânea, que passou a vigorar, a par e par, com as disposições das Ordenações Manuelinas que não haviam sido revogadas, conferiu melhor disciplina à assistência. Já como figura processual própria, a assistência estava assentada no § 29 da lei 7, estatuinte que “vindo algũ pelloa aísittir a hũa das partes, proleguirá o feito nos termos em que ftiver, & fe procederá na aísistencia” (PORTUGAL, 1987, p. 98). Sobre o processo nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, inclusive em relação ao instituto da assistência, veja-se TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b, especialmente a p. 89 et seq.

⁷⁴ Sobre a origem e a evolução da assistência no direito brasileiro, até o Código de Processo Civil de 1973, veja-se, por todos, COSTA, Moacyr Lôbo da. **Assistência: processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1968.

⁷⁵ O presente estudo praticamente não faz referência ao recurso de terceiro prejudicado. O conceito de terceiro prejudicado engloba por inteiro de terceiro juridicamente interessado, que admite a assistência. Porém, como adverte Cândido Dinamarco (2004, v. II), é mais amplo, abrangendo também aqueles a quem, embora não hajam sido partes, a sentença haja endereçado efeitos diretos, como o litisconsorte necessário-unitário omitido. Neste sentido, o terceiro prejudicado nem sempre intervém com o *status* equivalente ao de assistente.

intervenção de terceiros (Capítulo VI do Título II do Livro I)⁷⁶, trata-se, à evidência, de uma espécie interventiva de terceiro, pela qual alguém que não integra a relação jurídica processual (assistente) adentra no processo com o escopo de auxiliar uma das partes litigantes (assistido), na ação ou na defesa. Este equívoco foi corrigido no novo Código de Processo Civil, que insculpe a assistência em capítulo próprio (arts. 119 a 124), dentro do título referente à intervenção de terceiros, notadamente o Título III (*Da Intervenção de Terceiros*) do Livro III (*Dos Sujeitos do Processo*) de sua Parte Geral⁷⁷. A justificativa para a intervenção assistencial consiste na obtenção, pelo terceiro, de um benefício decorrente, direta ou reflexamente, da eficácia natural da sentença favorável ao assistido, melhorando ou impedindo, o quanto seja possível, o agravamento de sua situação jurídica. Há, pois, uma relação de prejudicialidade entre a situação do assistente e a relação jurídica sobre a qual controvertem autor e réu no processo, podendo a eficácia da sentença proferida influenciar, em alguma medida, a sua situação jurídica⁷⁸.

A coexistência dessa relação de prejudicialidade pressupõe, destarte, que o terceiro possua um *interesse jurídico* para intervir no processo a fim de ajudar uma das partes (CPC, art. 119, *caput*)⁷⁹, isto é, que exista a efetiva possibilidade de os reflexos jurídicos resultantes do processo se projetarem sobre a esfera de direitos do terceiro (DINAMARCO, 2004, v. II). Logo, o simples anseio de ver uma das partes vencedora – por razões de

⁷⁶ O equívoco deu-se durante o processo legislativo. No Anteprojeto de Código de Processo Civil apresentado por Alfredo Buzaid (1964), a assistência estava acomodada no capítulo da intervenção de terceiro, entre os artigos 65 e 70, a par da nomeação à autoria, da denunciação da lide, e do chamamento ao processo, sob o nome de intervenção adesiva, tal como na maioria dos países que adotam a intervenção assistencial.

⁷⁷ O capítulo *Da assistência* foi segmentado em três seções: *I – Disposições Comuns*; *II – Da Assistência Simples*; e *III – Da Assistência Litisconsorcial*. Na Seção I encontram-se os artigos 119 e 120, correspondentes aos artigos 50 e 51 do Código de Processo Civil de 1973. Portanto, consagra de forma genérica, para as duas modalidades de assistência, o cabimento e o procedimento da intervenção assistencial. Já na Seção II foram inseridos os artigos 121 a 123, correlatos, respectivamente, aos artigos 52, 53 e 55 do Código de Processo Civil de 1973; na Seção III, o artigo 124, correlativo ao artigo 54 do Código de Processo Civil de 1973. Isso significa que o legislador pretendeu deixar claro que as disposições correspondentes aos artigos 52, 53 e 55 do Código de Processo Civil vigente são aplicáveis apenas ao assistente simples.

⁷⁸ Como ensina José Rogério Cruz e Tucci (2006), para que a sentença possa produzir efeitos em relação à situação jurídica do terceiro é necessária a existência de um vínculo jurídico entre duas relações; não basta que a decisão interesse de qualquer modo à esfera jurídico-patrimonial do terceiro (titular de um interesse de fato), mas deve incidir sobre um direito subjetivo deste, prejudicando-lhe a existência. Numerosos são os sujeitos para os quais a sentença proferida *inter alios* pode ser relevante; mas limitado é, ao invés, o âmbito de terceiros contra os quais a decisão pode produzir eficácia jurídica. E isso ocorre, de fato, apenas quando a existência do direito de um terceiro vem prejudicada pela decisão sobre outra relação jurídica, em decorrência do particular nexo intercorrente entre as duas situações jurídicas.

⁷⁹ Redação amparada no *caput* do artigo 50 do Código de Processo Civil de 1973, que se inspirou, por sua vez, no artigo 335º, I, do anterior Código de Processo Civil português, *in verbis*: “Estando pendente uma causa entre duas ou mais pessoas, pode intervir nela como assistente, para auxiliar qualquer das partes, quem tiver interesse jurídico em que a decisão do pleito seja favorável a essa parte” (PORTUGAL, 2008, v. I, p. 641). Porém, enquanto este dispositivo é previsto para a única hipótese de assistência admitida no ordenamento processual lusitano, não alterado no novo Código de Processo Civil português, de 2013, o artigo 119, *caput*, do novo Código de Processo Civil brasileiro admite o cabimento da assistência de forma genérica, para as suas duas modalidades: simples e qualificada.

ordem puramente econômica, institucional⁸⁰, afetiva, moral, social, religiosa ou política, por exemplo – não legitima a intervenção assistencial. Apenas as pessoas jurídicas de direito público podem intervir como assistente sem demonstrar o interesse jurídico, amparado em interesse meramente econômico⁸¹. A teor do parágrafo único do artigo 5º da Lei nº 9.469/97 – que dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que se figuram, como autores ou réus, antes da administração indireta –, “as pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes” (BRASIL, 2014, p. 572)⁸².

Ao contrário do que ocorre na denúncia da lide, chamamento ao processo e desconsideração da personalidade jurídica, marcadas pela provocação de, ao menos, uma das partes para que ocorra a intervenção, na assistência o terceiro ingressa de forma espontânea no processo⁸³. É, senão por almejar um benefício com a decisão favorável a uma das partes litigantes, que se intromete no processo com a finalidade de auxiliá-la. Embora a voluntariedade constitua traço da assistência, espora-se, tanto no âmbito doutrinário⁸⁴ como no jurisprudencial⁸⁵, em hipóteses excepcionais, a intervenção de forma coacta como modalidade de assistência. A chamada *assistência provocada* seria cabível quando é recomendável a intervenção de terceiro, mas esta não se enquadra em nenhuma das hipóteses interventivas

⁸⁰ Robson Renault Godinho (2006) defende o interesse institucional como uma expressão do interesse jurídico. Veja-se GODINHO, Robson Renault. Ministério Público como assistente simples: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico. **De Jure**: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.6, p. 83-109, jan./jun. 2006.

⁸¹ É justamente por não exigir interesse jurídico da mesma qualidade que o caracterizador da assistência que, Cassio Scarpinella Bueno (2006) rotula essa hipótese de intervenção como um caso de *amicus curiae*.

⁸² De acordo com o artigo 45 do Código de Processo Civil de 2015, tramitando o processo perante outro juízo, os autos serão remetidos ao juízo federal competente se nele intervier a União, suas empresas públicas, entidades autárquicas e fundações, ou conselho de fiscalização de atividade profissional, na qualidade de parte ou de terceiro interveniente. Todavia, segundo a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça, a intervenção anômala da União, com base unicamente na demonstração de interesse econômico no resultado da lide, para a juntada de documentos e memoriais reputados úteis, não implica o deslocamento automático da competência para a Justiça Federal. Veja-se BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Agravo regimental no recurso especial. AgRg no REsp 1.045.692/DF. Relator: Ministro Marco Buzzi, j. 21 jun. 2012, DJe 29 jun. 2012b.

⁸³ No tocante à iniciativa, a intervenção do *amicus curiae* mostra-se híbrida, pois pode ocorrer de forma espontânea ou por solicitação do magistrado, de ofício ou atendendo requerimento formulado (art. 138). Ademais, mesmo quando solicitada a participação de terceiro como *amicus curiae*, a sua intervenção não é obrigatória.

⁸⁴ Veja-se, por exemplo, THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I. p.136.

⁸⁵ Veja-se BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso especial. REsp 213.556/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, j. 20 ago. 2001, p. DJU 17 set. 2001, p. 161, JBCC, v. 194, p. 340.

tipificadas na lei. Na vigência do Código de 1973, tal situação ocorre, por exemplo, na produção antecipada de prova, com frequência lembrada pela doutrina. Caso o terceiro não intervenha voluntariamente, a parte com intenção de demandá-la no futuro pode provocar o seu ingresso no processo. Tendo em vista o seu espírito de cooperação, bem como o prestígio aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o novo Código fomenta a cientificação de terceiros interessados, inclusive de forma oficiosa, a fim de lhes oportunizar a participação processual, mormente quando haverá julgamento com eficácia expansiva, ou, até, ajuizamento de ação própria (v.g., os arts. 138; 139, X; 675; 792, § 4º; 835, § 3º; 983; 984, 1.035 e 1038). Especificamente quanto à produção antecipada de prova, o Código de 2015 prevê, de forma expressa, que o juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente o caráter contencioso (art. 382, § 1º).

Para ingressar como assistente, bastará que o terceiro peticione, por meio de advogado constituído, o seu ingresso como tal ao juiz da causa em que litigar a parte que pretende assistir, ao qual incumbirá, de ofício, mandar proceder à respectiva anotação pelo distribuidor (CPC, art. 286). Além da qualificação e da declaração do endereço residencial ou profissional onde receberá as intimações (CPC, arts. 329 e 77, V), o terceiro deverá deduzir o interesse jurídico que justificaria a sua intervenção a bem de uma das partes, podendo postular, na própria petição, a gratuidade da justiça (CPC, art. 99, *caput*)⁸⁶. Sendo manifesta a ausência de interesse jurídico, será lícito ao juiz indeferir de plano o ingresso (CPC, art. 120, *caput, in fine*)⁸⁷. Não sendo o caso, tampouco o de oportunizar ao peticionário a emenda da petição, sobre o pedido o juiz deverá intimar as partes – a que se pretende assistir e a adversária –, as quais terão o prazo de 15 (quinze) dias para se manifestar (CPC, art. 120, *caput*)⁸⁸, contados somente os dias úteis (CPC, art. 219). Elas

⁸⁶ O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar ao assistente a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos. Caso queira o benefício após a primeira manifestação nos autos, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, sem suspender seu curso (CPC, art. 99, §§ 1º e 2º).

⁸⁷ No Código de Processo Civil de 1973 não se prevê, de forma expressa, a possibilidade de o juiz indeferir de plano o requerimento do assistente. Sublinha José Roberto dos Santos Bedaque (2004) que a redação do artigo 51 do Código de 1973 dá a entender que a simples ausência de impugnação implica admissibilidade da assistência, não podendo o juiz, de ofício, indeferir-la. Esta não é, certamente, a interpretação mais adequada. Caso entenda o julgador inexistir interesse jurídico a justificar a intervenção do terceiro, deverá indeferir-la, posto que não tenha parte contrária apresentado objeção. Na mesma linha, PRATA, Edson. Assistência no processo civil. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Uberaba, Forense, v. 37, p. 55-65, 1983.

⁸⁸ O prazo no Código de 1973 para a impugnação ao pedido do assistente é de apenas 5 (cinco) dias (art. 51). Foi na Câmara dos Deputados, pelo acolhimento do Projeto de Lei nº 491/1999, de autoria do Deputado Ênio Bacci, que se ampliou o prazo para a impugnação ao pedido de ingresso do terceiro como assistente para quinze dias. Veja-se BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir Parecer ao Projeto de Lei n.º 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei n.º 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei 5.869, de 1973).

poderão concordar com o requerimento, expressa ou tacitamente, deixando transcorrer *in albis* o prazo legal. Como é direito do terceiro intervir no processo se possuir interesse jurídico na solução da causa, somente a alegação de sua inexistência permitirá a impugnação por uma das partes ao seu ingresso (CPC, art. 120, parágrafo único) ou a rejeição liminar pelo juiz da causa⁸⁹⁻⁹⁰. Havendo impugnação sob tal argumento, o juiz deverá decidir o incidente nos próprios autos do processo, sem suspendê-lo. Da decisão que admitir ou rejeitar o ingresso do assistente no primeiro grau de jurisdição caberá agravo de instrumento (CPC, art. 1.015, X). Embora omissivo o novo Código de Processo Civil⁹¹, será possível, quando necessário pelas circunstâncias do caso, a dilação probatória⁹², bem como a autuação em autos separados se o processamento do incidente prejudicar o andamento da causa⁹³. E se o juiz verificar, durante a tramitação processual, a incapacidade processual ou a irregularidade da representação do assistente, o juiz suspenderá o feito e designará prazo razoável para que seja sanado o vício. Descumprida a determinação, o terceiro será considerado revel ou excluído do processo, dependendo do polo em que se encontre, se o processo estiver na instância originária (CPC, art. 76, § 1º, III).

Conforme o parágrafo único do artigo 119 do Código de Processo Civil de 2015, a assistência será possível em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição⁹⁴, recebendo o assistente o processo no estado

Parecer. Brasília: [s.ed.], 2012a. p. 690-691. Sobre a importância do referido contraditório, veja-se GRINOVER, Ada Pellegrini. Assistência: interesse jurídico e contraditório. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, Síntese, n. 76, p. 91-103, mar./abr. 2012.

⁸⁹ Segundo Eugênio Couto Terra (1987), no pedido de assistência não se exigem pressupostos especiais do terceiro, muito embora o pretendente à intervenção deva possuir todas as qualidades necessárias para participar do processo, em especial, a capacidade civil e a capacidade processual.

⁹⁰ A previsão expressa da possibilidade de o juiz rejeitar liminarmente o pedido de ingresso do assistente não estava prevista no Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Foi inserido pelo Senado Federal, mediante substitutivo, quando se aprovou a inserção da locução "*salvo se for caso de rejeição liminar*" no final do *caput* do artigo correspondente ao artigo 120 do texto final do Código de Processo Civil de 2015.

⁹¹ Por sugestão de Athos Gusmão Carneiro, suprimiu-se, na Câmara dos Deputados, a previsão de que o juiz admitiria a produção de prova no incidente e proferiria a decisão nos próprios autos. Veja-se BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir Parecer ao Projeto de Lei n.º 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei n.º 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do "Código de Processo Civil" (revogam a Lei 5.869, de 1973). **Parecer.** Brasília: [s.ed.], 2012a. p. 193.

⁹² Na audiência de instrução e julgamento, o prazo de 20 (vinte) minutos formar-se-á com o da prorrogação (dez minutos) um só todo, dividindo-se igualmente esse prazo entre o assistido e assistente, se não convencionarem de modo diverso (CPC, art. 364, § 1º).

⁹³ O Código de 1973, ainda em vigor, ordena, em caso de impugnação ao pedido do assistente, o desentranhamento e a autuação em autos apensos da petição apresentada pelo terceiro e daquela apresentada pela parte preterindo a sua intervenção no processo, bem como oportuniza a produção de prova (art. 51, incisos I e II).

⁹⁴ Se o for verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação do assistente em fase recursal perante tribunal de justiça, tribunal regional federal ou tribunal superior, o relator designará prazo razoável para que seja sanado o vício. Descumprida a determinação, o relator não conhecerá do recurso do assistente ou, sendo ele recorrido, ordenará o desentranhamento das contrarrazões que eventualmente tenha apresentado (CPC, art. 76, § 2º).

em que se encontra⁹⁵. Depreende-se do dispositivo que o terceiro poderá ingressar na qualidade de assistente desde o momento em que a ação for proposta e em qualquer fase processual, inclusive perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal⁹⁶. Caso ingresse antes do decurso do prazo contestacional, o assistente poderá ser acionado por reconvenção proposta pelo réu (CPC, art. 343, § 3º), quando o assistente simples se tornará parte. Caso o assistente ingresse antes da sentença e o assistido reste vencido, será condenado ao pagamento das custas em proporção à atividade que houver exercido no processo (CPC, art. 94). A eficácia da intervenção é *ex nunc*, na medida em que a participação do assistente cinge-se às ocorrências processuais supervenientes à admissão de seu ingresso no processo. Por causa do instituto da preclusão, é defeso ao assistente pretender a repetição, retificação ou a desconstituição de atos processuais praticados antes do deferimento de sua intervenção, tampouco a realização de algum ato processual cujo momento de efetivação já tenha vencido⁹⁷. O assistente pode, todavia, questionar atos processuais pretéritos, omissivos ou comissivos, suscitando matérias de ordem pública, uma vez que sobre essas não se opera a preclusão. Por exemplo, o acolhimento de uma incompetência absoluta ou do impedimento do juiz que jurisdicionou anteriormente permite não só, por influência do assistente, a desconstituição de atos anteriores à intervenção como viabiliza, em virtude da retroação da marcha processual, que ele requeira sua repetição, retificação ou realização⁹⁸.

A assistência terá lugar em qualquer dos tipos de procedimento (CPC, art. 119, parágrafo único, primeira parte), em tendo interesse jurídico.

⁹⁵ A assistência constitui exceção à estabilização subjetiva do processo. Mas assim como pode ingressar a qualquer tempo durante a tramitação processual, nada impede que o assistente também possa sair a qualquer tempo, encerrando a sua intervenção. Jairo Parra Quijano (1986) aduz que o assistente dispõe de sua intervenção, não sendo a sua presença forçada ou necessária. Dessarte, o assistente pode desistir a qualquer momento de sua intervenção, sem embargo da possibilidade de ser condenado a pagar custas processuais.

⁹⁶ O terceiro que pode, em tese, ingressar como assistente também pode intervir no processo diretamente para interpor o recurso contra a decisão lhe é desfavorável na qualidade de terceiro prejudicado. Basta que prove a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual (CPC, art. 996). Como foi referido na nota 9, na Introdução, o conceito de terceiro prejudicado engloba por inteiro o de terceiro juridicamente interessado, que abona a intervenção pela assistência. Vejam-se, a respeito, ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda. Breves considerações sobre a assistência e o recurso de terceiro prejudicado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Forense, v. 411, p. 65-78, set./out. 2010; e DIDIER JUNIOR, Fredie. **Recurso de terceiro**: juízo de admissibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 29 et seq.

⁹⁷ Como conclui Maurício Giannico (2005) ao tratar da preclusão em relação a terceiro, são atingidos pela preclusão todos aqueles que, apesar de não serem originariamente integrantes da relação jurídica processual, intervenham no processo.

⁹⁸ Por força do art. 109, I, da Constituição Federal e do artigo 45 do Código de Processo Civil de 2015, ingressando na causa, na condição de assistente, a União, suas empresas públicas, entidades autárquicas e fundações, ou conselho de fiscalização de atividade profissional, a competência, por sua natureza absoluta *ratione personae*, para processar e julgar a causa passa a ser da Justiça Federal (ressalve-se a hipótese mencionada na nota 16, acerca da intervenção anódina da União). Sobre a competência em face do ingresso do assistente, veja-se LIMA, Tiago Asfor Rocha. Intervenção assistencial e competência do processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 33, n.161, p. 283-300, jul. 2008.

Será possível no procedimento comum, bem como nos procedimentos especiais⁹⁹, salvo se a intervenção for incompatível com o rito ou houver vedação legal, como, por exemplo, no mandado de segurança (Lei nº 12.016/09, art. 24)¹⁰⁰ e nas ações perante os juizados especiais cíveis (Lei nº 9.099/95, art. 10). Mediante interpretação extensiva do artigo 119 do novo Código de Processo Civil, para entender que o objetivo-fim da assistência é a obtenção de *prestação jurisdicional* favorável a uma das partes, será também possível a assistência em tutela de urgência requerida em caráter antecedente e na execução¹⁰¹⁻¹⁰², não apenas quando instaurado o contraditório, como nos casos da exceção de pré-executividade e de impugnação ao cumprimento de sentença. Justificará a assistência, a bem de uma das partes, o interesse jurídico na decisão visando a satisfazer ou assegurar a eficácia prática de providências cognitivas ou executivas na tutela de urgência, assim como na satisfação do direito estampado no título executado durante o cumprimento de sentença ou a execução de título extrajudicial. Há, hoje, entendimento doutrinário e jurisprudencial em sentido contrário, em especial quanto à possibilidade da assistência na execução por se reduzir o propósito da intervenção, por interpretação restritiva, à consecução de uma sentença favorável¹⁰³⁻¹⁰⁴.

⁹⁹ Sobre a assistência em ações coletivas, veja-se: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Assistência, recurso de terceiro e denunciação da lide em causas coletivas In: _____; ALVIM, Teresa Arruda (coords.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 411-457; e GIDI, Antonio. Assistência em ações coletivas. (parecer). **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v.88, p. 269-271, out./dez. 1997.

¹⁰⁰ Não há vedação expressa à assistência, mas, sim, remissão restrita aos artigos referentes ao litisconsórcio do Código de Processo Civil de 1973 (arts. 46 a 49), os quais serão sucedidos pelos artigos 113 a 118 do Código de 2015, por força do artigo 1.046, § 4º. A revogada Lei nº 1.533/1951 também admitia, em seu artigo 19, apenas o litisconsórcio no mandado de segurança. Por isso, assim como na vigência da Lei anterior, *verbi gratia*, Cândido Rangel Dinamarco (1980), há doutrina esposando o cabimento da assistência no mandado de segurança. Veja-se TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. A assistência e a nova lei do mandado de segurança. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 35, n. 183, p. 239-256, maio 2010.

¹⁰¹ São favoráveis à assistência na execução: BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. I., t. I. p. 293; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. t. II. p. 62; DINAMARCO, 2004. p. 389; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 135; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 479; VALLE, Christino Almeida do. **Da assistência e o novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Americana, 1974. p. 28-31; SCHMIDT, Lélio Denicoli. A admissibilidade da assistência no processo de execução. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 754, p. 164-178, ago. 1998; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Assistência nas execuções obrigacionais. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 134, p. 30-51, abr. 2006.

¹⁰² Veja-se BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso especial. REsp 397.598/RJ. Relator: Ministro Raul Araújo, j. 18 ago. 2011, DJe 19 set. 2011.

¹⁰³ Nessa linha doutrinária, veja-se: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. I. p. 263-264; ALVIM, José Manoel de Arruda. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. III. p. 19-20; CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 125-126; THEODORO JÚNIOR. **Curso de direito processual civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I. p. 134; MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. **Assistência simples no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 75-77; SALGADO, Gustavo Vaz. Assistência no processo de execução: algumas reflexões. **Revista Síntese**

3 ASSISTÊNCIA SIMPLES

Na mesma linha que o antecessor, o Código de Processo Civil de 2015 prevê, expressamente, duas supostas modalidades de assistência: a *simples* ou *adesiva* e a *litisconsorcial* ou *qualificada*. Embora o texto da lei permitisse a assistência na forma como se conhece hoje como litisconsorcial, o entendimento dominante, doutrinário e jurisprudencial, admitia apenas a assistência simples. O cabimento da assistência litisconsorcial foi positivado, pela primeira vez, de forma expressa, no artigo 22 do Código de Processo do Estado da Bahia (1915). O Código de Processo Civil de 1939, muito criticado ao tratar da assistência no seu artigo 93, não logrou distinguir de forma suficiente a assistência litisconsorcial, o que só aconteceu posteriormente pelo Código de Processo Civil de 1973, inspirado no § 69 da ZPO alemã¹⁰⁵. Portanto, enquanto a assistência litisconsorcial é admitida apenas a partir do Código de Processo Civil de 1973, a assistência simples existe, por herança lusitana, desde o período colonial, sendo a única tradicional no direito pátrio. Nesta modalidade de assistência, o terceiro possui, com uma das partes litigantes, relação jurídica conexa com a que deu origem ao processo. É justamente o receio de que sua situação jurídica seja atingida pelos efeitos reflexos da tutela jurisdicional que justifica o seu ingresso no processo para auxiliar a parte com a qual possui relação jurídica. Esclarece Fux (1990) que, na assistência simples, o assistente intervém para discutir a relação jurídica do assistido, mas o faz porque a sua relação é dependente e conexa com aquela deduzida em juízo, de tal sorte que a decisão final refletirá em sua posição jurídica.

Leciona Daniel Ustárroz (2004) que o assistente simples não está ligado juridicamente ao adversário do assistido, senão com a própria parte que busca auxiliar. E essa relação jurídica com a parte que assiste não passa a integrar a lide, mantendo-se, dentro dos contornos do objeto processual, tão só a relação jurídica entre o assistido e a parte contrária. Destarte, o assistente simples ingressa em juízo apenas para, em nome próprio, defender o direito daquele que assiste, e não o seu direito. Por isso, a sua intervenção limita-se a ajudar o assistido, sem jamais contrariar a sua vontade. Ainda que disponha, em tese, dos mesmos poderes que o assistido (CPC, art. 121, *caput*), o exercício desses poderes fica condicionado à conduta processual do assistido, sendo-lhe defeso contrariar ou, mesmo, ir além de sua vontade.

de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, Síntese, jan./fev., 2002. n.15, p.56-61; ROSA, Eliezer. Da "assistência" na execução. *Revista de Direito da Procuradora Geral*, Rio de Janeiro, v.1, p.43-58, 1955.

¹⁰⁴ Veja-se BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Agravo regimental no recurso especial. AgRg no REsp 911.557/MG. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 21 jun. 2011, DJe 29 jun. 2011.

¹⁰⁵ Vejam-se, a respeito, COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. A assistência no regime do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 160, p. 38-48, jul./ago. 1955; e ALBERTON, Genacéia da Silva. *Assistência litisconsorcial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 28 et seq.

Essa subordinação fica clara pelo teor do artigo 122 do Código de Processo Civil de 2015, o qual, de forma exemplificativa, prevê que “a assistência simples não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação, renuncie ao direito sobre o que se funda a ação ou transija sobre direitos controvertidos” (2015, p. 26)¹⁰⁶. Contudo, no caso de o assistido não comparecer em juízo para se defender ou, de qualquer outro modo, for omissor, o assistente goza de autonomia¹⁰⁷. Nessas hipóteses, o assistente goza de completa independência e não tem que subordinar a sua atitude à da parte a que assiste, atuando, *si et in quantum* ele não comparecer em juízo, como o seu substituto processual (CPC, art. 121, parágrafo único)¹⁰⁸⁻¹⁰⁹.

Adotando-se o conceito de parte de Chiovenda (1928, p. 579) – “è parte colui che domanda in proprio nome (o nel cui nome è domandata) una attuazione di legge, e colui di fronte al quale essa è domandata” –, tem-se que o terceiro, ao intervir como assistente simples, não se torna parte, mas, sim, como esposa Athos Gusmão Carneiro (1998), apenas sujeito do processo, mantendo a condição de terceiro¹¹⁰. O assistente simples não formula pedido

¹⁰⁶ O artigo correspondente no Código de Processo Civil de 1973, o artigo 53, prescrevia, na sua parte final, que, nesses casos, terminando o processo, cessa a intervenção do assistente, o que havia sido mantido no Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Acolhendo sugestão encaminhada por César Peluso, então Ministro do Supremo Tribunal Federal, essa parte final, por ser considerado inútil, foi extraída. Por outro lado, adicionou-se ao mesmo dispositivo, que arrola hipóteses em que resta limitado o exercício dos poderes processuais por parte do assistente, a renúncia ao direito sobre o que se funda a ação pelo assistido. Veja-se BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir Parecer ao Projeto de Lei n.º 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei n.º 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei 5.869, de 1973). **Parecer**. Brasília: [s.ed.], 2012a. p. 192-193 e 877.

¹⁰⁷ Athos Gusmão Carneiro (1981) destaca que, neste caso, cumpre ao assistente orientar a defesa segundo o interesse e a vontade presumível do assistido, e ficando responsável perante este pela eventual má gestão processual, por culpa ou dolo. Se o assistente ingressar ainda em tempo hábil, poderá contestar, impedindo a revelia e seus efeitos. Não poderá, todavia, praticar atos de disposição do direito material de seu assistido.

¹⁰⁸ Esta adequação de qualificar o assistente como *substituto processual*, e não mais como *gestor de negócios*, como no Código de Processo Civil de 1973, em caso de revelia ou de omissão do assistido foi proposta pela Câmara dos Deputados durante o processo legislativo, na mesma linha do Código de Processo Civil português. Defendiam que o assistente atua como substituto processual do assistido na vigência do Código de Processo Civil de 1973, que o qualifica como seu *gestor de negócios*: GRECO FILHO, Vicente. **Da intervenção de terceiros**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 56; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 137; SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I. p. 83; e DIAS, Handel Martins. Eficácia da assistência: a vinculação do assistente à “justiça da decisão”. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 225, p. 123-176, nov. 2013.

¹⁰⁹ Veja-se SOARES, Fernando Luso; MESQUITA, Duarte Romeira de; BRITO, Wanda Ferraz de. **Código de Processo Civil anotado**. 16. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 355. Defendendo o cabimento da nomeação de um curador especial em favor do réu assistido que tenha restado revel citado por edital ou com hora certa, mesmo diante da presença do assistente: ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. O gestor de negócios e o curador especial diante da revelia do réu assistido. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v.10, p. 217-220, 1978.

¹¹⁰ No mesmo sentido, entre tantos outros, SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. I. p. 256-257; ALVIM, José Manoel de Arruda. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. III. p. 25; RIBEIRO, Antônio de Pádua. A assistência no novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Forense, v. 251, p.119-124, 1975; MAURICIO, Ubiratan de Couto. **Assistência simples no direito processual civil**. São Paulo:

ou tem pedido deduzido contra si, tampouco adere à demanda ou à defesa do assistido. Ele tão somente auxilia uma das partes a vencer o processo, sem promover alteração de seu objeto. É, pois, a relação jurídica entre o assistido e a parte contrária integrante da lide que é julgada pela sentença, não a do assistente com a do assistido, que permanece intacta, podendo apenas ter a sua situação jurídica obliquamente influenciada pelos reflexos jurídicos da tutela jurisdicional em virtude da relação de prejudicialidade existente. Aderindo-se ao entendimento de que o contraditório é fundamental para definir o conceito de processo e de sujeito do processo, não o de parte, o mero fato de participar do contraditório não converte o assistente simples em parte, tal como entendem os que perfilham a conceituação formulada por Enrico Tullio Liebman (1973)¹¹¹.

Se a parte assistida resta vencedora no processo, com ou sem a efetiva contribuição do assistente, este não sofre prejuízo em seu direito. Porém, se a parte junto a que se coloca é derrotada, o fim perseguindo com a intervenção não é logrado e, como consequência, a sua situação jurídica sofrerá os consecutivos prejudiciais que procurava evitar da mesma forma que sofreria se não tivesse intervindo no processo (MONTERO AROCA, 1972)¹¹². Todavia, enquanto para as partes a decisão resta imutável por causa da coisa julgada, o assistente simples, por não ser parte na relação jurídica processual estaria livre para negar, em uma nova lide, o julgamento, mesmo tendo participado do contraditório¹¹³. Cômicos de que não se afigurava plausível que o assistente saísse incólume após participar do processo, instituiu-se na Alemanha a chamada eficácia da assistência (*interventionswirkung*)¹¹⁴, posteriormente importada para o processo civil brasileiro. O § 68 da ZPO

Revista dos Tribunais. 1983. p. 97-102; COSTA, Moacyr Lôbo da. **Assistência**: processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 168; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. t. II. p. 62-63; SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. II. p. 55; e AZEM, Guilherme Beux Nassif. Da assistência no Código de Processo Civil brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, Advocacia-Geral da União, n. 7, p. 89-93, ago. 2005.

¹¹¹ Para Enrico Tullio Liebman (1973), são partes os sujeitos do contraditório perante o juiz. Salienta Cândido Rangel Dinamarco (2004, v. II), adepto do referido conceito, que o terceiro adquire a qualidade de parte (*parte auxiliar*), qualquer que seja a modalidade de assistência. Este entendimento possui muitos seguidores na doutrina brasileira, como USTÁRROZ, Daniel. **A intervenção de terceiros no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 39-40; GRECO FILHO, Vicente. **Da intervenção de terceiros**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 55; e TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. I. p. 223.

¹¹² Sublinha Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes (2003) que é exatamente a possibilidade de o ato decisório judicial vir a produzir efeitos *ultra partes*, isto é, atingir a esfera jurídica de terceiros, que justifica a intervenção.

¹¹³ Esta afirmativa parte da premissa da adoção no sistema jurídico, como regra geral, da limitação da coisa julgada, no plano subjetivo, às partes entre as quais é dada a sentença, sem alcançar o assistente, como é o caso do Brasil (CPC, art. 506) e da Alemanha (ZPO, § 325 I).

¹¹⁴ No Brasil, costuma-se traduzir literalmente *interventionswirkung*. Contudo, a melhor tradução é "eficácia da assistência", e não "eficácia da intervenção", como faz a doutrina de forma majoritária. Isso porque o instituto equivalente a nossa assistência lá se denomina intervenção adesiva ou por proximidade (*nebenintervention*).

estabelece que “nas suas relações com parte principal, o interveniente adesivo não será ouvido enquanto afirme que a causa, tal como foi apresentada ao tribunal, foi mal decidida; somente será ouvido, porém, se afirmar que a parte principal conduziu mal a causa, quando pelo estado da mesma ao tempo de sua intervenção, ou por ato e manifestações da parte principal, tenha sido impedido de praticar meios de ataque ou de defesa, ou quando a parte principal, intencionalmente ou por culpa grave, não tenha feito valer os meios de ataque ou de defesa que ele ignorava” (2002, p. 151, tradução nossa).

A eficácia da assistência consiste em um efeito secundário da sentença. Não se confunde com os seus efeitos principais, que dizem respeito ao mérito da causa, ou seja, ao litígio entre o assistido e a parte contrária. Tampouco se confunde com os consectários que os efeitos principais da sentença possam lhe causar (efeitos reflexos), cujo temor de que sejam nocivos justifica a intervenção assistencial¹¹⁵. O efeito secundário ou anexo é aquele efeito sentencial que decorre da lei, independentemente de qualquer pedido ou requerimento das partes no processo. Tal como os efeitos diretos – ou naturais, como prefere Enrico Tullio Liebman (1945) –, os efeitos secundários operam *erga omnes*. Não pode ser negado quer pelas partes, quer por terceiros, embora estes não fiquem vinculados, podendo afastá-los de suas respectivas esferas jurídicas mediante a obtenção de outra sentença em que se desconstitua o efeito anexo prejudicial. A eficácia da assistência é, pois, um efeito secundário da sentença previsto expressamente no artigo 123 do Código de Processo Civil de 2015, que praticamente transcreveu o artigo 55 do Código de 1973. Opera a despeito de requerimento de qualquer das partes e de referência no comando do ato sentencial, podendo ser preterido, por expressa disposição de seus incisos I e II, se o assistente alegar e provar que houve a má gestão do processo por parte do assistido.

A eficácia da assistência não se confunde, pois, com a coisa julgada, tendo sido instituída senão como uma alternativa à ela, visto que a sentença faz coisa julgada apenas entre as partes entre as quais é dada a sentença, sem alcançar, portanto, o assistente simples (CPC, art. 506). No entanto, como bem anota Celso Agrícola Barbi (1977), os dois institutos têm algo em comum: ambos usam o mesmo meio, ainda que para chegarem a fins

¹¹⁵ Enrico Tullio Liebman (1945) ensina que os efeitos secundários se distinguem dos principais por sua absoluta falta de autonomia. São simplesmente acessórios e consequentes aos efeitos principais e ocorrem automaticamente por força de lei, quando se produzem os principais. Os efeitos secundários não têm, por isso, condições próprias de admissibilidade que o juiz deva reconhecer e declarar existentes, independentemente das condições dos efeitos principais. Quando o exame da causa autoriza a prolação da sentença com determinados efeitos (principais), dever-se-ão produzir, e logo se produzirão, também os efeitos secundários, os quais, portanto, não deverão ser pedidos pelas partes na demanda, nem estar contidos e indicados na decisão (e por isso é exato dizer que não fazem parte do objeto da sentença). Sobre essa distinção, veja-se SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Eficácias da sentença e coisa julgada. In: _____. **Sentença e coisa julgada**: ensaios. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 112-114.

diferentes. A coisa julgada visa a garantir ao vencedor da demanda o bem da vida, que lhe foi reconhecido pela sentença. Para isso, usa da técnica da imutabilidade, vale dizer, não admite que em outro processo se discuta de novo a questão decidida, se, com isto, se desconhecer ou diminuir o resultado que o processo anterior trouxe ao vencedor, quanto ao bem da vida nele discutido. De outra parte, a eficácia da assistência visa à economia processual, ao aproveitamento da atividade probatória desenvolvida na causa e da apreciação que o juiz fez desses elementos. Para isto, o legislador usa a mesma técnica de que lançou mão para a coisa julgada, isto é, a da imutabilidade, para impedir o assistente de discutir, em processo posterior, a justiça da decisão na causa em que interveio. Nesse sentido, não tem razão Cândido Rangel Dinamarco (2006; 2010) ao afirmar que a natureza da eficácia da assistência se constitui em autêntica eficácia preclusiva da coisa julgada, na medida em que, em virtude dela, o assistente fica preso aos motivos da sentença¹¹⁶. Ainda que seja acolhido, por vezes, na jurisprudência¹¹⁷, esse entendimento não reverberou, acertadamente, na doutrina pátria¹¹⁸. Em primeiro lugar, não há, quanto ao assistente, coisa julgada: condição necessária para ser atingido por sua eficácia preclusiva. Não pode existir eficácia preclusiva da coisa julgada sem coisa julgada (OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010). Em segundo lugar, a eficácia preclusiva da coisa julgada visa a tolher as partes de atacar em processo futuro, com novas alegações ou defesas, o que foi decidido mediante sentença passada em julgado. Em eventual processo posterior, movido por ou contra o assistente, o objeto não será o mesmo, mas, sim, a relação jurídica do assistente. Portanto, se o assistente não procura, nesse novo processo, rediscutir aquela decisão, isto é, atacar a coisa julgada, não há sentido em invocar-se a eficácia preclusiva da coisa julgada (BEDAQUE, 2004)¹¹⁹. Ao que parece, o equívoco

¹¹⁶ Cândido Dinamarco (2010, p. 461) assim defende seu argumento: "A vinculação do assistente, nesse caso, constitui o que a doutrina alemã denomina *interventionswirkung*, ou eficácia da intervenção. Trata-se de autêntica eficácia preclusiva da coisa julgada e não da *res judicata* em si mesma (Rosenberg-Schwab). Em virtude dela, ficará o assistente preso aos motivos da sentença, na medida em que tais pronunciamentos do juiz venham a ser *relevantes em eventual causa ulterior na qual ele figure ou venha figurar como parte principal*. O que ficar declarado entre os motivos não será coberto pela coisa julgada nem em relação às partes principais nem em relação ao assistente (CPC, art. 469) – mas tanto quanto ficarão aquelas impedidas de repor em discussão tais *premissas de julgamento* em relação ao mesmo litígio, também o assistente estará impedido de fazê-lo em eventual litígio envolvendo a matéria".

¹¹⁷ Veja-se, por exemplo, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso ordinário em mandado de segurança. RMS 22514-SP. Relator: Ministro Humberto Martins, J. 06 fev. 2007, DJe 18 nov. 2008b.

¹¹⁸ Na doutrina, vão ao encontro desse pensamento de Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 486; e TESHEINER, José Maria Rosa. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 120-121.

¹¹⁹ Acrescenta Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2010) que a eficácia preclusiva da coisa julgada não promove a estabilização dos fundamentos da sentença, tal como o faz a eficácia da assistência. Depois de definidos os limites objetivos da coisa julgada, a eficácia preclusiva impede a propositura de demandas incompatíveis com a decisão transitada em julgado, sem tornar imutáveis as situações incompatíveis. Neste

do renomeado processualista, Cândido Rangel Dinamarco, foi restringir o espectro de opções para explicar a natureza jurídica da eficácia da assistência à eficácia preclusiva de coisa julgada ou à própria *res iudicata*, desconsiderando, de todo, o efeito secundário.

Considerando a sua natureza eminentemente processual e a presença, no seu âmago, da técnica da imutabilidade, somente quem tenha participado do processo pode ser compreendido pela eficácia da assistência. Assim, exclui-se de plano a possibilidade de a vinculação ser em relação a terceiros. Na qualidade de efeito anexo da sentença, a eficácia da assistência opera *erga omnes*, mas não para o efeito de vincular o assistente frente a quem não atuou no debate processual. Aliás, se a própria coisa julgada prende somente as partes do processo, permitindo-lhes que rediscutam, perante terceiros, não só os motivos, mas a decisão em si, não seria lógico conceber que a eficácia da assistência, dirigida a um sujeito processual de menor importância, tenha alcance maior do que a *res iudicata*. Na Alemanha, de onde se importou a eficácia da assistência, a lei estabelece de forma expressa que a vinculação do assistente ao ato sentencial é apenas quanto ao assistido, e não à parte com que ele litigou (ZPO, § 69)¹²⁰. Assim, em eventual processo que venha a litigar com a parte contrária, o assistente não padece nenhuma subordinação, estando completamente desprendido do julgamento anterior. No Brasil, a lei não é explícita e a doutrina praticamente ignora o seu alcance no plano subjetivo. Tem-se, na esteira do direito alemão, que a regra prevista no artigo 123 do Código se aplica apenas ao assistente e ao assistido, pois é pela relação jurídica existente entre os dois que o primeiro intervém¹²¹. Demais

sentido, não há como afirmar a vinculação do assistente à eficácia preclusiva da coisa julgada sem delimitar previamente o conteúdo da decisão que se tornará imutável e ficará protegido pela eficácia preclusiva. Sobre a abrangência da eficácia preclusiva da coisa julgada, vejam-se, ainda, MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: _____. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 97-109; GRINOVER, Ada Pellegrini. Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, Síntese, n. 16, p. 22-29, mar./abr. 2002; SICA, Heitor Vítor Mendonça. **Preclusão processual civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008; e RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 90-97.

¹²⁰ Vejam-se: WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil**. Trad. de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1977, v. II. p. 449-451; GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Trad. de Leonardo Prieto Castro y adiciones de Niceto Alcalá-Zamora Castillo. Barcelona: Labor, 1936. p. 449; ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Trad. de Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJEJA, 1955. t. I. p. 273; KISCH, W. **Elementos de derecho procesal civil**. 2. ed. Trad. de L. Prieto Castro. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1940. p. 324-325; LENT, Friedrich. **Diritto processuale civile tedesco: il procedimento di cognizione**. Trad. di Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962. p. 317-318; JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Tradução de F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002. p. 424-425; SCHÖNKE, Adolf. **Derecho procesal civil**. Trad. de Leonardo Prieto Castro et al. Barcelona: Bosch, 1950. p. 102; THOMAS, Heinz; PUTZO, Hans; REICHHOLD, Klaus; HÜBTEGE, Riner. **Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften**. 24.auf. München: Beck, 2002. p. 151-153.

¹²¹ Em sentido contrário, para entender que a eficácia da assistência incide também em relação ao adversário da parte assistida: DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. A imutabilidade da "justiça da decisão" como fixação da causa de pedir em demanda nova: uma releitura do art. 55 do CPC e a caracterização do

disso, a eficácia da assistência deve incidir senão em benefício do assistido¹²², pois, como esclarece Celso Agrícola Barbi (1977), é em referência a ele que a lei criou a imutabilidade. A *ratio essendi* da norma é instituir uma consequência objetiva, que não apenas os efeitos da sentença, àquele terceiro que ingressa como assistente caso o assistido reste vencido. Não há qualquer sentido em o assistente invocar, em seu benefício, a *injustiça da decisão* em eventual processo posterior em que litigue com o assistido.

Ao prever que o assistente não pode discutir, em processo posterior, a *justiça da decisão* proferida no processo em que interveio, o artigo 123 do Código de Processo Civil de 2015 não é claro, assim como não era o seu antecessor, em definir em que termos o assistente fica vinculado ao ato sentencial. A norma jurídica que o inspirou, o § 68 da ZPO germânica, é ainda mais imprecisa, como se pôde depreender de seu texto, transcrito acima. Coube à doutrina alemã construir a sua compreensão, notadamente no sentido de que a chamada eficácia da assistência consiste na impossibilidade de o interveniente adesivo negar, perante o assistido, em um processo futuro, os fundamentos de fato e de direito em que se amparou a decisão¹²³. Explica Friedrich Lent (1962) que, em um processo posterior em que litigue com o assistido – *verbi gratia*, em uma ação regressiva por ele ajuizada –, é defeso ao assistente alegar a injustiça da sentença precedente, negando o seu dispositivo ou os seus motivos. Segundo Leo Rosenberg (1955, I), jurista alemão mais evocado sobre o assunto, a eficácia da assistência consiste em que a sentença do processo vale, tal como proferida pelo juiz, como justa contra o assistente em suas relações com a parte assistida. Isso significa que o assistente fica vinculado não apenas à simples resolução da relação jurídica discutida no processo, mas também aos fundamentos jurídicos em que se

interesse jurídico do assistente. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 32, n.144, p. 275-285, fev. 2007.

¹²² No mesmo sentido: COSTA, José Rubens. Eficácia da sentença contra o assistente simples. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Forense, v. 369, p. 413-414, 2003; na doutrina alemã: SCHÖNKE, Adolf. **Derecho procesal civil**. Trad. de Leonardo Prieto Castro et al. Barcelona: Bosch, 1950. p. 102; LENT, Friedrich. **Diritto processuale civile tedesco: il procedimento di cognizione**. Trad. di Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962. p. 317; JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Tradução de F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002. p. 425; e ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Trad. de Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1955. t. I. p. 273-274.

¹²³ Vejam-se GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Trad. de Leonardo Prieto Castro y adiciones de Niceto Alcalá-Zamora Castillo. Barcelona: Labor, 1936. p. 449; ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Trad. de Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1955. t. I. p. 274-275; KISCH, W. **Elementos de derecho procesal civil**. 2. ed. Trad. de L. Prieto Castro. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1940. p. 324-325; LENT, Friedrich. **Diritto processuale civile tedesco: il procedimento di cognizione**. Trad. di Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962. p. 317-318; SCHÖNKE, Adolf. **Derecho procesal civil**. Trad. de Leonardo Prieto Castro et al. Barcelona: Bosch, 1950. p. 102; JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Tradução de F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002. p. 424-425; THOMAS, Heinz; PUTZO, Hans; REICHHOLD, Klaus; HÜßTEGE, Riner. **Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften**. 24.auf. München: Beck, 2002. p. 151-153.

apoiou a decisão e à sua apreciação dos fatos, inclusive quanto às relações jurídicas prejudiciais, porquanto, sem isso, não pode ser justa a sentença¹²⁴.

O legislador brasileiro, ao redigir o artigo 55 do Código de Processo Civil de 1973, fonte do artigo 123 do Código de Processo Civil de 2015¹²⁵, amparou-se não apenas no § 68 da ZPO germânica para prever um regime específico para o assistente no tocante aos conseqüentários de sua intervenção no processo¹²⁶. Com o escopo de precisar a extensão da eficácia da assistência, observou a doutrina alemã para estabelecer que o assistente não pode discutir, em processo posterior, a “justiça da decisão”, ou seja, que lhe é defeso discutir os motivos da sentença em eventual processo posterior em que litigue com a parte assistida. Existe alguma divergência sobre os elementos sentenciários compreendidos pela eficácia, ora afirmando que abarca só os fatos (ALVIM, 1976; BARBI, 1977; MAURÍCIO, 1983; SANTOS, 2008; PRATA, 1983; e FONSECA, 2008), ora asseverando que só abrange os fundamentos jurídicos (BUENO, 2006), ora inferindo que engloba ambos

¹²⁴ Leo Rosenberg (1955, I) cita o seguinte exemplo para explicitar a atuação da eficácia da assistência: uma viúva caiu, em razão da geada, em frente à casa de B. Na ação ajuizada por ela contra B, discutiu-se se o dever de colocar cinza na calçada era do dono da casa ou do município, o qual ingressou como interveniente adesivo da viúva. A demanda foi rejeitada por se entender que o dever de colocar cinza era do município. No segundo processo, movido pela viúva contra o município, este não pode alegar, por força do § 68, que, por costume, o dever de colocar cinza na calçada seria do dono da casa, na medida em que está em contradição com as afirmações do primeiro processo. Leo Rosenberg (1955, I) esposa que, no processo seguinte contra o assistente, o juiz fica submetido à apreciação das circunstâncias de fato e de direito sobre os quais se apoiou a primeira sentença, em sua totalidade – não apenas as que tenham sido desfavoráveis ao assistente –, ainda quando formem fundamentos de outra pretensão.

¹²⁵ No anteprojeto do novo Código de Processo Civil, a Comissão de Jurista havia proposto a substituição da locução “discutir a justiça da decisão” por “questionar a decisão”, mantendo, *in totum*, o restante da redação relativo à eficácia da assistência, inclusive as duas hipóteses de *exceptio male gestis processus* (BRASIL, 2010a, p. 121). A toda a evidência, o propósito da Comissão de Juristas constituída era o de vincular o assistente apenas ao dispositivo da sentença, e não aos seus motivos, conforme o entendimento majoritário da doutrina nacional em relação ao Código de 1973. Contudo, esta proposta não logrou êxito no Senado Federal. Restabeleceu-se a polêmica locução “discutir a justiça da decisão” e o texto do artigo no projeto de lei ficou praticamente idêntico ao artigo 55 do Código de Processo Civil 1973 (BRASIL, 2010b, p. 334-336).

¹²⁶ No tocante ao efeito da sentença relativamente ao assistente simples, o direito processual argentino não adota o modelo alemão, a exemplo do brasileiro. Prevê em um artigo específico, aplicável genericamente às diferentes modalidades de intervenção de terceiros. De acordo com o § 2º do artigo 96 do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, “em todas as hipóteses, depois da intervenção de terceiro, ou de sua citação, conforme o caso, a sentença ditada o alcançará como aos litigantes principais” (2003, p. 37, tradução nossa). Por força dessa disposição, entende-se que a sentença não só atinge o interveniente, direta ou reflexamente, conforme a qualidade da intervenção, como também produz coisa julgada em relação a ele, tal como às partes originárias, não se furtando disso o assistente adesivo. Tendo em vista que os limites objetivos da coisa julgada se restringem ao dispositivo sentencial, isso significa que o interveniente adesivo simples não poderá, em eventual processo posterior em que venha a litigar com a parte assistida, negar apenas o que restou decidido no processo em que ingressou como assistente. Destarte, no direito argentino, a consequência prática da intervenção assistencial é, por força da coisa julgada, impedir que o assistente denegue o que restou decidido sobre a relação jurídica entre o assistido e a sua parte contrária. Sem embargo, a doutrina e a jurisprudência admitem, em determinadas situações, a possibilidade de relativização da coisa julgada, especialmente em caso de *exceptio male gestis processus*. Isso porque vigiar a participação do assistido no processo, evitando que sua negligência ou reticência cause prejuízos ao terceiro, é compreendido como um justificador da assistência adesiva. Ademais, nada impede que, em cada caso concreto, ao proferir a sentença, o órgão judicial interprete não só a relação jurídica substancial, senão também as respectivas condutas processuais das partes, estabelecendo, desde já, de que maneira o interveniente se encontra vinculado à sentença e, via de consequência, afeto à coisa julgada.

(SILVA, 2000; SANTOS, 1990; TORNAGHI, 1974; MIRANDA, 1973; BEDAQUE, 2004; NERY JUNIOR, 1999; MARINONI, MITIDIERO, 2008; CARNEIRO, 1998; COSTA, 2003; USTÁRROZ, 2004; TALAMINI, 2005; MILHOMENS, 1985; DINAMARCO, 2004, v. II, 2006; OLIVEIRA, MITIDIERO, 2010; TESHEINER, 2001; ALVIM, 1995). Ao encontro da doutrina alemã, prepondera a última hipótese, no sentido de que o assistente não pode, em processo ulterior, questionar os fundamentos de fato e de direito em que se amparou a sentença passada em julgado. Ou seja, o que atinge o assistente simples é justamente o que não faz coisa julgada entre as partes¹²⁷.

Neste sentido, sendo a sentença contrária ao assistido, em eventual ação posterior movida pelo assistido, ou mesmo pelo assistente com a finalidade de obstar os efeitos reflexos daquela, é defeso ao assistente discutir aquela decisão, tampouco negar os seus motivos, fáticos ou jurídicos, inclusive eventual decisório sobre questão prejudicial que tenha sido apreciada. Não se enquadrando nenhuma das hipóteses excepcionadas nos incisos do artigo 123 do Código, há presunção *iure et de iure* de que aquela decisão foi justa, não cabendo produção de prova sobre aquelas alegações de fato que foram tidas como verdadeiras ou nova valoração, mesmo que apenas jurídica, dos elementos probatórios que haviam sido carreados¹²⁸. Em sua defesa, o assistente precisará suscitar fatos e fundamentos jurídicos que não ampararam a sentença e nem poderiam ter sido alegadas naquela causa em que houve assistência¹²⁹. Para Leo Rosenberg (1955, I), o juiz não pode considerar novas afirmações e provas que conduziram à outra conclusão caso já pudessem ter sido alegadas antes. Logo, não é só o assistente que padece uma limitação brutal, quiçá determinante de acordo com as circunstâncias do caso. O juiz tem cerceada sua livre convicção, pois, mesmo formando convencimento diverso, é obrigado a julgar, no que coincidir com a sentença anterior, de acordo com a convicção do juiz que a prolatou.

Embora não seja tão estável como a coisa julgada, em função da permissibilidade de o assistente transpor a vinculação mediante a alegação e prova de que o assistido geriu de maneira deficiente o processo, hipótese

¹²⁷ Como bem conclui Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim (2010), o que atinge o assistente simples é justamente o que não faz coisa julgada entre as partes: os fundamentos de fato e de direito que terão levado à prolação da sentença.

¹²⁸ Celso Agrícola Barbi (1977) exemplifica com a hipótese do segurador que assistiu ao segurado na ação em que alguém cobrou deste indenização, por determinado fato, e que era objeto de seguro. A primeira demanda foi julgada procedente porque se reconheceu existir o fato e se liquidou o valor da indenização. Na ação que o segurado mover, mais tarde, contra o segurador, para se ressarcir do que pagou em consequência da sentença anterior, o assistente não poderá mais discutir acerca da existência do fato gerador da indenização, nem quanto ao valor desta ou da obrigação de indenizar, porque são questões já decididas na primeira causa.

¹²⁹ Para Celso Agrícola Barbi (1977), a eficácia da assistência só alcança os fatos que foram objeto de apreciação pelo juiz e as questões suscitadas e que levaram à conclusão contida no dispositivo da sentença. As outras circunstâncias, que não a influíram ou não foram objeto de apreciação, não ficam sujeitas a essa imutabilidade.

mais factível, em princípio, do que aquelas previstas para o ajuizamento de ação rescisória, estatuídas no artigo 966 do Código de Processo Civil de 2015, a eficácia de assistência possui limites objetivos mais extensos do que a coisa julgada. A coisa julgada se cinge à parte dispositiva da sentença, sem abranger as razões da decisão (CPC, arts. 503 e 504), como o faz a eficácia da assistência¹³⁰⁻¹³¹. Para Eduardo Talamini (2005), a opção do legislador de definir os limites objetivos mais largos do que os da coisa julgada não foi por mero capricho, pois, na grande maioria dos casos, não haveria nenhuma concreta e útil vinculação do assistente se a imutabilidade se restringisse ao dispositivo. Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2010) aduz que isso expressa de forma clara uma premissa subjacente ao raciocínio de todos os que interpretam a justiça da decisão como uma vinculação aos motivos da sentença: extrair, sempre, uma útil vinculação do assistente ao conteúdo da decisão. Em geral, só há útil extensão da imutabilidade do dispositivo quando o objeto principal do processo em que se dá a intervenção contempla a questão jurídica do interesse do assistente¹³²⁻¹³³.

¹³⁰

Justamente por considerar inadmissível que a coisa julgada seja mais ampla do que a eficácia da assistência na interpretação vigorante, Gelson Amaro de Souza (2003, p. 54-58) sustenta, vale dizer, de forma isolada, que a "justiça da decisão" deve ser interpretada como "juridicidade da decisão", sentido de que não o assistente não poderia, no processo posterior, alegar vícios do procedimento ou da própria sentença.

¹³¹ Embora concorde com Gelson Amaro de Souza acerca dessa incoerência (*nota supra*), Alexandre Paulichi Chiovitti (2010) propõe outra interpretação para equacionar a disparidade: flexibilizar o alcance do art. 472, primeira parte, do Código de Processo Civil, estendendo a coisa julgada também ao assistente simples, o qual não mais estaria sujeito à eficácia da assistência. Veja-se CHIOVITTI, Alexandre Paulichi. Assistência simples e coisa julgada material: a "justiça da decisão" do artigo 55 do Código de Processo Civil brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 18, n. 72, p. 143-154, out./dez. 2010.

¹³²

Em sua tese de doutorado, em que espousa a utilidade da extensão da imutabilidade aos motivos da sentença, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2010) sustenta que, feita a opção política pela restrição da coisa julgada ao dispositivo da sentença, a estabilização da decisão decorrente da vinculação do assistente à justiça da decisão também deveria ficar restrita ao dispositivo. Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2010) argumenta que, apesar de em muitos casos essa interpretação redundar em uma vinculação inútil do assistente, solução contrária teria por consequência introduzir no sistema um tratamento desigual sem que haja um fator discriminatório juridicamente relevante. Se comparado com a parte principal, o assistente tem poderes restritos para a atuação no processo, especialmente no caso da assistência simples, não fazendo sentido vincular aos motivos da decisão justamente a parte com menores possibilidades de influenciar em seu teor. Por argumento distinto, o português António Júlio Cunha auferiu conclusão similar. Malgrado o Código de Processo Civil lusitano refira que o assistente é obrigado a aceitar, em qualquer causa posterior, os fatos e o direito que a decisão judicial tenha estabelecido, António Júlio Cunha (2010, p. 141) sustenta que essa vinculação deveria dizer respeito apenas à parte decisória da sentença, pois "o interesse que em bom rigor legitima a intervenção é a possibilidade de o terceiro vir a ser *prejudicado* pela decisão propriamente dita". Objetivando refutar o entendimento da doutrina alemã, acrescenta que "é contra a decisão pretendida por uma das partes que o interveniente auxilia a outra parte, carecendo de justificação concluir por uma absoluta vinculação".

¹³³

Com efeito, o interesse do assistente centra-se na fundamentação em determinadas situações, e não propriamente na decisão, de modo que, conforme o caso, pode restar inútil ou de pouca utilidade vincular o assistente apenas ao que restou decidido. Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá (2007, p. 278) cita a seguinte hipótese que bem exemplifica esse fato: "ação para anulação de escritura pública, na qual se alegam dois fundamentos, coação da parte contrária e dolo do tabelião; o tabelião não tem interesse na decisão, que poderá ser pela manutenção ou pela anulação do contrato, mas tem interesse na fundamentação da decisão, porquanto poderá reconhecer que agira com dolo na lavratura do ato, dando causa a futura demanda indenizatória contra si, na qual não poderá mais questionar a existência do dolo. Ou seja, nesse hipotético caso, o que atinge (mediatamente) a esfera jurídica do tabelião é a fundamentação da decisão, e não a própria decisão".

A exemplo do Brasil, Portugal também observou o direito alemão para impor ao assistente a eficácia da assistência. O artigo 332º do Código de Processo Civil lusitano (2013, p. 648), intitulado “valor da sentença quanto ao assistente”, estabelece que “a sentença proferida na causa constitui caso julgado em relação ao assistente, que é obrigado a aceitar, em qualquer causa posterior, os factos e o direito que a decisão judicial tenha estabelecido”¹³⁴⁻¹³⁵. Conquanto o artigo 332º do Código de Processo Civil português refira coisa julgada (“caso julgado”) em relação ao assistente, o entendimento da doutrina é de que não há, *de facto*, dita coisa julgada, estando o assistente submetido à eficácia da assistência, isto é, fica impedido de negar, em uma causa posterior, os fatos e o direito que a decisão judicial tenha estabelecido¹³⁶. Isso porque, como a sentença somente decide acerca da relação controvertida entre autor e réu, a coisa julgada alcança apenas esta relação jurídica, atingindo, conseqüentemente, no plano subjetivo, tão só as partes principais, que são os titulares da relação jurídica decidida. Recentemente, em recurso de um autor que pretendia a inclusão do assistente na condenação imposta pelo Tribunal da Relação, o Supremo Tribunal de Justiça português reafirmou esse entendimento¹³⁷.

A estabilidade proporcionada pela eficácia da assistência é mais tênue do que aquela decorrente da coisa julgada. A exemplo do congênere do Código de 1973, na parte final do artigo 123 do Código de Processo Civil de 2015 estabelecem-se, em dois incisos, as hipóteses em que pode o assistente se esquivar da justiça da decisão, ficando livre para rediscutir os fatos e fundamentos jurídicos assentados na sentença precedente: “se alegar e provar que: I – pelo estado em que recebeu o processo ou pelas declarações e pelos atos do assistido, foi impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença; II – desconhecia a existência de alegações ou de provas das

¹³⁴ Salvo se alegar e provar, na causa posterior, que o estado do processo no momento da sua intervenção ou a atitude da parte principal o impediram de fazer uso de alegações ou meios de prova que poderiam influir na decisão final, ou, ainda, se mostrar que desconhecia a existência de alegações ou meios de prova suscetíveis de influir na decisão final e que o assistido não se socorreu deles intencionalmente ou por negligência grave.

¹³⁵ Em 18 de janeiro de 2013, o plenário da Assembleia da República aprovou, na generalidade, a Lei nº 113/XII, que instituiu em Portugal um novo Código de Processo Civil, o qual não alterou o regime da assistência.

¹³⁶ Eurico Lopes-Cardoso (1999, p. 155) espousa que não há “caso julgado pleno” contra o assistente. O simples fato de ser admitido no processo a assistir vincula o assistente à sentença, mas no sentido de que, em nova ação em que tenha a posição de parte principal, fica obrigado a aceitá-la como prova plena dos fatos que a sentença estabeleceu, e como caso julgado em relação ao direito que definiu.

¹³⁷ “(...) no que respeita aos efeitos da assistência em relação ao assistente o assistente não pode ser condenado nem absolvido da causa. Até lhe é lícito abandoná-la em qualquer altura antes da decisão final. O simples facto de ser admitido a assistir vincula-o, porém, a tal decisão, não porque se forme caso julgado pleno contra ele e portanto contra ele seja exequível nos termos do artigo 57.º, mas no sentido de que o assistente, em nova ação onde tenha a posição de parte principal, fica obrigado a aceitá-la como prova plena dos factos que a sentença estabeleceu, e como caso julgado em relação ao direito que definiu”. (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Revista nº 1056/06.8TVLSB.L1.S1. Relator: Salazar Casanova, j. 01/02/2011)

quais o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu” (2015, p. 26). Essas excludentes têm escopo de absolver o assistente da eficácia da assistência quando a tutela jurisdicional desfavorável decorrer da má gestão do processo por parte do assistido, daí porque o uso corrente do brocardo latino *exceptio male gesti processus*. Seja qual for a hipótese autorizadora invocada pelo assistente, na ação ou na defesa em processo posterior contra o assistido, cumpre-lhe provar a sua alegação, visto que lhe é expressamente atribuído o ônus da prova. Caso não se desincumba de seu encargo probatório, o órgão judicial deve julgar a causa entre o assistente e assistido considerando os fundamentos de fato e de direito assentados na sentença anterior.

No inciso I do artigo 123, prescreve-se como hipótese de exclusão da eficácia da assistência quando o assistente, pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença¹³⁸. De acordo com o parágrafo único do artigo 119 do Código de Processo Civil, o terceiro pode intervir no processo para assistir a uma das partes a qualquer tempo, recebendo o processo no estado em que se encontrar. Assim, dependendo do momento em que ingresse no feito, sobretudo após o encerramento da instrução, o assistente não tem a possibilidade de trazer provas aos autos. Nesse sentido, caso dispusesse de algum meio probatório que pudesse influenciar no resultado do julgamento, poderá suscitar esse fato para impedir a eficácia da assistência. Essa alegação também é possível quando o assistente ingressa antes ou durante a fase instrutória, mas não pôde produzir prova em virtude da conduta processual do assistido, *v.g.*, caso ele reconheça a procedência do pedido, desista da ação, transija sobre os direitos controvertidos, renuncie ao direito sobre o que se funda a ação, requeira o julgamento antecipado da lide ou abandone a causa¹³⁹. Como foi antes esclarecido, o exercício dos poderes processuais por parte do assistente simples fica condicionado à postura processual do assistido, não podendo se opor aos seus atos¹⁴⁰.

¹³⁸ Ovídio Baptista da Silva (2000, p. 303) critica a redação do inciso em virtude da considerável carga de subjetividade do pressuposto “suscetível de influir na sentença”, porquanto há casos em que o juiz pode recusar a defesa oposta pelo assistente sob a consideração de que, no conjunto de provas que serviram de fundamento para a sentença, não se pode dizer que aquela não produzida seria capaz de influir no raciocínio lógico do julgador, a ponto de mudar o sentido da sentença.

¹³⁹ Constitui pressuposto que o impedimento do assistente em produzir a prova tenha decorrido da conduta processual do assistido. Caso, por exemplo, o juiz decida julgar antecipadamente a lide por entender, na sua convicção, que não há questão de fato a reclamar dilação probatória (CPC, art. 355, I), a despeito de requerimento do assistido na produção de provas, não poderá o assistente invocar o art. 123, I, do Código de Processo Civil.

¹⁴⁰ Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim (2010) aduz que a atividade do assistente simples não encontra obstáculo na vontade do assistido quanto às matérias que digam respeito à atividade oficiosa do juiz, pois, nessas hipóteses, se ao juiz cabe agir *ex officio*, não se poderá impedir o agir do assistido. Nesse sentido, o assistente não pode suscitar, no processo posterior, com base nos incisos do art. 55, matéria de ordem pública.

Permite-se, de outra banda, que o assistente se demova da eficácia da assistência caso alegue, e prove como já mencionado, que desconhecia a existência de alegações ou de provas de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu¹⁴¹. As causas previstas no inciso II do artigo 123 do Código de Processo Civil são claramente mais amplas do que as do primeiro inciso, pois prevê a omissão do assistido não apenas na atividade instrutória, mas, também, na dedução de alegações de fatos. Como referia o saudoso processualista Celso Agrícola Barbi (1977), a expressão *alegações* refere-se a fatos jurídicos, e não a normas legais ou assentadas pela jurisprudência, porque, em relação às regras de direito, tem lugar o princípio *jura novit curia*. Embora não conste forma expressa, tal como fez o legislador no inciso antecedente, as alegações ou provas referidas pelo assistente para se livrar da eficácia da assistência deveriam ser capazes de influenciar no julgamento caso tivessem sido apresentadas no processo anterior, por ele ou pelo assistido. Tem sentido admitir essa excludente senão entendendo que esses elementos conduziram a uma sentença favorável ao assistido caso tivessem sido carreados aos autos. A esse requisito mais dois devem ser cumulados: a necessidade de que o assistente desconhecesse a existência dessas alegações ou provas ao tempo do processo e que o assistido não tenha lançado mão dessas alegações ou provas oportunamente por dolo ou culpa¹⁴².

O reconhecimento, pelo juiz, no novo processo, da *exceptio male gesti processus* não tem qualquer efeito rescisório, pois a sentença anterior permanece incólume: existente, válida e eficaz. Não há rescisão da sentença (*iudicium rescindens*), quanto mais a prolação de novo julgamento (*iudicium rescissorium*), como na ação rescisória (CPC, art. 974). Há mera obstaculização, no caso concreto, do efeito secundário da sentença consistente na eficácia da assistência, franqueando de todo a atividade jurisdicional no julgamento da nova causa entre o assistente e o assistido. Tanto é assim que, na hipótese de haverem novas ações relacionadas ao processo em que houve a assistência, em cada uma delas aquele que atuou como assistente deve alegar e provar novamente a exceção de má gestão processual para rediscutir a justiça daquela decisão, ressalvada a hipótese de

¹⁴¹ Para Pontes de Miranda (1973), não há aqui afirmativa de injustiça da sentença, porque o juiz tem o dever de julgar conforme os dados que constam do processo e os que por lei ele tem de levar em consideração. O que o inciso II do Código menciona é a espécie em que o assistente se livra do princípio da incontrovertibilidade por poder alegar e provar que o assistido, dolosa ou culposamente, deixou de alegar ou de provar.

¹⁴² O dispositivo não esclarece qual o tipo de culpa capaz de legitimar a pretensão do assistente, ao contrário do modelo alemão, que se refere à negligência grave. À vista da imprecisão legal, razoável será entender que somente a culpa grave é considerada no artigo. Com isso, praticamente chega-se ao mesmo resultado do Código alemão, porque somente a negligência grave é que geralmente configura a culpa grave (BARBI, 1977).

sobrevir, entretantes, coisa julgada que abranja todas as relações jurídicas entre o assistente e o assistido dependentes do processo originário. Sem embargo, a eficácia da assistência não retira daquele que atuou como assistente o interesse e a legitimidade para propor a ação rescisória, na qualidade de terceiro juridicamente interessado (CPC, art. 967, II)¹⁴³.

4 ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL

O § 69 da ZPO alemã dispõe que “o interveniente adesivo será considerado litisconsorte da parte principal, no sentido do § 61, toda a vez que, segundo as disposições do direito civil, a sentença proferida na causa principal tenha força de coisa julgada para a relação jurídica existente entre o interveniente adesivo e a parte contrária” (2002, p. 153, tradução nossa). O legislador brasileiro, ao redigir o artigo 54 do Código de Processo Civil de 1973, transcrito quase que em sua totalidade no artigo 124 do Código de 2015, inspirou-se na ZPO alemã para prever a possibilidade da assistência litisconsorcial. Na assistência qualificada, o assistente possui relação jurídica com a parte com a qual litiga o assistido. Não que o assistente não tenha relação jurídica no plano do direito material com o assistido, atual ou potencial. Ela também existe. A diferença é que esta relação jurídica é irrelevante para fins da intervenção assistencial (BUENO, 2006), porque é o receio do terceiro de que os efeitos da tutela jurisdicional atinjam a sua situação jurídica frente ao *ex adverso* da parte assistida – a qual não está *sub iudice* – que justifica o seu ingresso como assistente da outra (CPC, art. 124). A relação de prejudicialidade existente entre essas relações jurídicas permite que os efeitos da decisão atinjam diretamente a sua situação jurídica entre o terceiro e a contrária à assistida caso esta reste vencedora na demanda. Portanto, para além de amparar o assistido, o assistente qualificado defende, em nome próprio, o seu direito. Ele não é, nesse caso, mero auxiliar do assistido, sendo considerado, segundo a lei, como o seu litisconsorte (CPC, art. 113, *caput*, primeira parte)¹⁴⁴.

¹⁴³ Assevera Arruda Alvim (1976) a circunstância de a lei dar ao ex-assistente o direito de, nos casos nela estatuídos, rediscutir a justiça da decisão, não lhe retira o direito de mover ação rescisória, em preenchendo um ou mais de um dos fundamentos que lhe são próprios. Em obtendo ganho de causa nesta ação, porém, destruirá a própria fonte de seu prejuízo, qual seja, a sentença injusta, já revestida de autoridade de coisa julgada. Se, porém, não usá-la no tempo permitido em lei (dois anos), nem por isso, se o permitir a lei processual, terá perdido o direito de discutir a justiça da decisão, que só perece juntamente com o direito material que o ex-assistente pretenda fazer valer ou que o ex-assistido pretenda fazer valer contra ele.

¹⁴⁴ Veja-se que a *streitgenössische nebenintervention* tem cabimento bem mais restrito, sendo possível apenas quando a relação jurídica que o terceiro tem com a parte contrária é passível de ser atingida pela coisa julgada, mesmo que o terceiro não intervenha no processo: hipótese chamada na doutrina alemã de extensão da coisa julgada. Othmar Jauernig (2002) cita como exemplos o sucessor (§ 265, II, 3), os herdeiros na ação de testamento com um terceiro (§ 327), e o acionista em ação de nulidade da assembleia geral intentada por outros acionistas (AktG § 275, IV, 1 com o § 248, I, 1). Embora o § 69 afirme que a posição do assistente

Por ser o assistente considerado litisconsorte do assistido, não fica subordinado a ele, como o assistente simples, na disposição dos poderes processuais, podendo, inclusive, ir de encontro com a sua vontade. Ensina Athos Gusmão Carneiro (1981) que a distinção entre a assistência adesiva e a litisconsorcial reflete-se justamente no âmbito dos poderes processuais. O assistente adesivo atua sempre complementando a atividade processual do assistido e em conformidade com a orientação traçada pelo assistido, ou, pelo menos, nunca em antagonismo com o posicionamento do assistido. Nos casos de assistência litisconsorcial, o assistente atua processualmente como se fosse um litisconsorte do assistido, aplicando-se-lhe de regra o disposto no art. 117 do Código de Processo Civil de 2015 (correspondente ao art. 48 do Código de 1973). Por tal motivo, pode agir no processo, e conduzir sua atividade, sem subordinar-se à orientação tomada pelo assistido, por exemplo, contraditando a testemunha que o assistido teve por idônea; requerendo o julgamento antecipado da lide, inobstante o assistido pretenda a produção de provas em audiência; impugnando a sentença, inobstante o assistido haja renunciado à faculdade de recorrer etc. O Código de 2015 prevê duas hipóteses expressas de assistência litisconsorcial, no parágrafo único do artigo 18 e no § 2º do artigo 109. A primeira diz com a possibilidade de o substituído intervir como assistente em caso de substituição processual; a segunda, com a do adquirente ou cessionário intervir no processo como assistente do alienante ou cedente da coisa ou do direito litigioso por ato entre vivos, a título particular.¹⁴⁵

Há forte celeuma a respeito da natureza jurídica do assistente litisconsorcial, preponderando, em síntese, três posicionamentos na doutrina processual brasileira. No primeiro, ao qual aderem Arruda Alvim, Athos Gusmão Carneiro e Celso Agrícola Barbi, o assistente mantém a condição de terceiro, sendo, contudo, equiparado a um litisconsorte por força de lei. Sustenta Arruda Alvim (1976) que o assistente litisconsorcial não faz valer originariamente direito de ação, no mesmo processo em que o assistido é parte, na medida em que está atuando em processo alheio. Isto significa que ele não tem pretensão retratada no processo, mas que sua relação jurídica é afetada pela decisão. Se se entendesse que a posição do assistente litisconsorcial é absolutamente a mesma das partes, estar-se-ia equiparando o assistente litisconsorcial a um verdadeiro litisconsorte do ponto de vista substancial, além do formal, o que não seria possível ser sustentado em face

equivale a de um litisconsorte no processo, podendo agir autonomamente em relação ao assistido, ele não se torna realmente litisconsorte do assistido (ROSENBERG, 1955; LENT, 1962; JAUERNIG, 2002). Malgrado fique vinculado ao objeto do litígio, não pode formular, por si, qualquer pedido, sendo a sentença proferida somente perante o assistido e a parte contrária. Veja-se, a propósito, a posição do Tribunal de Justiça Federal alemão, em BGHZ, v. 92, p. 276 et seq.

¹⁴⁵ De acordo com o artigo 808 do Código de Processo Civil de 2015, será expedido mandado contra o terceiro adquirente de coisa litigiosa, que somente será ouvido após depositá-la.

do texto legal que se utiliza da palavra *influir* e expressamente determina que será ele *considerado* litisconsorte da parte principal. Portanto, se é *considerado* litisconsorte, ele não o é, mas processualmente deve ser tratado como tal, com as devidas diferenciações. Para uma segunda corrente, da qual fazem parte Cândido Rangel Dinamarco e Vicente Greco Filho, o assistente se torna parte, sem formar, de fato, litisconsórcio com o assistido. É apenas equiparado a litisconsorte. Aduz Cândido Dinamarco (2004, v. II) que a locução *considera-se litisconsorte* significa somente as possibilidades de atuação desse assistente serão tantas quantas as de uma parte principal. O dispositivo tem apenas o efeito de definir o tratamento destinado ao interveniente nos casos em que a assistência é qualificada por uma proximidade maior entre sua própria situação jurídica e a pretensão que o autor trouxera para julgamento. Tanto quanto o simples, o assistente litisconsorcial não traz ao processo demanda alguma a ser julgada, nem em face dele foi proposta qualquer demanda a ser julgada na sentença. A procedência da demanda inicial não lhe atribuirá bem algum, nem ele sofrerá condenação ou alteração em alguma situação jurídico-substancial. Assim, prepondera o substantivo *assistência* sobre o adjetivo *litisconsorcial* e o assistente é sempre *assistente*, ainda quando a lei o qualifica como *litisconsorcial*.

Finalmente, para uma terceira corrente, integrada por Ovídio Baptista da Silva, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Daniel Mitidiero, Hélio Tornaghi, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e à qual adere este autor, esposa que o assistente converte-se em parte e forma, com a parte assistida, um litisconsórcio. Como referem Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Francisco Mitidiero (2010), o fato de o assistente litisconsorcial não formular pedido explicitamente não lhe retira a sua qualidade de parte. E isso porque, ao se inserir no processo pendente, o assistente litisconsorcial adere e assume os pedidos formulados pela qual se coliga em virtude de sua posição na situação jurídica material afirmada em juízo. Por conseguinte, é evidente que o assistente litisconsorcial, ao levar a sua própria situação jurídica para o processo, deve ser alcançado pela eficácia direta da tutela jurisdicional. Com efeito, titular de relação jurídica com o adversário da parte assistida, prejudicial ou conexa com a *sub iudice*, tem-se que o assistente litisconsorcial, ao aderir ao pedido deduzido pelo assistido na petição inicial ou, conforme o caso, se assumir como codestinatário da demanda proposta contra o assistido pelo *ex adverso*, trazendo ao processo a sua situação jurídica para a apreciação do juiz da causa, toma a condição de parte, formando, ao lado da parte assistida, um litisconsórcio ulterior.

Corolário disso, a assistência litisconsorcial não se constitui, *de facto*, em uma assistência. Somente a assistência simples pode ser considerada

verdadeira assistência, razão por que seria dispensável o adjetivo¹⁴⁶. Conforme concluiu Lia Carolina Batista (2012) em sua dissertação de mestrado defendida em 2012 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em que tratou do instituto da assistência, seria recomendável eliminar o artigo 54 do Código de Processo Civil de 1973 [correspondente ao artigo 124 do Código de Processo Civil de 2015] e disciplinar, de maneira expressa, a possibilidade de intervenção litisconsorcial ulterior¹⁴⁷⁻¹⁴⁸. O Código de Processo Civil português prevê, de forma correta, uma única modalidade de assistência (CPC, arts. 326º a 332º)¹⁴⁹, equivalente à assistência simples pátria. Nos artigos 311º a 315º, o Código de Processo Civil português¹⁵⁰ regula a chamada *intervenção principal espontânea*, na qual se enquadrariam perfeitamente as hipóteses em que o direito processual brasileiro admite a assistência litisconsorcial. Segundo o ordenamento jurídico lusitano, estando pendente uma causa entre duas ou mais pessoas, pode o terceiro intervir como parte principal quando tiver, em relação ao objeto da causa, interesse igual ao do autor ou do réu (art. 311º). O interveniente defende direito próprio, paralelo ao do autor ou do réu, apresentando seus próprios fundamentos ou aderindo aos deduzidos pela parte com quem se associa (art. 312º).

¹⁴⁶ Sobre a assistência com única forma de assistência no direito brasileiro, sendo a chamada assistência litisconsorcial uma forma incidental de intervenção litisconsorcial, vejam-se, por tantos, SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. I. p. 256-299; e Assistência litisconsorcial. In: _____. **Da sentença liminar a nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 25-62.

¹⁴⁷ No mesmo sentido, entre outros, SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. I. p. 293-299; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de processo civil**. São Paulo: Atlas, 2010. v. I. p. 203; e MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Estudos sobre o novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974. p. 89-79 (em pronunciamento logo após a promulgação do Código de Processo Civil de 1972). Luiz Guilherme Marinoni (1990, p. 26) chegou a propor uma interpretação ab-rogante, defendendo a eliminação do artigo 54 do Código de Processo Civil de 1973. Diz que “se o assistente litisconsorcial foi enquadrado na definição de parte, não cabe considerá-lo como se fosse litisconsorte, mas, antes, como um verdadeiro litisconsorte”.

¹⁴⁸ Em sentido contrário, defendendo a opção legislativa: LEAL JUNIOR, Cândido Alfredo Silva. Justificativa e função da assistência litisconsorcial no direito processual civil. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 59, p.357-363, 1993.

¹⁴⁹ O assistente pode intervir no processo para auxiliar qualquer das partes quando tiver interesse jurídico em que a decisão do pleito seja favorável a uma delas (art. 335º, nº 1). O interesse jurídico capaz de legitimar a intervenção consiste na titularidade de uma relação jurídica cuja consistência prática ou econômica dependa da pretensão do assistido (art. 335º, nº 2). A intervenção pode ocorrer em qualquer fase do processo, porém o assistente o aceita no estado em que se encontrar (art. 336º, nº 1), sendo o assistente considerado em todos os casos mero auxiliar da parte assistida (art. 337º, nº 1). Segundo o art. 337º, nº 2, do Código de Processo Civil português (2008, p. 644), “os assistentes gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres que a parte assistida, mas a sua actividade está subordinada à da causa principal, não podendo praticar actos que esta tenha perdido o direito de praticar nem assumir atitude que esteja em oposição com a do assistido; havendo divergência insanável entre a parte principal e o assistente, prevalece a vontade daquela”.

¹⁵⁰ Vejam-se FREITAS, José Lebre de; REDINHA, João; PINTO, Rui. **Código de Processo Civil anotado**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. v. I. p. 609-618; SOARES, Fernando Luso; MESQUITA, Duarte Romeira de; BRITO, Wanda Ferraz de. **Código de Processo Civil anotado**. 16. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 345-348; REIS, José Alberto dos. **Código de Processo Civil anotado**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1948. v. I. p. 513-524; e LOPES-CARDOSO, Eurico. **Manual dos incidentes da instância em processo civil**: em comentário às disposições respectivas. 3. ed. Lisboa: Petrony, 1999. p. 99-125.

No Brasil, o dito assistente litisconsorcial submete-se, na condição de litisconsorte, ao regime do litisconsórcio. Não lhe são aplicáveis as disposições dos artigos 121, 122 e 123 do Código de Processo Civil de 2015, próprias ao assistente simples, assim como não eram as dos artigos 52, 53 e 54 do Código de 1973¹⁵¹. Com os mesmos poderes e ônus processuais que as partes originais, sujeita-se à eficácia direta da sentença e à coisa julgada que lhe segue, não podendo, em processo posterior, rediscutir, perante o assistido e/ou a sua parte contrária, o que restou decidido (CPC, arts. 502 a 508). Na realidade, a conclusão de que a sentença faz coisa julgada para o assistente litisconsorcial deve prevalecer mesmo para os adeptos das duas primeiras correntes retrorreferidas. Pois, ao admitir que o assistente qualificado se torna parte, o simples fato de entender-se que não forma litisconsórcio com o assistido não tolhe a incidência da coisa julgada em relação a ele. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada (CPC, art. 506), não importando, para a conformação dos limites coisa julgada, a existência ou não de litisconsórcio. Tampouco afasta a submissão da *res iudicata* reputar que o assistente litisconsorcial mantém o *status* de terceiro mesmo após o deferimento de sua intervenção, uma vez que a lei processual expressamente o equipara a um litisconsorte (CPC, art. 124). Dessarte, *ex vi legis*, o assistente deve ser tratado como se litisconsorte fosse, malgrado se considere que não seja de fato¹⁵². Atingido pela coisa julgada, não se aplica, via de consequência, ao assistente litisconsorcial, a regra do artigo 123 do novo Código de Processo Civil¹⁵³. Esta norma jurídica

¹⁵¹

Esse era o entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência, mercê Diante da falta de clareza do Código de Processo Civil de 1973 a respeito. Aduz Eduardo Talamini (2005, p. 118) que, na assistência litisconsorcial, aplica-se ao assistente o regime jurídico de litisconsorte da parte assistida (art. 54), e, como tal, ele fica sujeito à coisa julgada. Submete-se à coisa julgada por receber o tratamento de litisconsorte – e não apenas porque “a relação jurídica de que ele é titular já está deduzida em juízo”. No mesmo sentido, entre outros: ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda. Da assistência (conferência). **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 79, p. 201-206, 1995; BITENCOURT, Cezar Roberto. A assistência no direito processual civil brasileiro. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, 1987, v.117, p. 32-42; RIGHI, Eduardo Camargo. As divergências na conceituação da assistência simples e litisconsorcial. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Forense, v. 400, p. 41-56, nov./dez. 2008; RIBEIRO, Antônio de Pádua. A assistência no novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Forense, v. 251, p.119-124, 1975; PRATA, Edson. Assistência no processo civil. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Uberaba, Forense, v. 37, p. 55-65, 1983; ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda. Breves considerações sobre a assistência e o recurso de terceiro prejudicado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Forense, v. 411, p. 65-78, set./out. 2010; FONSECA, João Francisco Naves da. Assistência e coisa julgada. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 372, p. 79-90, out. 2008.

¹⁵²

É justamente como ente Arruda Alvim (1976, p. 79-80), que, após concluir que o assistente deve ser tratado processualmente como litisconsorte por força do disposto no art. 54 do Código de Processo Civil: “a sua atividade é mais ampla que do assistente simples, podendo agir independentemente da vontade da parte a que assiste, pois está submetido ao regime do litisconsórcio. Esse assistente, por exemplo: a) pode recorrer ou contra-arrazoar recurso, mesmo que não o faça o assistido *ou contra a sua vontade*, enquanto o assistente simples está submetido à vontade da parte; b) o art. 53 não se aplica a esse caso. O assistido não pode dispor do seu direito sem o consentimento do assistente, ante o tratamento a este dispensado, ser praticamente o de litisconsórcio unitário: será atingido pela coisa julgada mesmo não tendo ingressado no processo”.

¹⁵³ Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Sentença estrangeira contestada. SEC 646/US. Relator: Ministro Luiz Fux, j. 05 nov. 2008, DJe 11 dez. 2008a; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Décima quinta Câmara Cível. Apelação cível. Apelação cível

deve ser aplicada exclusivamente ao assistente simples, que, por não ser parte, não é abrangido pelos efeitos da coisa julgada (CPC, art. 506)¹⁵⁴.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do cotejo do novo Código de Processo Civil com o Código de Processo Civil de 1973 denota-se que haverá, em linhas gerais, manutenção do regime jurídico da assistência. Houve, no Código de 2015, quase que uma reprodução dos dispositivos vigentes, com algumas poucas adequações de forma nas disposições, destacando-se a qualificação do assistente simples como substituto processual do assistido quando este for revel ou omissor (art. 121, parágrafo único), e melhorias no procedimento do pedido do terceiro para ingressar como assistente (a ampliação do prazo para impugnação para 15 dias; a previsão expressa de rejeição liminar pelo juiz da causa; e o processamento nos próprios autos da impugnação). A inovação mais importante deu-se no âmbito da distribuição das disposições na estrutura do Código. A assistência foi disposta em capítulo próprio no título dedicado à intervenção de terceiros: o *Capítulo I - Da Assistência* (arts. 119 a 124) do *Título III - Das Intervenções de Terceiros* (arts. 119 a 138) do *Livro III - Dos Sujeitos do Processo* (arts. 70 a 187) de sua *Parte Geral*. Esse capítulo restou segmentado em três seções: *Seção I – Disposições Comuns* (arts. 119 e 120), *Seção II – Da Assistência Simples* (arts. 121 a 123) e *Seção III – Da Assistência Litisconsorcial* (art. 124). Além de tratar a assistência como intervenção de terceiro, torna inteligível, finalmente, quais disposições aplicam-se tanto à assistência simples como à assistência litisconsorcial e quais se aplicam, de forma específica, a cada uma dessas duas espécies de intervenção, conferindo termo a antigas desarmonias na doutrina e na jurisprudência nacional.

Em termos de assistência, o avanço promovido pelo novo Código cinge-se a isso. O legislador perdeu uma excelente oportunidade de proceder, de fato, a uma revisão no instituto. O Código de Processo Civil de 2015 manteve, como modalidade de assistência, a chamada assistência litisconsorcial, posto que não se trate de assistência, mas, sim, de intervenção

70011053436. Relator: Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, j. 30 mar. 2005; DJ 04 abr. 2005. Em sentido contrário, aplicando ao assistente litisconsorcial o disposto no art. 55 do Código de Processo Civil: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Embargos de declaração no agravo regimental na medida cautelar. EDcl no AgRg na MC 8791/RS. Relator: Ministro Luiz Fuz, j. 28 set. 2004, DJ 13 dez. 2004, p. 217.

¹⁵⁴ Essa compreensão é, a propósito, vetusta no processo civil alemão, que prevê tanto a assistência simples (*nebenintervention*) como a litisconsorcial (*streitgenössische nebenintervention*). Pedro Palmeira (1954, p. 58) resume bem: “os processualistas alemães, que, em geral, não consideram o interveniente adesivo parte, coerentemente sustentam não ter a sentença proferida no processo força de coisa julgada em relação ao *Nebeinterventionent*, como tal. Reconhecem, entretanto, que um efeito análogo, que denominam ‘efeito da intervenção’ (*Interventionswirkung*), produz a sentença para o interveniente e a parte assistida, em qualquer ação regressiva que possa surgir entre ambos”.

litisconsorcial ulterior. Aperfeiçoar-se-ia o regime jurídico das intervenções de terceiro se fosse mantida apenas a assistência simples como única modalidade de assistência e fosse disciplinada, como outra modalidade interventiva, a hipótese em que o Código rotula como assistência litisconsorcial. Como bem assere Heitor Vitor Mendonça Sica (2011), o moderno sistema português de intervenção de terceiros deveria ter servido de inspiração para a evolução do ordenamento processual brasileiro neste ponto, em especial por ambos compartilharem a mesma origem histórica. Outro aspecto que merecia ter sido repensado pelo legislador era a forma de vinculação do assistente à sentença. Apesar de o assistente simples sequer ser parte e ter a sua atuação processual sujeita a uma série de limitações, a eficácia da assistência é mais ampla do que a coisa julgada, na medida em que compreende os fundamentos de fato e de direito insertos no ato sentencial¹⁵⁵. Melhor seria que o novo Código tivesse restringido os limites objetivos da eficácia da assistência ao dispositivo. Assim, o assistente ficaria vinculado apenas ao que restou decidido, tal como as partes, sem ficar preso às razões que amparam a decisão.

6 REFERÊNCIAS

ALBERTON, Genacéia da Silva. **Assistência litisconsorcial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ALEM, José Antonio. **Intervenção de terceiros**. São Paulo: Universitário de Direito, 1989.

ALLORIO, Enrico. **La cosa giudicata rispetto ai terzi**. Milano: Giuffrè, 1992.

ALSINA, Hugo. **Tratado teórico practico de derecho procesal civil y comercial**. Buenos Aires: Argentina, 1941-1942. v. I-II.

ALVES, Vilson Rodrigues. Assistência-extinção do processo-conseqüências (jurisprudência comentada). **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 9, n. 33, p. 266-279, jan. 1984.

¹⁵⁵ Ao vincular o assistente simples à sentença de forma mais abrangente do que as próprias partes, o sistema processual afronta a lógica e a isonomia. Essa solução não é, portanto, conveniente, contrariando dois dos quatro princípios informativos do processo civil. Sobre os princípios informativos lógico e jurídico, vejam-se PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 19-23 e 35-47; MANCINI, Pasquale Stanislao. Nozioni storiche preliminar intorno al sistema generale del processo civile. In: _____; PISANELLI; SCIALOJA. **Comentario del Codice di Procedura Civile del Regno d'Italia**. Napoli: [s.ed.], 1875. v. I, p. I-LV.

ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda. Breves considerações sobre a assistência e o recurso de terceiro prejudicado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Forense, v. 411, p. 65-78, set./out. 2010.

ALVIM, José Manoel de Arruda. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. III.

ALVIM, José Manoel de Arruda. **Manual de direito processual civil**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. II.

ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda. Da assistência (conferencia). **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 79, p. 201-206, 1995.

ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda. Da assistência litisconsorcial no código brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 11/12, p.45-49, 1978.

ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda. **Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. O gestor de negócios e o curador especial diante da revelia do réu assistido. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v.10, p. 217-220, 1978.

AMADEO, Jose Luis. **Cosa juzgada segun la Corte Suprema**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998.

AMAZONAS, José Antonio de Almeida. **Assistencia**: dissertação escripta para o concurso de direito judiciario civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Revista dos Tribunaes, 1936.

ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e coisa julgada**: exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARAZI, Roland. et al. **Elementos de derecho procesal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1991.

AREAL, Leonardo Jorge; FENOCHIETTO, Carlos Eduardo. **Manual de derecho procesal**: parte general. Buenos Aires: La Ley, 1966.

ARGENTINA. **Código Procesal Civil y Comercial de la Nación**. ed. al cuidado de Eduardo Martínez Alvarez. Buenos Aires: Zavalía, 2003.

ARIETA, Giovanni; DE SANTIS, Francesco; MONTESANO, Luigi. **Curso base di diritto processuale civile**. Padova: CEDAM, 2010.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. Da assistência no Código de Processo Civil brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, Advocacia-Geral da União, n. 7, p. 89-93, ago. 2005.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. I., t. I.

BARROS, Benedicto. O assistente e sua intervenção no processo. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, Procuradoria Geral do Estado [Rio de Janeiro], v 8, p. 211-218, 1958.

BATISTA, Lia Carolina. **Assistência no processo civil brasileiro**. 2012. 150p. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Da assistência”. In: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). et al. **Código de Processo Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

BETTI, Emilio. **D. 42, I, 63**: trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano. Macerata: Bianchini, 1922.

BITENCOURT, Cezar Roberto. A assistência no direito processual civil brasileiro. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, Notadez, 1987, v.117, p. 32-42.

BRASIL. **Código de Processo Civil (1973) e Constituição Federal (1988)**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes, Juliana Nicoletti. 44.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010a.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil. **Parecer n.º 1.624, de 2010**. Brasília: [s.ed.], 2010b.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir Parecer ao Projeto de Lei n.º 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei n.º 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei 5.869, de 1973). **Parecer**. Brasília: [s.ed.], 2012a.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). **Parecer**. Brasília: [s.ed.], 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão Temporária do Código de Processo Civil. **Parecer 1.111, de 2014**: Redação final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010 (n.º 8.046, de 2010, naquela Casa), nos termos do texto consolidado pela Comissão Temporária do Código de Processo Civil, com as adequações propostas pelo Relator e os destaques aprovados pelo Plenário. Brasília: [s.ed.], 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. **Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Apresentado ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores pelo Professor Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1964.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Sentença estrangeira contestada. SEC 646/US. Relator: Ministro Luiz Fux, j. 05 nov. 2008, DJe 11 dez. 2008a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Embargos de declaração no agravo regimental na medida cautelar. EDcl no AgRg na MC 8791/RS. Relator: Ministro Luiz Fuz, j. 28 set. 2004, DJ 13 dez. 2004, p. 217.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Agravo regimental no recurso especial. AgRg no REsp 1.045.692/DF. Relator: Ministro Marco Buzzi, j. 21 jun. 2012, DJe 29 jun. 2012b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso ordinário em mandado de segurança. RMS 22514-SP. Relator: Ministro Humberto Martins, J. 06 fev. 2007, DJe 18 nov. 2008b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Agravo regimental no recurso especial. AgRg no REsp 911.557/MG. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 21 jun. 2011, DJe 29 jun. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso especial. REsp 213.556/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrichi, j. 20 ago. 2001, p. DJU 17 set. 2001, p. 161, JBCC, v. 194, p. 340.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Da assistência no processo civil. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 22, p. 237-246, 1981.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Intervenção de terceiros no CPC, *de lege ferenda*. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 33, n.159, p. 119-133, maio 2008.

CARNELUTTI, Francisco. **Istituzioni del processo civile italiano**. 4.ed. Roma: Foro Italiano, 1951. v. I.

CARPI, Federico; COLESANTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. et al. **Commentario breve al Codice di Procedura Civile**. 4. ed. Padova: CEDAM, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. de J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva 1969. v. II.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. 4.ed. Napoli: Jovene, 1928.

CHIOVITTI, Alexandre Paulichi. Assistência simples e coisa julgada material: a “justiça da decisão” do artigo 55 do Código de Processo Civil brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 18, n. 72, p. 143-154, out./dez. 2010.

CHIZZINI, Augusto. **L'intervento adesivo**. Padova: CEDAM, 1991-1992. v. I-II.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. A assistência no regime do Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Forense, v. 160, p. 38-48, jul./ago. 1955.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Assistência nas execuções obrigacionais. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 134, p. 30-51, abr. 2006.

COSTA, José Rubens. Eficácia da sentença contra o assistente simples. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Forense, v. 369, p. 413-414, 2003.

COSTA, Moacyr Lôbo da. **Assistência**: processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1968.

COSTA, Moacyr Lôbo da. Origem romana da assistência. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, Saraiva, v. 5, p. 155-161, 1962.

CRESCI SOBRINHO, Elício de. Assistência simples no direito alemão. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 36, n. 202, p.173-179, dez. 2011.

CRESCI SOBRINHO, Elício de. Breve perfil histórico da assistência. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 37, n. 206, p. 351-357, abr. 2012.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. **Pluralidade de partes e intervenção de terceiros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CUNHA, António Júlio da Fonseca Santos. **Limites subjectivos do caso julgado e a intervenção de terceiros**. Lisboa: Quid Juris, 2010.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. A imutabilidade da “justiça da decisão” como fixação da causa de pedir em demanda nova: uma releitura do art. 55 do CPC e a caracterização do interesse jurídico do assistente. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 32, n.144, p. 275-285, fev. 2007.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general del proceso**. 2.ed. Buenos Aires: Universidad, 1997.

DIAS, Handel Martins. Eficácia da assistência: a vinculação do assistente à “justiça da decisão”. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 225, p. 123-176, nov. 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Assistência, recurso de terceiro e denunciação da lide em causas coletivas In: _____; ALVIM, Teresa Arruda (coords.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 411-457.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. **Recurso de terceiro**: juízo de admissibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. et al (coord.). **O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos**: estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Coisa julgada, assistência e eficácia da intervenção. In: _____. **Processo civil empresarial**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 354-368.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. II-III.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Intervenção de terceiro em processo cautelar. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v.32, p.216-224, nov. 1984.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiros**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. As partes do mandado de segurança. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 19, p.199-214, jul./set. 1980.

FABBRINI, Giovanni. **Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo**. Milano: Giuffrè, 1964.

FACHIN, Luiz Edson. **Intervenção de terceiros no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

FALCÓN, Enrique M. **Derecho procesal**: civil, comercial, concursal, laboral y administrativo. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003. t. I.

FALCÓN, Enrique M. **Derecho procesal, civil, comercial y laboral**. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978.

FALCÓN, Enrique M. **Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.

FASSI, Santiago C.; YÁÑEZ, César D. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes*: comentado, anotado y concordado. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. t. I.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. “A intervenção de terceiros. Generalidades. Assistência”. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Forense, v. 368, p.445-451 jul./ago. 2003.

FERRAZ, Sérgio. **Assistência litisconsorcial no direito processual civil**: breves notas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

FONSECA, João Francisco Naves da. Assistência e coisa julgada. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 372, p. 79-90, out. 2008.

FREITAS, José Lebre de; REDINHA, João; PINTO, Rui. **Código de Processo Civil anotado**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. v. I.

FUX, Luiz. **Intervenção de terceiros**: aspectos do instituto. São Paulo: Saraiva, 1990.

GIANNICO, Maurício. **A preclusão no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIDI, Antonio. Assistência em ações coletivas. (parecer). **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v.88, p. 269-271, out./dez. 1997.

GODINHO, Robson Renault. Ministério Público como assistente simples: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico. **De Jure**: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.6, p. 83-109, jan./jun. 2006.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Trad. de Leonardo Prieto Castro y adiciones de Niceto Alcalá-Zamora Castillo. Barcelona: Labor, 1936.

GONÇALVES, William Couto. **Intervenção de terceiros**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Elementos de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediar, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I.

GRECO FILHO, Vicente. **Da intervenção de terceiros**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Assistência: interesse jurídico e contraditório. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, Síntese, n. 76, p. 91-103, mar./abr. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, Síntese, n. 16, p. 22-29, mar./abr. 2002.

GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. In: _____. **Estudos de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.

HENNY, Héctor Eduardo. **La intervención obligada de terceros en el proceso civil**. Buenos Aires: Depalma, 1983.

JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Tradução de F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

KISCH, W. **Elementos de derecho procesal civil**. 2. ed. Trad. de Leonardo Prieto Castro. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1940.

LEAL JUNIOR, Cândido Alfredo Silva. Justificativa e função da assistência litisconsorcial no direito processual civil. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 59, p.357-363, 1993.

LENT, Friedrich. **Diritto processuale civile tedesco: il procedimento di cognizione**. Trad. di Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença** e outros escritos sobre a coisa julgada. Trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1973. v. I.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. Intervenção assistencial e competência do processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 33, n.161, p. 283-300, jul. 2008.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. 2010. 158p. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

LOPES-CARDOSO, Eurico. **Manual da ação executiva**: em comentário às disposições respectivas do Código de Processo Civil. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1964.

LOPES-CARDOSO, Eurico. **Manual dos incidentes da instancia em processo civil**: em comentário às disposições respectivas. 3. ed. Lisboa: Petrony, 1999.

MANCINI, Pasquale Stanislao. Nozioni storiche preliminar intorno al sistema generale del processo civile. In: _____; PISANELLI; SCIALOJA. **Comentario del Codice di Procedura Civile del Regno d'Italia**. Napoli: [s.ed.], 1875. v. I, p. I-LV.

MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di diritto processuale**. Torino: Giappichelli, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o assistente litisconsorcial. **Jurisprudência Brasileira: Cível e Comércio**, Curitiba, Juruá, n.158, p. 20-26, jul. 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS NETTO, Modestino. **Da acumulação de ações e intervenção de terceiros**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1973.

MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. **Assistência simples no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MILHOMENS, Jônatas. **Da intervenção de terceiros**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. t. II.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. v. I.

MONTERO AROCA, Juan. **La intervención adhesiva simple**: contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil. Barcelona: Hispano Europea, 1972.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In: _____. **Direito processual civil**: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsói, 1971. p. 133-146.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada: limites objetivos. In: _____. **Direito aplicado**: pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. II, p. 439-461.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: _____. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 97-109.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Estudos sobre o novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Intervenção litisconsorcial voluntária. In: _____. **Direito processual civil**: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsói, 1971.

NENCIONI, Giovanni. **L'intervento volontario litisconsorziale nel processo civile**: contributo ad una nuova sistematica dell'intervento. Padova: CEDAM, 1935.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEVES, Celso. **Contribuição ao estudo da coisa julgada civil**: dissertação de concurso à cátedra de direito judiciário civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: [s.ed.], 1970.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de processo civil**. São Paulo: Atlas, 2010. v. I.

ORESTANO, Riccardo. **L'appello civile in diritto romano**. Torino: Giappichelli, 1952.

PALACIO, Lino Enrique. **Derecho procesal civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. t. III.

PALMEIRA, Pedro. **Da intervenção de terceiros nos principais sistemas legislativos**: da oposição. Recife: [s.ed.], 1954.

PARRA QUIJANO, Jairo. **La intervención de terceros en el proceso civil**. Buenos Aires: Depalma, 1986.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 2002.

PISANI, Andrea Proto. "Parte nel processo". In: **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1981. v. XXXI (ordine-parte), p. 917-942.

PISANI, Andrea Proto. **Le tutele giurisdizionali dei diritti**: studi. Napoli: Jovene, 2003.

PODETTI, J. Ramiro. **Teoria y tecnica del proceso civil**: ensayo de una sistematica del derecho procesal argentino. Buenos Aires: Ideas, 1942.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PORTUGAL. **Código de processo civil (1939)**. Anotado por José Lebre de Freitas, João Redinha e Rui Pinto. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2008. 3v.

PORTUGAL. **Código de Processo Civil (2013)**: Lei nº 41/2013, de 26 de junho. Coimbra: Almedina, 2013.

PORTUGAL. **Leis extravagantes e repertório das ordenações de Duarte Nunes do Lião**. Reprodução fac-similar da edição “princeps” impressa em 1569. Nota de apresentação de Mário Júlio de Almeida Costa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1987.

PORTUGAL. **Ordenações filipinas**: reprodução fac-simile da edição feita por Candido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870. Nota de apresentação de Mário Júlio de Almeida Costa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984a. v. III.

PORTUGAL. **Ordenações manuelinas**: reprodução fac-similar das Ordenações manuelinas de 1521, com base no original publicado em 1797 pela Real Imprensa da Universidade de Coimbra. Nota de apresentação de Mário Júlio de Almeida Costa. Nota textológica de Eduardo Borges Nunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984b. v. III.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Revista nº 1056/06.8TVLSB.L1.S1. Relator: Salazar Casanova, j. 01/02/2011.

PRATA, Edson. Assistência no processo civil. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Uberaba, Forense, v. 37, p. 55-65, 1983.

PUTZO, Hans. et al. **Zivilprozessordnung**: mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften. 24.aufl. München: Beck, 2002.

REIMUNDÍN, Ricardo. La intervención de terceros en el proceso. **Revista de Estudios Procesales**, Rosario, Centro de Estudios Procesales, n. 4, p. 85-93, jun. 1970.

REIS, José Alberto dos. **Código de Processo Civil anotado**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1948. v. I.

RIBAS, Antonio Joaquim; RIBAS, Julio. **Consolidação das leis do processo civil**: commentada. Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior, 1879. 2v.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. A assistência no novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Forense, v. 251, p.119-124, 1975.

RIGHI, Eduardo Camargo. As divergências na conceituação da assistência simples e litisconsorcial. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Forense, v. 400, p. 41-56, nov./dez. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Décima quinta Câmara Cível. Apelação cível. Apelação cível 70011053436. Relator: Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, j. 30 mar. 2005; DJ 04 abr. 2005.

RODRIGUEZ ROSSI, Ernesto. **Cosa juzgada**. Buenos Aires: Ediar, 1974.

ROSA, Eliezer. Da “assistência” na execução. **Revista de Direito da Procuradora Geral**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 43-58, 1955.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Trad. de Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJEA, 1955. t. I-II.

RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SALGADO, Gustavo Vaz. Assistência no processo de execução: algumas reflexões. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, Síntese, jan./fev., 2002. n.15, p.56-61.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. I.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. II.

SARAIVA, F. R. dos Santos. **Novissimo diccionario latino-portuguez**: etymologico, prosodico, historico, geographico, mythologico, biographico, etc. 7.ed. Rio de Janeiro/Paris: Garnier, [s.d.].

SCHÖNKE, Adolf. **Derecho procesal civil**. Trad. de Leonardo Prieto Castro et al. Barcelona: Bosch, 1950.

SCHMIDT, Lélío Denicoli. A admissibilidade da assistência no processo de execução. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 754, p. 164-178, ago. 1998.

SEGNI, Antonio. **L'intervento adesivo**: studio teorico-pratico. Roma: Marchesi, 1919.

SEGNI, Antonio. Sull'intervento adesivo. In: _____. **Scritti giuridici**. Torino: UTET, 1965. v. II.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 36, n. 200, p.13-70, out. 2011.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, Francisco de Assis Vasconcellos Pereira da. O terceiro no processo: Assistência. **Tribuna da Magistratura: Caderno de Doutrina**, São Paulo, AASP, p. 212-216, ago. 1997.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Assistência litisconsorcial. In: _____. **Da sentença liminar a nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. I.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Eficácias da sentença e coisa julgada. In: _____. **Sentença e coisa julgada: ensaios**. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 112-114.

SOARES, Fernando Luso; MESQUITA, Duarte Romeira de; BRITO, Wanda Ferraz de. **Código de Processo Civil anotado**. 16. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

SOUZA, Gelson Amaro de. A assistência e a coisa julgada. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, Notadez, v. 310, p. 44-68, 2003.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada: In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; ALVIM, Teresa Arruda (coords.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 193-246.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. A assistência e a nova lei do mandado de segurança. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 35, n. 183, p. 239-256, maio 2010.

TERRA, Eugênio Couto. Breves observações sobre a assistência simples no vigente Código de Processo Civil. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, Notadez, v. 118, p.16-27, 1987.

TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR. **Curso de direito processual civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. I.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009a.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

USTÁRROZ, Daniel. **A intervenção de terceiros no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VALLE, Christino Almeida do. **Da assistência e o novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Americana, 1974.

VALLEJO, Eduardo Lucio. Intervención de terceros en el proceso civil, penal y laboral. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 9, n. 35, p. 111-146, jul. 1984.

VIANO CARLOMAGNO, María Marcela; CÉSARI, Fernando J. **Efectos de la citación de terceros a partir de la sanción de la ley 25.488**. Lexis Nexis, Buenos Aires, n. 3/008862 ,p. 41-48, mayo 2002.

WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil**. Trad. de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1977. v. I.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Casos problemáticos: partes ou terceiros? (análise de algumas situações complexas de direito material). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; ALVIM, Teresa Arruda (coords.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

A NOVA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Raul André Mathias¹

RESUMO: O presente estudo examina a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, incluindo a sua disciplina no chamado Novo Código de Processo Civil. Tal teoria visa flexibilizar o critério apriorístico de repartição do ônus da prova, consubstanciando-se, em suma, numa construção doutrinária, que determina que a produção da prova seja suportada pela parte que possui melhor condições de produzi-la, seja por possuir situação mais cômoda, seja por dispor de meios menos onerosos para tal, servindo como uma regra supletiva à regra geral de distribuição do ônus da prova, que prevê uma distribuição abstrata e rígida, e, por vezes, revela-se falha, impossibilitando a reconstituição dos fatos alegados pelas partes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual civil. Ônus da prova. Artigo 333 do Código de Processo Civil. Distribuição dinâmica do ônus da prova. Novo Código de Processo Civil.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Noções gerais acerca da prova e do ônus da prova. 2.1 Conceito. 2.2 Objeto e finalidade da prova. 2.3 Aspecto subjetivo e objetivo do ônus da prova. 3 O ônus da prova no Código de Processo Civil de 1973. 3.1 Exegese do artigo 333 do código de processo civil. 3.2 Críticas à teoria estática adotada pelo artigo 333 do código de processo civil. 4 O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. 5 Teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova. 5.1 Considerações gerais. 5.2 Fundamentos de admissibilidade da teoria no processo civil brasileiro. 5.3 Prova diabólica. 5.4 Aplicabilidade no processo civil brasileiro. 6 A presença da teoria da dinamização do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil. 7 Considerações finais. 8 Referências.

¹ Advogado. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Universidade Paranaense - UNIPAR.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo primordial analisar a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no sistema processual civil brasileiro.

Sistematizada pelo jurista e processualista argentino Jorge W. Peyrano, em suma, tal teoria consubstancia-se em uma construção doutrinária amplamente aplicada pela jurisprudência, que determina que a produção da prova seja suportada pela parte que possui melhor condições de produzi-la, seja por possuir situação mais cômoda, seja por dispor de meios menos onerosos para tal.

Nota-se, destarte, que a aplicação desta teoria afasta a regra de distribuição do ônus probatório prévio e abstrato, constante do artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973, que leva em consideração o efeito jurídico pretendido pela parte e a sua posição na relação jurídica processual, ou seja, deve, a parte, demonstrar a ocorrência do fato que lhe serve de fundamento, seja ele constitutivo, para a parte autora, ou extintivo, impeditivo ou modificativo para a parte ré.

O tema se faz pertinente, tendo em vista os aspectos constitucionais do processo nele abarcados, como o direito fundamental à igualdade substancial, o direito fundamental à prova, e o direito fundamental à segurança jurídica, que serão abordados no decorrer do trabalho, além da presença da referida teoria na Lei 13.105/2015, sancionada em 16 de março de 2015, popularmente conhecida por Novo Código de Processo Civil.

2 NOÇÕES GERAIS ACERCA DA PROVA E DO ÔNUS DA PROVA

2.1 CONCEITO

O conceito de “prova” não é assunto tratado de forma exclusiva pelo direito processual, mas é formado “por elementos das mais diversas ciências, não obstante ingressem no direito processual com visão e regime particular” (MARINONI; ARENHART, 2010, p. 263).

O vocábulo “prova” é derivado do latim “*probatio*”, que significa, *lato sensu*, “o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade” (PACÍFICO, 2011, p. 21). Na sistemática processual civil, a prova pode ser conceituada como sendo “um conjunto de atividades de verificação e

demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento” (DINAMARCO, 2009, p. 42).

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2010, p. 265) criticam os conceitos de prova baseados na busca da verdade, afirmando que “a verdade, enquanto essência de um objeto, jamais pode ser atingida”. Neste contexto, conceituam a prova como sendo “todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”.

Já o vocábulo “ônus” é derivado do latim “*onus*”, que significa carga, fado ou peso. Hernando Echandía (*apud* PACÍFICO, 2011, p. 42) conceitua o ônus como sendo:

O poder ou faculdade (em sentido amplo) de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma em benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção, e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir o seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta consequências desfavoráveis.

Neste diapasão, dada a autonomia conceitual do instituto do ônus, a doutrina difere “ônus” de “obrigação”.

A obrigação “é o vínculo jurídico em razão do qual uma pessoa pode exigir da outra uma determinada prestação, economicamente apreciável, ou não” (CREMASCO, 2009, p. 24). Trata-se de uma figura pertencente ao direito material, em que duas (ou mais) pessoas se encontram ligadas entre si por um liame legal ou negocial, que estabelece a sujeição de um (ou uns) perante o outro (ou outros). Ou seja, é uma relação de direito material em que o sujeito passivo está obrigado a uma prestação em favor do sujeito ativo.

A obrigação é sempre devida. Desta forma, “seu inadimplemento mostra-se inadmissível, na medida em que atenta contra a ordem jurídica posta [...], caracteriza ato ilícito e, em consequência, é passível de sofrer sanções” (CREMASCO, 2009, p. 25).

É neste ponto que reside a grande diferença entre os institutos: a ilicitude da violação da obrigação, e licitude do descumprimento do ônus.

A disciplina do ônus não está atrelada a nenhum tipo de sujeição, ou seja, “fica a critério exclusivo do interessado – por razões de conveniência, oportunidade ou estratégia – decidir acerca da realização do ato”

(CREMASCO, 2009, p. 25). Como bem leciona Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2011, p. 40):

No ônus, o sujeito encontra-se livre para realizar ou não o ato contemplado pela norma, não obstante sua inobservância possa ensejar consequências desfavoráveis; ninguém pode exigir tal ou qual comportamento do onerado, cuja atividade se situa no âmbito de sua autorresponsabilidade. Na obrigação, inexistente semelhante liberdade de agir, encontrando-se o sujeito passivo em estado de sujeição jurídica e de coerção.

Superada esta distinção, nota-se que, no decorrer do processo, as partes lidam com diversos tipos de ônus², sendo o ônus de provar apenas um desses atos. Diz-se isto porque a lei não obriga as partes a produzirem prova, mas, se elas o fizerem, obterão a vantagem de demonstrar suas alegações e, se não o fizerem, sofrerão as consequências de sua omissão.

Neste diapasão, Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 70) conceitua o ônus da prova como sendo “o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”. Portanto, é possível se conceituar o instituto do ônus da prova como sendo a conduta imposta à parte, dentro do processo, para que os fatos por ela alegados obtenham *status* de verídicos, para que sejam admitidos pelo juiz e influenciem a sua decisão final.

2.2 OBJETO E FINALIDADE DA PROVA

Decorrente dos conceitos apresentados no tópico anterior, há de se destacar que a prova se destina a demonstrar as afirmações de fato feitas pelas partes no processo. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 57), o objeto da prova é “o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para todos os julgamentos a serem feitos no processo, não sendo esses fatos notórios ou presumidos”.

Neste sentido, cabe salientar que o objeto da prova não são os fatos, mas as alegações de fato. Assim lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2010, p. 266) ao afirmarem que “o fato não pode ser qualificado de verdadeiro ou falso, já que este existe ou não existe”, ou seja, “não há fatos bons, corretos e verdadeiros nem maus, incorretos, mentiras” (DINAMARCO, 2009, p. 57). As alegações, porém, “podem ser verazes ou mentirosas, e daí a pertinência de prová-las” (DINAMARCO, 2009, p. 57).

² Echandía (*apud* CREMASCO, 2009, p. 27) diz que “as partes devem executar certos atos, adotar determinadas condutas, afirmar fatos e fazer petições, tudo dentro dos limites de tempo e lugar que a lei processual assinala, se quiserem obter êxito e evitar prejuízos como resultado do processo”.

Além disso, pela máxima *jura novit curia* (“o juiz conhece o direito”), tem-se que o direito alegado não é objeto da prova, mas apenas os fatos. Também se diz *da mihi factum, dabo tibi jus* (“dê-me o fato, que lhe dou o direito”), para significar que basta a parte demonstrar que os fatos ocorreram para que o juiz aplique o direito correspondente. Para o sistema processual brasileiro o direito não é objeto de prova, pois deve ser do conhecimento do juiz. Quando muito, este pode exigir que a parte prove a vigência de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, na forma do artigo 337 do Código de Processo Civil de 1973, ou do artigo 376 do Novo Código de Processo Civil de 2015.

Ademais, conforme se extrai do conceito de Cândido Rangel Dinamarco, citado no início do presente tópico, a prova deve recair sobre fato controvertido no processo. Controvérsia é o embate de razões, alegações ou fundamentos, que são divergentes e se repelem. A ocorrência, nos autos, desse “choque de afirmações reciprocamente excludentes é que abre caminho para a prova, porque só ela será capaz de eliminar as dúvidas do juiz quanto aos fatos” (DINAMARCO, 2009, p. 58).

Porém, mais do que controvertido, o fato a ser objeto da prova deve ser pertinente e relevante para o julgamento da lide. Fatos supérfluos ou que não influam para a decisão da lide não merecem ser provados.

Deve se mencionar, ainda, que, mesmo entre alegações controvertidas e relevantes, há determinados fatos que não precisam ser provados³: os notórios; os em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade; os afirmados por uma parte e confessados pela outra; e os admitidos no processo como incontroversos.

Os fatos tidos como notórios são aqueles de conhecimento geral, na região em que o processo tramita. Contudo, como leciona Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 63), “não se pode liberalizar imprudentemente seu conceito e extensão”, pois, como aponta Eduardo Ribeiro (*apud* DINAMARCO, 2009, p. 63), é necessário que o conhecimento do fato “integre o comumente sabido, ao menos em determinado estrato social, por parcela da população a que interesse”.

Também independem de prova os fatos em cujo favor milita presunção de existência ou veracidade. Há casos em que a lei presume, de forma relativa (*juris tantum*) ou de forma absoluta (*juris et de jure*), a veracidade de

³ Estas hipóteses estão enumerados no artigo 334 do CPC de 1973 e são exatamente as mesmas enumeradas no artigo 374 do NCPC, não havendo inovações neste ponto na nova codificação.

determinados fatos. Quando o fato alegado é possuidor de presunção relativa de veracidade, a parte que o utiliza como fundamento não precisa, *a priori*, produzir provas acerca de sua veracidade, entretanto, é possível que a parte adversária produza provas contra este, objetivando remover a veracidade presumida e prová-lo falso. Já quando, em favor da alegação, milita presunção absoluta de veracidade, não é admitida qualquer prova em contrário.

As demais hipóteses previstas, fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, e fatos admitidos, no processo, como incontroversos, excluem a própria controvérsia acerca das alegações, podendo ocorrer em caso de revelia, contestação sem impugnação específica de todos os fatos alegados pelo autor ou em caso de confissão.

Desta forma, verifica-se que o grande objeto da prova são as alegações de fatos, tendo em vista que o direito dificilmente será matéria a ser provada, a não ser sua vigência, conforme já explanado. Ademais, só deverão ser provados aqueles fatos sobre os quais as partes tenham feito alegações opostas, criando dúvida acerca destes no processo, e cuja elucidação seja decisiva para a melhor compreensão do evento objeto da causa de pedir e que seja relevante para a decisão judicial.

2.3 ASPECTO SUBJETIVO E OBJETIVO DO ÔNUS DA PROVA

O instituto do ônus da prova é comumente dividido, pela doutrina, em dois aspectos ou perspectivas, das quais decorre sua finalidade essencial. Desta forma, apesar de tratar-se de um instituto unitário (há apenas um ônus da prova), este é uma figura complexa que abrange, de um lado, o ônus subjetivo e de outro, o ônus objetivo⁴.

O maior interessado em convencer o julgador da veracidade de suas afirmações é a própria parte que alega o fato, eis que esta busca um pronunciamento judicial favorável à sua causa e negativa aos interesses de seu oponente. O trabalho de persuadir o juiz passa, necessariamente, pela produção da prova durante a instrução processual. Este é o aspecto subjetivo do ônus da prova, o de buscar a persuasão do julgador, a partir de critérios determinados, a fim de se obter uma decisão favorável.

Desta forma, nota-se que o ônus subjetivo estabelece uma regra de conduta para a parte, pois se revela pelo encargo que esta possui de fornecer

⁴ Barbosa Moreira também denomina o ônus da prova subjetivo como formal, e o ônus da prova objetivo como material.

as provas dos fatos relevantes em seu favor. Nas palavras de Leo Rosenberg (*apud* PACÍFICO, 2011, p. 150), o ônus subjetivo é “o que incumbe a uma parte de subministrar a prova de um fato controvertido, mediante a sua própria atividade, se quer evitar a perda do processo”. Aduz, ainda, Suzana Santi Cremasco (2009, p. 30) que:

O ônus subjetivo estabelece, pois, com quais dos litigantes se relacionam os fatos a serem provados e, a partir daí, a quem compete provar determinado fato, quem deve promovê-lo, ou, ainda, a quem interessa que se produza certa prova, indicando, com isso e por consequência, aquele que será afetado na sentença pela falta da prova respectiva.

A falta da prova respectiva, a que faz menção a ilustre autora, atrai a aplicação do aspecto objetivo do ônus probatório. Este aspecto se traduz em um critério de julgamento para o juiz, autorizando o seu pronunciamento mesmo em caso de insuficiência probatória. Neste sentido, “a regra do ônus da prova se apresenta como regra destinada a viabilizar a decisão do juiz em caso de dúvida ou, em outros termos, a dar ao juiz não convencido a possibilidade de decidir” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 267).

Caso as provas necessárias aos esclarecimentos dos fatos afirmados não sejam, por qualquer motivo, trazidas aos autos, o aspecto objetivo do ônus da prova determina que a juiz profira decisão em desfavor daquele que não se desincumbiu de seu encargo, na medida em que é vedado ao juiz pronunciar-se pelo *non liquet*. Neste diapasão, esclarecedora é a lição de Leo Rosenberg (*apud* PACÍFICO, 2011, p. 155), que afirma que:

A essência e o valor das normas sobre o ônus da prova consistem nesta instrução dada ao juiz acerca do conteúdo da sentença que deve pronunciar, em um caso em que não se pode comprovar a verdade de uma afirmação de fato importante.

A doutrina processualista que desenvolveu o estudo do ônus da prova atribui maior relevância a este em seu aspecto objetivo, ou seja, como regra de julgamento. Neste sentido, Giovanni Verde (*apud* PACÍFICO, 2011, p. 156), processualista italiano, afirma que “o verdadeiro significado do dispositivo está em seu perfil objetivo, que é obtido perguntando-se o que o juiz deve fazer quando a parte não tiver fornecido provas suficientes”.

Entre os processualistas brasileiros também prevalece o entendimento no mesmo sentido. Didier Jr., Braga e Oliveira (2010, p. 76) afirmam que “pouco importa quem, no curso da instrução, produziu a prova trazida aos autos [...] não interessa uma análise subjetiva da prova, de qual sujeito ela se originou.” Pontes de Miranda (1997, p. 270, 271) é incisivo ao afirmar que:

O ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova.

Tal entendimento tem como base, essencialmente, o princípio da aquisição processual ou da comunhão das provas, em que, “uma vez trazida a prova ao feito ela se desgarrar daquela (parte) que a produziu, passando a fazer parte do processo” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 77).

Muito embora este seja o entendimento predominante na doutrina, não há que se negar a importância do aspecto subjetivo do ônus da prova. Gian Antonio Micheli (*apud* PACÍFICO, 2011, p. 161), que visualiza o fenômeno do ônus da prova apenas sob o prisma da regra de julgamento, não nega a importância daquela, mas lhe atribui relevância meramente prática, “porque seria prática – e não jurídica – a necessidade de o sujeito produzir provas”. Barbosa Moreira (*apud* PACÍFICO, 2011, p. 163) também entende que o aspecto subjetivo do ônus da prova tem relevância mais psicológica do que jurídica, pois,

para efeitos práticos, o que interessa não é saber se a parte onerada conseguiu ou não carrear para os autos os elementos necessários à demonstração do fato a ela favorável; o que interessa é, sim, verificar se tais elementos foram carreados para os autos, por obra da parte onerada ou de outrem, pouco importa.

Artur Carpes (2010, p. 54), defendendo a importância da perspectiva subjetiva do ônus da prova, afirma que, pela ênfase que o processo civil contemporâneo dá ao contraditório judicial, “não há como negar prestígio à dimensão subjetiva ao ônus da prova, como que a deixando à margem da dimensão que concebe a sua condição de ‘regra de julgamento’”. O ilustre autor, em seu magistério, também defende que a distribuição do *onus probandi* deve servir como um estímulo para que estas sejam produzidas.

Deste modo, embora o aspecto objetivo ainda se mostre como a essência do fenômeno da distribuição do ônus probatório, não se deve negar importância ao aspecto subjetivo, tendo em vista que, mediante este, aumenta-se a probabilidade de alcance da justiça material.

3 O ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

3.1 EXEGESE DO ARTIGO 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 333, adotou uma concepção estática de distribuição do ônus da prova, distribuindo tal ônus levando em consideração dois elementos: a posição assumida pela parte no processo e a natureza dos fatos alegados.

Com efeito, assim dispõe o mencionado comando legal:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Conforme o citado preceito legal, cabe ao autor demonstrar o fato constitutivo do seu direito pleiteado em juízo, enquanto ao réu cabe a demonstração de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele. Ou seja, “a cada parte cabe o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito cujo reconhecimento pretende do juiz ao solucionar a controvérsia” (PIRES, 2011, p. 78). Verifica-se, ainda, que o comando legal não impõe obrigação da produção probatória, apenas indicando a quem cabe o encargo de produzi-las, a partir da natureza dos fatos e da posição assumida pelas partes no processo.

Mediante uma análise sumária do supramencionado dispositivo, temos que os fatos constitutivos são aqueles que dão origem à relação jurídica posta em juízo, ou seja, o fato da vida gerador do direito postulado pela parte autora perante o Poder Jurisdicional. São aqueles que, se provados, levam à consequência jurídica pretendida pelo autor, ou seja, aquele que, ao ser demonstrado, fatalmente resultará na procedência do pedido por este deduzido.

Ao réu, neste momento, cabem dois meios de defesa que afetarão diretamente a distribuição do ônus probatório. Se este utilizar a defesa direta de mérito, ou seja, simplesmente negar a ocorrência dos fatos alegados pelo autor, não lhe caberá ônus algum, pois “não recai ônus da prova sobre o réu quando ele não alega fato modificativo, impeditivo ou extintivo, mas apenas nega o fato constitutivo do direito alegado pelo autor” (WAMBIER; TALAMINI, 2008, p. 458). Porém, se o réu se utilizar de defesa indireta de mérito, ou seja, alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este atrai para si o ônus de provar suas alegações, pois ocorre uma ampliação do objeto de cognição. Na esclarecedora lição de Humberto Theodoro Júnior

(2011, p. 437), isto se dá pelo fato de que, quando o réu se defende através de defesa indireta,

ao se basear em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu implicitamente admitiu como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja, aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as consequências do evento a que alude a contestação. O fato constitutivo do direito do autor tornou-se, destarte, incontroverso, dispensando, por isso mesmo, a respectiva prova (art. 334, III).

Ao optar pela defesa indireta, o réu possui a opção de deduzir três tipos de fatos novos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, que nada mais são do que aqueles que levam ao não reconhecimento do direito alegado na inicial. Tais fatos são assim definidos pelos professores Didier Jr., Braga e Oliveira (2010, p. 80, 81 e 82):

O *fato extintivo* é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito [...] O *fato impeditivo* é aquele cuja existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos e o direito, dali, nasça [...] O *fato modificativo*, a seu turno, é aquele que, tendo por certa a existência do direito, busca, tão-somente, alterá-lo.

Destarte, observa-se que o diploma processual brasileiro adotou um sistema estático de distribuição do *onus probandi*, o qual é distribuído *a priori* e abstratamente, desconsiderando as peculiaridades dos casos concretos. Com tal concepção, o direito processual brasileiro primou pela segurança jurídica e pela igualdade formal entre as partes em litígio. Tal concepção é defendida, por exemplo, por Rosenberg (*apud* CARPES, 2010, p. 68), que afirma que “a distribuição invariável do ônus da prova é um postulado da segurança jurídica, sustentado justamente pelos práticos e defendido também pelos partidários das teorias discordantes”.

Entretanto, como se verá a seguir, a rigidez da norma contida no artigo 333 do Código de Processo Civil é alvo de críticas por parte da doutrina processualista moderna, que o aponta como insuficiente para regular o sistema processual moderno à luz dos direitos fundamentais.

3.2 CRÍTICAS À TEORIA ESTÁTICA ADOTADA PELO ARTIGO 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como visto, o Código de Processo Civil de 1973 adotou uma teoria estática de distribuição do ônus probatório, que fixa os critérios, abstrata e previamente, à lei material. Tal método de distribuição, no entanto, sofre diversas críticas por parte da doutrina processualista moderna, visto que a

rigidez legal dificulta a adequação do regime da prova ao caso concreto, e a distribuição do ônus da prova não pode se atrelar apenas ao aspecto processual, mas deve também levar em consideração o direito substancial.

A importância das regras relativas ao ônus da prova na efetiva concretização dos direitos fundamentais levou Canotilho (*apud* GODINHO, 2007, p. 390) a propor o deslocamento do direito à prova “do estrito campo jusprocessualístico para o localizar no terreno constitucional”. Neste diapasão, tem-se que a disciplina normativa imposta pelo artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973 recusa outra possibilidade de regulação que avaliasse aspectos relacionados ao que de concreto ocorre na relação processual. Desta forma, ao se deparar com um nítido caso de desequilíbrio das condições probatórias entre as partes, não poderia o juiz adequar a regra de distribuição do ônus entre estas, o que fere o direito à prova para a parte prejudicada e pode tornar a ação judiciária inócua, caracterizando uma violação oculta à garantia de acesso útil à justiça.

Destarte, a rigidez legal mostra-se falha, insuficiente e inadequada à produção probatória, podendo levar a um julgamento injusto, na hipótese do titular do direito pleiteado se encontrar diante de prova de difícil ou impossível produção (prova diabólica), em que a parte adversa possui condições de produzi-la com maior facilidade. Ou seja, o critério de distribuição atual prejudica a prestação jurisdicional a que tem direito a parte, estando mais preocupada com a decisão judicial do que com a tutela do direito lesado ou ameaçado de lesão.

Exatamente por isto, ganhou força, na doutrina moderna e na jurisprudência, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que vem a complementar as regras já existentes acerca da distribuição probatória, prevendo a repartição do encargo de forma casuística, ao contrário da repartição prévia e abstrata contida no Código de Processo Civil de 1973, a ponto de permitir o acolhimento desta teoria no Novo Código de Processo Civil, sancionado em 2015.

4 O ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Feita a abordagem referente à distribuição probatória constante do artigo 333 do Código de Processo Civil, passa-se a análise de outra previsão legal acerca de distribuição do ônus probatório, amplamente aplicada, que se encontra no Código de Defesa do Consumidor.

A ampliação das relações consumeristas, decorrentes, principalmente, do crescimento econômico ocorrido na segunda metade do século XX,

incrementou de forma considerável o poder das corporações comerciais e industriais em todo o mundo, assumindo, estas, um papel de posição mais forte na relação frente ao consumidor. Tal fato acabou por mostrar a necessidade de se regradar de forma distinta as relações jurídicas decorrentes das relações de consumo. Entretanto, para que as normas substanciais protetivas ao consumidor fossem efetivadas, fazia-se necessário também um novo molde processual, especial para tais casos, em que a igualdade entre as partes se mostrasse ameaçada.

Neste diapasão, previu, o legislador brasileiro, a possibilidade de inversão do ônus da prova nas relações de consumo, consagrada no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como um direito básico do consumidor⁵, *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

O Código de Defesa do Consumidor inovou ao reconhecer que as relações de consumo não são equilibradas. Desta forma, a legislação consumerista “proclama o dever de efetivar a igualdade substancial nas relações processuais, elemento que fundamenta e legitima a previsão legislativa da inversão do ônus da prova” (GUILHERME, 2010, p. 174), ou seja, “visa reequilibrar as forças entre os litigantes dentro do processo, compensando a situação de inferioridade na qual eventualmente se encontre o consumidor em relação ao fornecedor” (CREMASCO, 2009, p. 63).

Mas este não é o único fundamento que justifica a presença do instituto da inversão probatória na legislação consumerista. Thiago Azevedo Guilherme (2010, p. 174) cita que, por exemplo,

pode-se apontar a própria complexidade da relação consumerista em si, vez que muitos dos objetos de consumo são hoje em dia dotados de complexidade tecnológica profunda, impedindo que o consumidor possa se defender com eficiência quando atingido em sua esfera jurídica. Não se pode negar que esta complexidade das relações [...], bem como a própria distância existente entre o grau de organização dos grupos econômicos em comparação com a fragilidade dos consumidores individualmente

⁵ No mesmo sentido são as regras dos arts. 38 e 51, VI, do CDC: a primeira estabelece que o “ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”; e a segunda impõe que serão nulas de pleno direito “as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos ou serviços que: [...] VI – estabeleçam a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor”.

considerados é que determina os próprios requisitos para que o juiz inverta o ônus da prova.

Como se pode observar de início, a lei não inverte o ônus da prova. Desta forma, a inversão do ônus da prova não se dá de forma automática, mas se condiciona ao juízo do julgador acerca da ocorrência da verossimilhança da alegação contida na inicial e à constatação acerca da hipossuficiência do consumidor. Ou seja, “a inversão se opera *ope iudicis*, cabendo ao magistrado verificar se estão presentes os pressupostos legais necessários para que a determine” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 84).

A verossimilhança refere-se, em suma, “ao convencimento do julgador acerca da plausibilidade de que o fato narrado pelo autor tenha, efetivamente, ocorrido” (CREMASCO, 2009, p. 65). Tal requisito resulta da avaliação do conteúdo probatório trazido, das regras de experiência e das presunções simples pelo juiz. Assim, faz-se necessária a presença de um mínimo de material probatório, para possibilitar ao julgador a análise da verossimilhança da alegação. Nas palavras de André Gustavo de Andrade (2003, p. 92-93):

[...] não se afigura admissível a inversão do ônus probatório com fundamento em verossimilhança da alegação se não se tem pelo menos uma prova indireta (indício) da qual se possa inferir que provavelmente é verdadeira a alegação do consumidor. O juízo de verossimilhança é formado, portanto, a partir da prova indiciária, que possibilita ao juiz realizar uma associação entre dois fatos: um comprovado (o fato indiciário) e outro apenas alegado (o fato constitutivo do direito do consumidor). A prova do primeiro permite a ilação ou presunção de que o último também ocorreu, por lhe ser consequência ordinária. Há, em tal caso, simples *praesumptio hominis* realizada pelo julgador. Mas sem esse indicio mínimo, não há de onde extrair a verossimilhança da alegação.

A hipossuficiência, por sua vez, está ligada à condição de inferioridade do consumidor em relação ao fornecedor, abrangendo não apenas a situação de insuficiência econômica, mas de uma situação de inferioridade ou desvantagem em geral do consumidor perante o fornecedor. Neste sentido, hipossuficiente é o consumidor que, por razões de ordem econômica, social, cultural (dentre outras), tenha grandes dificuldades de comprovar a veracidade de suas alegações.

É essencialmente a incapacidade técnica do consumidor, “decorrente do seu desconhecimento acerca de aspectos relacionados com a elaboração de produtos e a realização de serviços, ou, ainda, da extrema dificuldade de produzir prova relacionada com as fases da cadeia produtiva” (ANDRADE,

2003, p. 89), que justifica e impõe a inversão do ônus probatório no caso concreto.

Nota-se que o critério da hipossuficiência é verificável somente na hipótese concreta, “em que se configure situação de flagrante desequilíbrio, em detrimento do consumidor, de quem não seria razoável exigir, por extremamente dificultosa, a comprovação da veracidade do fato constitutivo de seu direito” (ANDRADE, 2003, p. 90), devendo o julgador, na hipótese, proceder à inversão do ônus da prova.

Oportuno analisar interessante questão levantada pela doutrina, que diz respeito ao preenchimento dos pressupostos legais: seriam tais requisitos cumulativos ou alternativos?

Para Renato Ornellas Baldini (2013, p. 53), basta que esteja presente um dos elementos, “vez que a disposição legal utiliza-se da conjunção ‘ou’. Assim, caso a alegação seja verossímil ou a parte seja hipossuficiente, poderá o magistrado proceder à inversão da carga probatória”. No mesmo sentido é o entendimento dos autores Didier Jr., Braga e Oliveira (2010, p. 84), para quem “basta que um dos pressupostos esteja presente, tendo em vista que o legislador colocou entre eles a conjunção alternativa ‘ou’. Não são pressupostos concorrentes ou cumulativos, mas, sim, alternativos”.

Não obstante, prestigiosa doutrina tem sustentado que os pressupostos legais devem ser preenchidos de forma cumulativa. Neste sentido é a lição de Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 79), para quem,

Embora o texto legal fale nominalmente em verossimilhança ou hipossuficiência, a leitura correta deve substituir o disjuntivo *ou* pelo aproximativo *e*, porque a leitura nominal implicaria inconstitucionalidade do texto: a) favorecer o consumidor abastado transgrediria a garantia de igualdade, ainda quando verossímil o que alega, porque sem o requisito da pobreza não há desigualdades a compensar; b) favorecer o consumidor, rico ou pobre, sem que sua alegação seja verossímil, fecharia ou estreitaria sem motivo a via de acesso à ordem jurídica justa, em relação ao produtor, sujeitando-o aos azares de uma *probatio diabolica*.

Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2011, p. 196) afirma que, muito provavelmente, a solução para tal questão seja encontrada apenas em uma análise do caso concreto, nuns sendo suficiente a hipossuficiência, noutros sendo necessária a associação dos requisitos.

Entendemos, a partir de uma interpretação teleológica e gramatical do dispositivo legal, pela alternatividade dos requisitos, ou seja, presente um ou outro, deve o juiz proceder a inversão do ônus da prova.

Passando adiante com o tema, como já tratado, esta inversão do ônus da prova não é uma inversão *ope legis*, mas *ope iudicis*, em que ambos os requisitos autorizadores ficam sujeitos a apreciação do julgador, conforme dispõe a Lei quando emprega a expressão “a critério do juiz”. Assim, entendendo o juiz que não se encontram presentes, na hipótese concreta, os requisitos legais, o instituto legal não pode ser manejado em favor do consumidor, sob pena de configurar-se quebra do devido processo legal.

Deste modo, quando ausentes os requisitos exigidos para que se proceda à inversão do ônus da prova, incidirão as regras ordinárias do Código de Processo Civil.

5 TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

5.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Ao longo do tempo várias teorias foram criadas e desenvolvidas por processualistas conhecidos, que buscaram enunciar e justificar a distribuição probatória, de uma forma ou de outra. Ao final do século XX, juristas argentinos, sob a coordenação de Jorge W. Peyrano, delinearam e sistematizaram, de forma clara e precisa, os contornos de uma teoria, chamada de “*cargas probatorias dinâmicas*”, que visa solucionar a problemática apontada pela doutrina, de que nem sempre autor e réu possuem condições de atender ao ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído pela Lei.

Em suma, a teoria das cargas probatórias dinâmicas consubstancia-se em uma construção doutrinária amplamente aplicada pela jurisprudência, que determina que a produção da prova seja suportada pela parte que possui melhor condições de produzi-la, seja por possuir situação mais cômoda, seja por dispor de meios menos onerosos para tal, devendo ser utilizada quando a aplicação das regras iniciais (estáticas) conduzirem a uma *probatio diabolica*. Neste sentido, “a teoria da carga dinâmica preocupa-se com a realidade concreta de cada processo que é posto à apreciação do Poder Judiciário” (CREMASCO, 2009, p. 72), amoldando-se, portanto, a cada caso particularmente considerado, tendo em vista as circunstâncias específicas de cada um.

Nas palavras de Jorge W. Peyrano (*apud* CREMASCO, 2009, p. 72):

A chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos órgãos jurisdicionais em determinadas situações, nas quais não funcionem adequada e valiosamente as previsões legais que, como norma, repartem os esforços probatórios. A mesma importa em um deslocamento do *onus probandi*, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, *verbi gratia*, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, para além do seu posicionamento como autor ou réu, ou de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.

Nota-se, desta forma, que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova rompe com as regras rígidas e estáticas da distribuição do *onus probandi*, tornando-as mais flexíveis, adaptáveis a cada caso, não se levando em consideração a posição das partes ou a qualificação do fato como constitutivo, impeditivo, modificativo, ou extintivo. “Vale dizer, é dinâmica porque o encargo de provar é independente de enfoques apriorísticos, limitando-se a indicar que o peso da carga da prova recai sobre aquele em melhores condições técnicas ou profissionais de produzi-la” (PIRES, 2011, p. 99).

Oportuno mencionar que tal teoria não ignora ou nega a necessidade de existência das regras clássicas de distribuição probatória, mas “tão somente complementa tal visão ortodoxa, flexibilizando sua aplicação nos casos de impossibilidade ou grande dificuldade de produção probatória por parte do originalmente onerado” (GUILHERME, 2010, p. 171), ou seja, “trata-se de uma teoria excepcional e residual, que necessariamente será objeto de cuidadosa fundamentação por parte do julgador, com a necessária ciência dos sujeitos envolvidos” (GODINHO, 2007, p. 396).

Como se vê, a teoria proposta por Peyrano permite ao magistrado, atento às peculiaridades de cada caso, e valendo-se das regras de experiência, deslocar o ônus da prova, colocando-o nas mãos daquele que tem melhores condições para cumpri-lo. Como ensina Juan Alberto Rambaldo (*apud* CREMASCO, 2009, p. 74):

[...] parece de uma lógica irrefutável para qualquer pessoa com senso comum que um magistrado não pode privar que uma fonte de prova chegue ao processo quando teve em suas mãos os elementos para fazer surgir à luz os fatos da realidade, nem tampouco pode deixar de valorar as circunstâncias em que se encontrava cada parte ou a sua capacidade real e concreta de promover a produção da prova, baseando-se em uma rígida (estática) concepção das regras do ônus da prova. A decisão judicial que recaia neste processo só estará sustentada sobre o anfibalógico dogma da verdade formal. Essa atitude do órgão

jurisdicional do Estado não só é moralmente reprovável, senão que corresponde a um uso absolutamente irregular das normas processuais, o que seguramente violentará o princípio da congruência e conduzirá, necessariamente, a uma decisão profundamente injusta e atentatória à essência da função judicial.

Neste sentido, o toque fundamental desta teoria é a valoração, pelo juiz, acerca de qual das partes litigantes dispõe das melhores condições de suportar o ônus da prova naquele específico caso concreto, a fim de lhe impor tal ônus, mesmo se os fatos objeto de prova tenham sido alegados pela parte contrária.

5.2 FUNDAMENTOS DE ADMISSIBILIDADE DA TEORIA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ainda não possui previsão legal aplicável que autorize expressamente a sua utilização no sistema processual brasileiro. Muito embora esta teoria esteja prevista no artigo 373, § 1º da Lei 13.105/2015, Novo Código de Processo Civil, permanece inaplicável, pois tal lei encontra-se em período de *vacatio legis*.

Sendo assim, há a necessidade de se estabelecer os fundamentos que justificariam a sua aplicação nas relações jurídicas processuais na sistemática atual, mesmo antes do fim do período de *vacatio legis* da Lei 13.105/2015, em regra tomando por base o direito fundamental do acesso a uma ordem jurídica justa.

Com efeito, é indispensável, no período pós Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pensar o processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Artur Carpes (2010, p. 77) afirma que,

se a Constituição proclama direitos fundamentais e, evidentemente, a necessidade de sua adequada e efetiva tutela, é necessário que o processo – instrumento através do qual se possibilitará a efetivação da tutela – seja dotado de técnicas capazes para atender a tais finalidades.

Em primeiro lugar, como princípio fundamental de todo o sistema processual, está o direito de acesso à justiça, estampado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil. Tal princípio não pode ser interpretado apenas como uma garantia formal do direito de o indivíduo propor ou se defender de determinada ação, mas sim como garantidor de acesso a uma ordem jurídica justa, em que se permite a efetiva participação das partes e a efetiva e adequada prestação da tutela jurisdicional.

Como defende Artur Carpes (2010, p. 77), o direito de ação deve ser visto “como direito fundamental e, a bem da verdade, o mais fundamental dos direitos fundamentais, na medida em que se torna imprescindível para a efetivação de todos eles”. O ilustre autor não esquece, ainda, do direito de defesa, e aduz que “o réu, embora não tenha direito à tutela do direito, também possui direito à tutela jurisdicional adequada, no sentido de negar a tutela pretendida pelo autor” (CARPES, 2010, p. 78). Portanto, como brilhantemente conclui o mestre,

se a correta formação do juízo de fato é fundamental para o alcance da justiça – compreendida aí a efetiva e adequada tutela dos direitos – revela-se bastante claro que o procedimento probatório também deve estar sujeito à conformação que atente às necessidades de tutela dos direitos fundamentais (CARPES, 2010, p. 79).

A distribuição dinâmica do ônus da prova é, portanto, técnica que busca garantir às partes o direito fundamental ao processo justo, eis que apenas mediante a correta elucidação dos fatos é que se pode prestar a adequada e efetiva tutela jurisdicional, ou seja,

a preocupação com a descoberta da verdade real é crescente e torna admissível o uso de todos os expedientes lícitos que, de algum modo, passam a auxiliar na sua obtenção, para que a consequente formação do convencimento do magistrado se dê o mais próximo possível da realidade, assegurando-se, assim, a efetividade e a justiça da decisão (CREMASCO, 2009, p. 78).

Ademais, a aplicação da estudada teoria admite, para dentro da questão da distribuição probatória, a problemática da paridade de armas no processo civil. Tal teoria pressupõe uma situação de desigualdade, que “deve ser transcendente em relação às possibilidades probatórias. Uma parte se posiciona com dominante poder de apresentação de provas frente a outra que, sendo inferior, está impedida de produzi-la” (BARBEIRO, *apud* KNIJNIK, 2006, p. 946).

Ou seja, a questão deve ter por norte a imortal fórmula de Rui Barbosa, segundo a qual é devido tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, de modo a garantir a igualdade substancial entre as partes. Como esclarecem os autores Didier Jr., Braga e Oliveira (2010, p. 97) “deve haver uma paridade real de armas das partes no processo, promovendo-se um equilíbrio substancial entre elas, o que só será possível se atribuído o ônus da prova àquela que tem meios para satisfazê-lo”.

Ademais, o direito à prova possui ligação direta com o direito fundamental ao processo justo, sendo aquele outro fundamento de aplicação da teoria aqui estudada. O acesso à tutela jurisdicional efetiva “depende da adequada formação do juízo de fato, na medida em que, em não sendo corretamente acertados os fatos com o qual irá trabalhar o juiz, [...] não será possível falar em uma adequada e efetiva tutela jurisdicional” (CARPES, 2010, p. 87). Neste sentido é a lição de Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 46), que afirma que:

A imensa importância da prova na experiência do processo erigiu o *direito à prova* em um dos mais respeitados postulados inerentes à garantia política do devido processo legal, a ponto de se constituir em um dos fundamentos pilares do sistema processual contemporâneo. Sem sua efetividade não seria efetiva a própria garantia constitucional do *direito ao processo*.

Percebe-se, desse modo, que a efetividade da tutela jurisdicional depende fundamentalmente da “adequação do procedimento probatório, no sentido de que este seja estruturado para oportunizar a efetiva participação dos sujeitos processuais no trabalho de formação do juízo de fato” (CARPES, 2010, p. 88).

Além disso, a teoria do ônus dinâmico mostra-se como sendo a mais apta a conciliar os aspectos objetivos e subjetivos do ônus da prova. Nas palavras de Guilherme (2010, p. 172), isto se dá pelo fato de que “tanto os aspectos subjetivos dos litigantes (e suas responsabilidades daí advindas) quanto a natureza de norma dirigida ao julgador para evitar o *non liquet*, em conjunto formam a regra aplicável ao caso concreto”. Desta forma, aumenta-se, a possibilidade de que a prova necessária à solução da controvérsia seja trazida aos autos e o julgador tenha acesso a ela, bem como torna viável reduzir ao máximo o perigo de formalização da decisão judicial.

5.3 PROVA DIABÓLICA

Termo bastante abordado nesta pesquisa e de suma importância para o estudo do tema, convém tratar, no momento, da prova diabólica, afim de melhor esclarecer a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova na sistemática processual brasileira.

Como já analisado, a sistemática de distribuição do ônus da prova atual, constante do artigo 333 do Código de Processo Civil, se dá de forma abstrata e estática, definida com base na posição das partes e na natureza das afirmações destas.

Entretanto, nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído, se deparando, por vezes, com uma prova diabólica, ou seja, a imposição do ônus de uma prova cuja produção é extremamente difícil ou até mesmo impossível.

A prova diabólica, na definição de Alexandre Freitas Câmara (*apud* DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 92) “é expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração”.

A jurisprudência⁶ comumente utiliza a expressão prova diabólica se referindo à prova de fato que não ocorreu, ou seja, a prova de fato negativo. Contudo, “nem toda prova diabólica se refere a fato negativo [...] afinal, [...] os fatos relativamente negativos são perfeitamente susceptíveis de serem provados, bem como os fatos absolutamente negativos, em alguns casos”⁷ (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 92), além de que, nem sempre a alegação de fato negativo isenta a parte que a formula de prová-la.

A extrema dificuldade ou impossibilidade de produção da prova refere-se, na verdade, à condição de hipossuficiente da parte diante das características específicas da demanda. Ou seja, “a parte que detém o ônus probatório pode não ter condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais de produzir a prova dos fatos que a beneficiem” (BALDINI, 2013, p. 49).

Didier Jr., Braga e Oliveira (2010, p. 92-93) classificam a prova diabólica em: a) unilateralmente diabólica, quando a prova é impossível ou extremamente difícil para uma das partes, porém viável para a outra; e b) bilateralmente diabólica, quando a prova do fato é impossível ou extremamente difícil para ambas as partes. Utilizando-se desta classificação, Renato Ornellas Baldini (2013, p. 49) leciona que:

⁶ Neste sentido: [...] Exigir dos agravados a prova de fato negativo (a inexistência de intimação da decisão recorrida) equivale a prescrever a produção de prova diabólica, de difícil produção. Diante da afirmação de que os agravados somente foram intimados acerca da decisão originalmente recorrida com o recebimento da notificação extrajudicial, caberia aos agravantes a demonstração do contrário. (AgRg no AgRg no REsp 1187970/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 16/08/2010); [...] em se tratando de fato negativo (ou seja, circunstância que ainda não tinha ocorrido) a exigência da produção probatória consistiria, no caso em concreto, num formalismo excessivo e levaria à produção do que a doutrina e a jurisprudência denominam de “prova diabólica”, exigência que não é tolerada na ordem jurídica brasileira. (AgRg no AREsp 262.594/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 05/02/2013);

⁷ Os autores citam como exemplo de fato absolutamente negativo que pode ser facilmente provado as certidões negativas de débito, emitidas por autoridade fiscal, que atestam a inexistência (fato negativo) de débito.

Assim, percebe-se que a configuração da prova diabólica encontra-se diretamente relacionada ao tema do ônus da prova, na medida em que a regra de distribuição da carga probatória determina qual parte deverá produzir a prova de determinada alegação (ônus da prova subjetivo). Com efeito, em alguns casos, a estipulação do ônus da prova à parte contrária poderia afastar a caracterização da prova diabólica. Isso se torna evidente nas hipóteses em que a parte contrária possui melhores condições de produzir a prova necessária à resolução da demanda. São situações, portanto, em que a produção da prova é *unilateralmente diabólica* [...].

Desta forma, ao perceber que, na hipótese concreta, há uma prova unilateralmente diabólica, o julgador deverá distribuir o ônus da prova dinamicamente, ou seja, deve ajustar o procedimento probatório à Constituição Federal, possibilitando o pleno exercício do direito à prova, deslocando o ônus de provar determinado fato à parte que disponha de melhores condições para prová-la.

Portanto, em face da desigualdade na relação jurídica processual, causada pela prova diabólica, foi que se elaborou a doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova, que visa garantir a igualdade substancial entre as partes e garantir o direito fundamental à prova – corolários do direito fundamental ao processo justo.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça compartilha deste entendimento, conforme se extrai do julgamento do REsp 883.656/RS, em que firmou-se o entendimento de que a teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova tem como objetivo ajustar eventuais injustiças do mundo dos fatos, como as provas diabólicas. Convém transcrever trecho da ementa do mencionado julgado:

[...] 2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, *caput*, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a *probatio diabólica*, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito.

3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda.

[...] (REsp 883656/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 28/02/2012)

Porém, como bem alerta Artur Carpes (2010, p. 94), “a dinamização pressupõe que as partes estejam em desigualdade na produção da prova”, ou seja, deve o julgador atentar-se para, ao aplicar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, não criar uma prova diabólica reversa, sob pena de a dinamização passar de transferência de um ônus para a imposição de um prejuízo.

5.4 APLICABILIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova possui, como principal escopo, promover a vinda da prova do fato objeto da controvérsia aos autos, contribuindo, desta forma, para o alcance de uma prestação jurisdicional efetiva.

O doutrinador argentino que sistematizou a teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova, Jorge W. Peyrano (*apud* AZÁRIO, 2006, p. 131), traçou três critérios balizadores à aplicação desta, quais sejam:

a) a distribuição atípica dos ônus probatórios é parcial, isto é, aplica-se a determinados fatos ou circunstâncias e não a todo material fático. Disso resulta que a aplicação da teoria não acarreta o total abandono da regra legal de distribuição do ônus da prova, mas só parcial. b) se ambas as partes se encontram em situação de desvantagem probatória, não há que se falar na aplicação da teoria. c) não poderá acarretar surpresa às partes.

Neste diapasão, o primeiro e principal critério a justificar a aplicação da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova é a dificuldade ou a impossibilidade de o litigante, onerado pelas regras de repartição estabelecidas *a priori*, produzir a prova respectiva, ou seja, “quando a parte

incumbida de trazer a prova aos autos não tiver reais condições de se eximir do seu ônus, prejudicando a instrução do processo” (CREMASCO, 2009, p. 86).

Tal dificuldade ou impossibilidade de cumprir o encargo probatório pode decorrer de uma série de razões – social, econômica, cultural, informação, acesso, técnica etc. – sendo todas igualmente aptas a possibilitar a distribuição dinâmica do ônus de provar. Assim, basta que o obstáculo na produção e no cumprimento do ônus fique objetivamente demonstrado para que se preencha o primeiro requisito para incidência do ônus dinâmico.

Importante dizer que a dinamização do ônus probatório pode ocorrer em relação a um ou mais fatos controvertidos, desde que a sua incidência seja condicionada à dificuldade ou não na produção da prova a eles relativas.

Danilo Knijnik (2006, p. 948) esclarece este critério afirmando que a redistribuição não pode ser aplicada apenas para compensar a inércia ou inatividade processual da parte inicialmente onerada, “mas, única e tão-somente, para evitar a formação da *probatio diabolica* diante da impossibilidade material que recai sobre uma das partes, à luz da natureza do fato e da sintaxe da norma”.

Entretanto, não basta a mera dificuldade ou impossibilidade da produção probatória por uma das partes, é necessário que haja uma maior facilidade ou uma melhor condição do outro litigante, em face ao originalmente onerado, em produzir a respectiva prova. Deve, este litigante, ter reais condições de trazer aos autos a prova do fato controvertido,

não padecendo da mesma impossibilidade que a parte incumbida do ônus pela regra geral, pois se, para esta, também a produção da prova for impossível, estar-se-á infringindo o princípio da igualdade entre as partes ao se beneficiar uma em detrimento da outra, sem qualquer justificativa plausível (NASCIUTTI *apud* CREMASCO, 2009, p. 87).

Neste sentido, Eduardo Cambi (2006, p. 341) afirma que a essência da teoria da distribuição dinâmica é a de que o ônus deverá caber “à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade na sua demonstração”, ou seja, a redistribuição do ônus da prova não é permitida se implicar em prova diabólica para a parte contrária, sendo este um pressuposto negativo para a aplicação prática da teoria.

Além dos critérios materiais acima apontados, imperioso salientar que decisão judicial que dinamiza o ônus probatório deverá ser fundamentada,

sob pena de nulidade do ato, conforme dispõe o inciso IX do artigo 93 da Constituição da República Federativa do Brasil. Na lição de Marcia Pereira Azário (2006, p. 182),

[...] a decisão deverá ser clara e fundamentada, com a demonstração das razões que levaram o julgador a optar por tal caminho, não sendo admissível decisão da qual não reste evidenciada a logicidade de sua própria argumentação e, sobretudo, sua conexão com a realidade das alegações fáticas objeto do julgamento.

Artur Carpes (2010, p. 130) complementa as palavras de Azário afirmando que “será através de tal critério que irá balizar-se a dinamização dos ônus probatórios no sistema jurídico brasileiro e, aliado a isso, tornar possível o controle de eventual arbitrariedade promovida pelo órgão judicial”. Além disso, somente deste modo se poderá conciliar a dinamização do ônus da prova com o princípio da segurança jurídica, preconizado por Leo Rosenberg.

Questão relevante diz respeito ao momento em que deve, o julgador, aplicar a dinamização do ônus probatório. Dada a polêmica acerca deste ponto, surgiram diversas correntes que buscam determinar a melhor fase para a aplicação do instituto ao processo.

Antes de fazer a análise acerca das correntes surgidas, é necessário se atentar para a natureza jurídica do ônus da prova, que faz às vezes de pano de fundo para a discussão acerca do momento processual adequado para a aplicação da teoria de dinamização. Como já explanado no tópico 2.3, para alguns, o ônus se trata de regra de julgamento direcionada ao órgão jurisdicional, para outros é uma regra de conduta das partes.

Também se faz necessário apontar que discussão similar tem sido travada pelos doutrinadores em relação ao momento no qual deverá haver a inversão do ônus da prova no âmbito das relações de consumo, sendo válidos para a presente discussão alguns dos argumentos utilizados.

Pois bem. Se entendido puramente como regra de julgamento, o momento adequado para dinamização do ônus da prova é a sentença. Como não é possível ao órgão jurisdicional o pronunciamento *non liquet*, caso as partes não tenham se desincumbido de trazer as provas necessárias aos autos, o juiz, atentando para as circunstâncias do caso concreto, sentenciará contra a parte que possuía melhores condições de se desincumbir da produção da prova.

Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 83) afirma, ao tratar da inversão constante do Código de Defesa do Consumidor, que “a efetiva inversão só acontecerá no momento de julgar a causa, pois antes ainda não se conhecem os resultados mais conclusivos ou menos conclusivos que a instrução probatória conduzir”, ou seja, antes disto o juiz sequer sabe “se a prova será suficiente ou se será necessário valer-se das regras ordinárias sobre esse ônus, que para ele só são relevantes em caso de insuficiência probatória” (CARPES, 2010, p. 134).

No processo argentino, onde a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é amplamente aplicada, é pacífica a adoção da sentença como fase processual adequada para a dinamização, com fulcro em dois pilares fundamentais, que são:

a) a ciência prévia dos litigantes insertos naquele sistema jurídico sobre a possibilidade de que, em determinados casos, reiteradamente assentados em doutrina e jurisprudência, a distribuição dinâmica venha a incidir, inexistindo, portanto, surpresa na sua aplicação; e b) o fato de tratar-se a carga dinâmica de questão relativa a valoração da prova, na qual o juiz, verificando as circunstâncias do caso e, inclusive, a forma como as partes se conduziram no processo, impõe o ônus – e, ainda, as consequências decorrentes da ausência de prova – a um ou outro litigante (CREMASCO, 2009, p. 89).

Há, também, doutrina no sentido de que inexistente momento para o juiz fixar o ônus da prova, que argumenta no sentido de tal instituto não ser uma regra de procedimento, tornando desnecessário o aviso prévio à parte “de que poderá ou haverá ‘inversão do ônus da prova’ e, portanto, não há falar-se em momento de tal aviso ou mesmo da ocorrência de eventual ferida ao princípio constitucional da ampla defesa” (MONNERAT *apud* CARPES, 2010, p. 135).

Todavia, parte expressiva da doutrina entende que a redistribuição em momento posterior à fase instrutória constitui ofensa aos princípios do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa. Neste sentido, tratando da inversão do ônus da prova consumerista, Eduardo Cambi (2006, p. 418) afirma que se esta “for conhecida somente na sentença, não assegurará oportunidade para que o fornecedor possa exercer satisfatoriamente o seu direito à prova, o que resultaria na violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa”.

Marinoni e Arenhart (2010, p. 279) defendem que a decisão de inversão do ônus da prova deve ocorrer na audiência preliminar, dando assim oportunidade à parte de produzir a prova. Todavia, caso ocorra uma situação de inesclarecibilidade do fato, podendo esta ser imputada a parte ré, a

inversão do ônus da prova pode ocorrer na sentença. Além disso, a inversão como regra de julgamento pode se dar também diante da ocultação de prova documental ou recusa de prova pericial.

Em sentido semelhante, Eduardo Cambi (2006, p. 346) defende que a inversão deve ocorrer na audiência preliminar, acrescentando que o provimento se dará em decisão ordinária, popularmente conhecida como despacho saneador.

Este último entendimento tem sido predominante na doutrina e já foi adotado por alguns tribunais, como, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que o consubstanciou na Súmula n. 91, nos seguintes termos: “A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença”. O Superior Tribunal de Justiça também se inclinou para a adoção do entendimento de que a inversão do ônus da prova é regra de instrução, devendo esta ser, preferencialmente, determinada na fase de saneamento do processo, nos seguintes termos:

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO.

A Seção, por maioria, decidiu que a inversão do ônus da prova de que trata o art. 6º, VIII, do CDC é regra de instrução, devendo a decisão judicial que determiná-la ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos. (REsp 422.778-SP, Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti - art. 52, IV, b, do RISTJ -, julgados em 29/2/2012.)

O próprio Código de Processo Civil de 1973 estabelece que o momento adequado para redistribuição do ônus da prova é a audiência preliminar, conforme regra prevista no artigo 331, § 2º, que dispõe que “se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, *decidirá as questões processuais pendentes* e determinará as provas a serem produzidas [...]”.

Portanto, entendemos que o melhor momento para se operar a dinamização é quando da audiência preliminar e, na sua falta, no despacho saneador, respeitando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, para não se crie uma surpresa para a parte que sofrerá com a alteração do ônus da prova.

6 A PRESENÇA DA TEORIA DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Na exposição de motivos do anteprojeto reconheceu-se que o direito processual civil, a fim de se harmonizar com as garantias fundamentais de um Estado Democrático de Direito, deve proporcionar à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos. O direito material será meramente ilusório sempre que não houver a garantia de sua efetiva realização por meio de um processo eficiente.

O Novo Código de Processo Civil, aprovado como lei ordinária sob o número 13.105/2015, desta forma, pauta-se pela realização dos direitos e garantias fundamentais, visando à efetividade do processo e a realização da justiça material. Nas palavras de José Miguel Garcia Medina (2010), membro da comissão de juristas nomeada pelo Senado Federal para a elaboração do novo código, “se, de fato vivemos em um Estado Democrático de Direito, penso ser indispensável que o anteprojeto reflita esse valor, em todos os sentidos.” E aduz o ilustre mestre que, portanto, “deverão constar do anteprojeto, evidentemente, dispositivos que concretizem os princípios e garantias constitucionais”.

Desta forma, visando estabelecer uma sistemática mais célere, justa e menos complexa, para permitir ao juiz que se atente, em maior grau, ao mérito da causa, conforme consta da exposição de motivos, os trabalhos para a elaboração do novo código se pautaram em cinco objetivos, quais sejam:

- 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal;
- 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa;
- 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal;
- 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e,
- 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão (BRASIL. Congresso Nacional, 2010, p. 14).

Interessa particularmente ao objeto deste estudo as pretensões veiculadas nos objetivos de número um e dois da comissão, quais sejam, estabelecer verdadeira sintonia com a Constituição Federal e possibilitar ao julgador uma decisão mais aderente aos fatos relativos ao feito.

A necessidade de harmonia entre lei ordinária em relação à Constituição da República Federativa do Brasil fez com que se incluíssem no Novo Código de Processo Civil, de forma expressa, princípios constitucionais, na sua versão processual. Trata-se de uma forma de tornar o processo mais

eficiente e efetivo, aproximando-o das normas constitucionais, “em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material” (BRASIL. Congresso Nacional, 2010, p. 15).

Percebe-se, de plano, que a nova legislação processual civil busca a valorização da Constituição, tendo a expressa intenção de adequar as normas processuais aos axiomas da Lei Maior. Nesse sentido o artigo primeiro da Lei 13.105/2015:

Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

É neste contexto que se insere a previsão expressa da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo Novo Código de Processo Civil, que busca dar à matéria do ônus da prova uma perspectiva constitucional, com atenção aos direitos e garantias fundamentais, buscando a realização efetiva da justiça material nos casos postos perante o Poder Jurisdicional, atendendo às pretensões de número um e dois da comissão, acima mencionadas.

Apesar de ser possível, como já anteriormente analisado, a aplicação da dinamização do ônus probatório independentemente de previsão legal, com base nos fundamentos expostos nos tópicos 5.2 e 5.4, a nova codificação prestigia o princípio da segurança jurídica, de índole constitucional, visando proteger e preservar as justas expectativas das pessoas (BRASIL. Congresso Nacional, 2010, p. 19) e estabelecer os requisitos de forma objetiva para a sua aplicação.

É mantida a regra prevista no atual artigo 333 do Código de Processo Civil, que determina que cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu provar os fatos impeditivo, modificativos e extintivos do direito do autor. É o disposto no artigo 373 da Lei 13.105/2015:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O Novo Código de Processo Civil inova, ainda, ao inserir em seu texto um dispositivo que trata expressa e pontualmente sobre a teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova, que se encontra no parágrafo primeiro do mesmo artigo 373 do novo código, *in verbis*:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Tais dispositivos demonstram claramente a adoção, pelo novo diploma processual, da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, pois a manutenção da previsão de distribuição estática, aliada à previsão do parágrafo primeiro, se dá com fulcro na excepcionalidade da incidência da teoria, de forma supletiva à regra geral de distribuição estática, exatamente como já comentado no capítulo 5 da presente pesquisa.

Ademais, como observa Líbia das Graças Pires (2011, p. 132), o novo código não atrela a valoração do julgador a condições subjetivas das partes, como faz o Código de Defesa do Consumidor, que atrela a inversão do ônus da prova à verossimilhança ou à hipossuficiência, mas dá àquele grande liberdade de convicção para instruir e julgar o feito, com fulcro na base axiológica normativa e principiológica da Constituição Federal.

Assim, nos termos da nova Lei 13.105/2015, o ônus da prova continua a ser distribuído de forma estática e abstrata, porém, diante das circunstâncias de cada caso e das peculiaridades dos fatos, o juiz poderá redistribuir o ônus da prova, atribuindo tal encargo à parte que se encontre em melhores condições para produzi-la.

Ademais, o dispositivo, na forma em que foi aprovado, resolve as discussões acerca do momento da redistribuição. Muito embora não tenha apontado expressamente o momento adequado para o juiz determinar como se dará a distribuição do ônus da prova, esclareceu que tal não se dará quando da prolação da sentença, pois instituiu a necessidade de dar à parte a oportunidade de desempenhar o ônus adequadamente.

Tal disposição privilegia a garantia fundamental ao contraditório e à segurança jurídica, eis que a lei deve dar efetividade às garantias constitucionais, “tornando ‘segura’ a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de ‘surpresas’, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta” (BRASIL. Congresso Nacional, 2010, p. 19).

Enquanto ainda se tratava de projeto, o novo código possuía previsão de que a inversão do ônus da prova não implicaria alteração das regras

referentes aos encargos da respectiva produção, ou seja, após o deslocamento do ônus, aquele a quem caberia produzir a prova não arcaria com os ônus financeiros desta produção. Tendo em vista a remoção desta previsão, a melhor interpretação da intenção do legislador é a de que a parte que recebe o encargo de produzir as provas, na forma do artigo 373, § 1º, do Novo Código de Processo Civil, se incumbe também de qualquer ônus financeiro que eventualmente a redistribuição possa lhe acarretar.

Imperioso ressaltar a previsão do parágrafo segundo do artigo 373 da Lei 13.105/2015, que prevê que o ônus não pode ser deslocado na hipótese de criar uma prova diabólica reversa, ou seja, no caso de ambas as partes se encontrarem frente a uma prova de difícil produção, caso em que deve se manter a regra geral de distribuição probatória.

Como se percebe, o artigo 373 do Novo Código de Processo Civil busca tornar legal aquilo que a doutrina defendia e já era aplicado por alguns magistrados. Assim, tudo o que foi dito no presente ensaio continuará válido a partir do término da *vacatio legis* da Lei 13.105/2015.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, cumpre frisar que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é tema novo ao processo civil brasileiro e, até o momento, a única lei que prevê a sua aplicação às relações jurídicas postas perante o Poder Jurisdicional está em período de *vacatio legis*.

Tal teoria visa a dar maior importância para a função subjetiva do ônus da prova, não minimizando a sua função objetiva de regra de julgamento, sob o argumento de que para um Estado constitucional, que tem na democracia um de seus fundamentos, e traz como direitos fundamentais o devido processo, o contraditório e a efetiva participação das partes na construção da decisão judicial, esta é a melhor estruturação dada à atividade probatória, eis que a dinamização do ônus estimulará a produção probatória e diminuirá os riscos da formalização da decisão. Assim, fundamenta-se na efetividade do processo, na busca da verdade real, no alcance de um processo justo e no princípio da cooperação entre as partes.

A doutrina procura cada vez mais afirmar a importância de um processo civil harmonizado com a Constituição Federal, sempre pautado em seus princípios e direitos fundamentais. Assim, através de uma interpretação sistemática e principiológica, em atenção aos direitos fundamentais à ordem jurídica justa, ao acesso à justiça, à igualdade substancial e à prova, aliados ainda aos princípios da cooperação das partes e da boa-fé, todos presentes

em nosso ordenamento jurídico, encontra-se o fundamento para que se aplique a teoria dinâmica de distribuição dos ônus probatórios, como complemento à regra clássica de distribuição estática do referido ônus.

Posto isso, entende-se que é possível flexibilizar a regra esculpida no artigo 333 do Código de Processo Civil para a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, mesmo que ainda não vigente a legislação que trata do tema. Para tanto deverão ser atendidos seus critérios balizadores, que são a impossibilidade ou extrema dificuldade da produção da prova por uma das partes (prova diabólica) aliada à possibilidade de que o outro litigante atenda ao ônus, sem maiores entraves, para que não se crie uma prova diabólica reversa. Ademais, como se frisou no decorrer do presente trabalho, a decisão que determinar a dinamização do ônus deverá ser devidamente fundamentada, conforme preconiza o artigo 93, IX da Constituição Federal. Também é necessário conferir à parte onerada oportunidade de se desincumbir do ônus a ela imposto, ou seja, a redistribuição do ônus deverá ocorrer antes da instrução processual, na audiência preliminar ou, na sua falta, quando da prolação do despacho saneador, respeitando-se, assim, o direito fundamental ao contraditório.

Consigne-se, por fim, que a partir de 17 de março de 2016 entrará em vigor o Novo Código de Processo Civil (artigo 1.045 do NCPC) e, a partir de então, passar-se-á a existir expressa previsão legal autorizando a dinamização do ônus da prova, cumprindo, a legislação ordinária, com os dispositivos constitucionais do processo.

8 REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo C. de. **A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor – O momento em que se opera a inversão e outras questões.** Revista de direito do consumidor, São Paulo, n. 48, 2003.

AZÁRIO, Márcia Pereira. **Dinamiscização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro.** Dissertação (Mestrado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.

BALDINI, Renato Ornellas. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho.** Dissertação (Mestrado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo - USP. São Paulo, 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: Anteprojeto.** Brasília: Senado Federal,

Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência n. 492**. Recurso Especial nº 422.778/SP. Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti - art. 52, IV, b, do RISTJ -, julgados em 29/2/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270492%27>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 883.656 RS**, Segunda Turma, Relator: Ministro Herman Benjamin, julgado em 09/03/2010, DJe 28/02/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.187.970 SC**, Terceira Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 05/08/2010, DJe 16/08/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 262.594 RJ**, Segunda Turma, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 18/12/2012, DJe 05/02/2013.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMBI, Eduardo. Prova – Nova dinâmica da distribuição do ônus. In: ROSSI, Fernando et. al. (coord.). **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 675-679.

CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. – Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Volume 2. Salvador: JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Volume III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GODINHO, Robson Renault. **A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais**. De jure: revista jurídica do

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 384-407, 2007.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)** – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

GUILHERME, Thiago Azevedo. **Considerações sobre a flexibilização do ônus da prova e o acesso à justiça na constitucionalização do processo civil.** XIX encontro nacional do CONPEDI, Fortaleza, p. 166-180, 2010.

KNIJNIK, Danilo. **As perigosíssimas doutrinas do ônus dinâmico da prova e da situação do senso comum como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.** São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil v. 2: Processo de conhecimento.** – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O espírito democrático do anteprojeto do novo CPC.** Disponível em <<http://professormedina.com/2010/03/12/o-espirito-democratico-do-anteprojeto-do-novo-cpc/>>. Acesso em 10 abr. 2014.

MIRANDA, Pontes, 1892-1979. **Comentários ao código de processo civil, tomo IV: arts. 282 a 443.** – Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova.** – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PIRES, Líbia das Graças. **Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho.** Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Súmula n. 91. A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença.** Disponível em: <http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=150637&desc=ti&servidor=1&idioma=0>. Acesso em 20 mar. 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1.** – 10. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.** Revista de Processo, São Paulo, vol. 205, p. 115-144, março 2012.

A VEZ DAS SOLUÇÕES CONSENSUAIS DE CONFLITOS E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Felipe Kirchner¹

“O conflito é luz e sombra, perigo e oportunidade, estabilidade e mudança, fortaleza ou debilidade, o impulso para avançar e o obstáculo que se opõe. Todos os conflitos contém a semente da criação ou da destruição.”

Sun Tzu - A Arte da Guerra

RESUMO: O presente estudo visa apresentar o paradigma normativo do Novo Código de Processo Civil acerca dos métodos de solução consensual de conflitos, enfocando as técnicas da mediação e da conciliação, e enfatizando, ainda, o papel da Defensoria Pública enquanto Instituição de Estado onde a tarefa de priorização dos modelos não adversariais pode alcançar seu real potencial, realizando as promessas normativas de um processo civil mais eficiente e de realização de uma justiça efetiva e substancial.

PALAVRAS-CHAVE: Soluções Consensuais de Conflitos. Métodos Não Adversariais. Mediação. Conciliação. Defensoria Pública. Acesso à Justiça.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O CPC/15 e a Prioridade dos Métodos de Solução Consensual de Conflitos. 2.1 A Problemática do Acesso à Justiça e sua Evolução Histórica. 2.2 Os Métodos de Solução Consensual de Conflitos na Nova Codificação Processual Civil. 3. O Papel da Defensoria Pública na Promoção dos Métodos de Solução Consensual de Conflitos. 3.1 O Movimento de Acesso à Justiça: da justiça gratuita ao sistema da assistência jurídica integral. 3.2 O Protagonismo da Defensoria Pública no Estado Democrático de Direito. 3.3 O Assistido da Defensoria Pública: a

¹ Mestre em Direito Privado pela UFRGS. Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul, Dirigente do Núcleo de Defesa do Consumidor e de Tutelas Coletivas (NUDECONTU), Presidente do Conselho Estadual de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul (CEDECON). Professor Universitário na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

(re)significação dos conceitos de hipossuficiência e necessidade por meio da dimensão existencial e normativa dos termos. 3.4 A Legitimação da Defensoria Pública em sua Missão de Acesso à Justiça: a erosão dos filtros subjetivos e a legitimação pela defesa de valores. 3.5 A Aplicação dos Métodos de Solução Consensual de Conflitos pela Defensoria Pública. 3.6 As Experiências Práticas da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul na seara da Resolução Consensual dos Conflitos. 4. Conclusão. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Conflitos pessoais reverberam na sociedade e as Instituições de Estado captam isso em diversos momentos de sua evolução. O contato pode se dar no início ou quando a disputa já passou por diversas instâncias da sociedade (pessoal e familiar) ou do próprio Estado (Polícia, Defensoria Pública, Judiciário, etc.). Contudo, se a chegada da demanda ao sistema estatal demonstra a incapacidade do cidadão na solução de seus próprios problemas, o Estado recorrer primariamente ao Poder Judiciário certamente também é uma forma de incapacidade na gestão dos serviços públicos, os quais devem estar voltados, sempre que possível, ao exame do conflito originário e à devolução do poder de decisão às pessoas, como propõem os processos de resolução não adversativa de disputas.

A partir desta reflexão inicial, o presente ensaio visa apresentar a visão do Novo Código de Processo Civil (CPC/15) em relação aos métodos de solução consensual de conflitos² – em especial a mediação e a conciliação –,

² Os mecanismos de solução de conflitos pela via não adversativa – denominados "métodos de RAD" (Resolução Adequada/Amigável de Disputas) – trazem consigo duas nomenclaturas muito usuais, mas que se mostram inadequadas para classificar ou denominar as técnicas de mediação e conciliação no atual contexto. A primeira diz com a pecha de "meios alternativos", eis que as soluções consensuais de conflitos não podem mais ser chamados de vias alternativas, pois alternativa deveria ser a opção pela jurisdição processual, a qual deveria ficar restrita às situações onde os métodos consensuais tenham falhado, devendo-se reconhecer que a jurisdição não é capaz de dar solução adequada a certos tipos de conflito (FULLER, Lon. In: *The Forms and Limits of Adjudication*. N. 92, *Harvard Law Review*, 1978, p. 353). Terminologicamente, sinala-se que originalmente a sigla RAD representava "Resolução Alternativa de Disputas", enfatizando o caráter de subsidiariedade dos métodos em face do julgamento pelo Judiciário. Porém, a sigla atualmente refere-se à "Resolução Adequada/Amigável de Disputas", denotado a escolha consciente por um método de resolução de conflitos (BASTOS, Simone de Almeida Ribeiro; CORRÊA, Marcelo Girade; PASSANI, Andrezza Gaglionone. OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de (Org.). In: *Resolução de Conflitos para Representantes de Empresa*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014, p. 24). A segunda designação diz com a denominação de métodos extrajudiciais, eis que mediação e conciliação se constituem em técnicas a serem aplicadas tanto extrajudicialmente quanto no âmbito do processo judicial. Assim, melhor seria trocar as expressões "alternativo" e "extrajudicial" pelo termo "adequado", pois a escolha pela modalidade de resolução depende da adequação de cada técnica em relação às peculiaridades do conflito, sabendo-se que à medida que se sucedem os diversos mecanismos em aproximação à intervenção de terceiros – em critério crescente tem-se a negociação, a mediação, a conciliação, a arbitragem e a judicialização – aumenta-se o formalismo, se acima a litigiosidade e o processo tende a se tornar mais duradouro (NETO, Francisco Maia. In: *Arbitragem: a solução extrajudicial de conflitos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 20).

o que desde já depende da contextualização da priorização das técnicas não adversativas, na condição de novo paradigma normativo que será aqui delineado,³ perante o atual contexto, de massificação das relações econômicas, de despersonalização das relações sociais (até mesmo as afetivas) e de judicialização crescente dos conflitos.⁴

Cumpramos reconhecer que o cenário supramencionado deriva e se encontra imerso em uma cultura da litigância, que assola não apenas o cidadão, que com espantosa naturalidade abdica da tarefa de resolver seus próprios conflitos e transfere o poder decisório sobre sua vida a terceiros (v.g. Juiz), mas principalmente os operadores jurídicos,⁵ treinados desde os bancos acadêmicos para litigarem e derrotarem (processual ou dialeticamente) a parte adversa, esta comumente reconhecida como sendo o “adversário”, em nítida visão de um paradigma centrado na consequência ganha-perde.⁶

O crescente movimento da judicialização dos conflitos⁷ é um fenômeno multifatorial, dentro dos quais, sem qualquer pretensão exaustiva, se destacam os seguintes aspectos:⁸ (i) ambiência cultural focada na procura judiciário para resolução das lides;⁹ (ii) facilitação estrutural da judicialização;¹⁰

³ Entende-se como sendo uma novidade da nova codificação perante o aprofundamento das regras relativas as técnicas autocompositivas e ao reconhecimento do contexto social e da cultura de litigância. Contudo, uma leitura acurada do CPC/73 já indicava a priorização da conciliação, conforme se infere das regras dos artigos 125, 277, 331, 447 a 449 da codificação processual, bem como de outras disposições sistêmicas, do que é exemplo as disposições da Lei 9.099/95.

⁴ Dentre as três formas tradicionais de solução das controvérsias - autodefesa, autocomposição e heterocomposição – o estudo se centra na análise das técnicas autocompositivas, estabelecendo e parametrizando os argumentos que culminaram na posição normativa da nova codificação em privilegiar esta opção em detrimento das medidas adversativas e heterocompositivas.

⁵ As técnicas autocompositivas são desafiadoras por natureza, eis que seu domínio compreende processos multidisciplinares, já que a mediação e a conciliação incorporam aportes de diversas áreas do conhecimento humano, tais como: direito, psicologia, filosofia, marketing, comunicação, negociação, antropologia, sociologia, etc. O estudo desta seara importa, portanto, em um mergulho para fora da técnica e das metodologias a que o Direito foi confinado pelos pensamentos liberais e cartesianos.

⁶ A cadeira de “Processo Civil I” historicamente inicia com a visão do processo, e não com uma análise do conflito social e da forma pela qual o mesmo pode ser compreendido e tratado extrajudicialmente. São raras as faculdades (e os professores) que enfocam as técnicas de solução consensual dos conflitos em suas especificidades. O resultado disso é a formação de um exército de operadores jurídicos não instruídos nas técnicas negociais e que naturalmente buscarão a judicialização como única via possível para resolver os problemas jurídicos que chegam ao seu conhecimento no contexto de seu mister profissional. A questão é tão profunda e arraigada que os profissionais hoje sequer enxergam a existência de um “mercado” para a atuação negociada, entendendo que seus “honorários” dependem do processo e, conseqüentemente, do embate adversativo.

⁷ Conforme consta no Relatório “Justiça em Números”, lançado em 2013 pelo Conselho Nacional de Justiça, neste ano foram propostos 28 milhões de novos casos judiciais, o que representa um incremento de 8,4% de processos ajuizados em comparação com o ano de 2012. O quantitativo de processos paralisados chegou a 64 milhões, o que representa a incrível cifra de um processo judicial para cada três brasileiros.

⁸ Sinale-se que o recorte deste ensaio, que prioriza uma análise normativa e está centrado na atividade das instituições que compõe o sistema de justiça, impede uma análise minuciosa das razões sociológicas, econômicas, antropológicas e psicológicas da mencionada vertente cultural adversativa.

⁹ SOARES JÚNIOR, Jarbas (Org.); GAVRONSKI, Alexandre Amaral; ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano; ALMEIDA, Gregório Assagra de; OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de; BADINI, Luciano; BELTRAME, Martha

(iii) sobrecarga de trabalho dos profissionais do direito (v.g. Defensores Públicos e Juizes), impeditiva da destinação de tempo para atividades de mediação e conciliação;¹¹ (iv) falta de estruturação dos órgãos para os processos de solução negociada, em termos de condições materiais e de pessoal (número e capacitação de agentes); (v) incentivo para a litigância pelos grandes demandados (v.g. Estado e grandes fornecedores),¹² tendo em vista a demora do processo e o baixo valor das condenações; (vi) viés estatal interventivo que mitiga a autodeterminação e a autonomia do cidadão, não o reconhecendo como protagonista na condução de sua vida e de suas relações e como sujeito capaz pela tomada de decisões e de ser responsável por estas e por suas consequências;¹³ (vii) ausência histórica de políticas públicas voltadas à resolução consensual dos conflitos,¹⁴ sendo predominante o mecanismo da solução adjudicada por meio da sentença judicial;¹⁵ (viii) interesses corporativos que se centram na figura monopolística dos

Silva; ROMANO, Michel Betenjane; MORAES, Paulo Valério Dal Pai; BORGES, Vladimir da Matta Gonçalves. In: Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público. 1ª Ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 84-85.

¹⁰ Isto ocorre, exemplificativamente, com os Juizados Especiais Cíveis, onde até mesmo a presença de representante legal é dispensada na maioria das demandas. É evidente que esta iniciativa não se constitui em fator negativo se considerado isoladamente, eis que as medidas de facilitação do acesso ao Poder Judiciário concretizam a garantia constitucional do acesso a justiça, como será visto neste ensaio. Contudo, tais medidas podem se mostrar desastrosas, como ocorre com a instalação do Juizado Especial da Fazenda Pública (JEFP) na área da saúde (Lei 12.153/09), o que impedirá a “filtração”, pela Defensoria Pública, dos casos onde a judicialização se faz (des)necessária, acabando com iniciativas já estruturadas de resolução extrajudicial destes conflitos, projetos que serão examinados em oportunidade própria.

¹¹ Como refere Humberto Dalla Bernardina de Pinho, a mediação é um trabalho artesanal, uma vez que cada caso é único e, por isso, demanda tempo, estudo e análise aprofundada do conflito sob os mais diversos ângulos, sendo que o facilitador deve se inserir no contexto emocional e psicológico das questões envolvidas, buscando os interesses por trás das posições externas assumidas, desvelando as motivações ocultas das partes (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURCO, Karol. In: A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito: o “Juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br>> Acesso em: 03.05.2015).

¹² Segundo dados do Relatório do CNJ sobre os 100 maiores litigantes do país (Conselho Nacional de Justiça. In: 100 Maiores Litigantes. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf> Acesso em: 21.04.2015), o Estado e os órgãos da administração indireta ocupam as 6 primeiras posições do ranking. Dos 92 milhões de processos existentes, 51% são do Estado (administração direta e indireta das esferas federal, estaduais e municipais), 38% do sistema financeiro e 6% das telecomunicações, o que soma 95% do volume total de procedimentos, contra apenas 5% de todos os demais litigantes. Assim, são as grandes corporações que estão em juízo. Apenas o Estado do Rio Grande do Sul movimentou 4,24% do volume total de feitos. Em termos de compromisso ético com a resolutividade das demandas, verifica-se que o setor público federal ocupa o pólo ativo em 33% das demandas e o pólo passivo em 67%, enquanto para o setor público estadual os percentuais são, respectivamente de 28% e 72%, para a telefonia de 22% a 78% e para os bancos de 45% a 55%. Assim, verifica-se que os maiores litigantes são mais acionados judicialmente do que ingressam com processos, o que indica, potencialmente, uma dificuldade ou falta de compromisso com a resolução extrajudicial dos conflitos.

¹³ Veja-se que os termos “negócio” e “negociar”, etimologicamente, significa “negar o ócio”, indicando uma atuação proativa, o que constitui a essência dos processos de resolução consensual de conflitos.

¹⁴ Acerca da Mediação envolvendo políticas públicas: SOUZA, Luciane Moessa de; Igor Lima Goettenauer de (Org.). In: Resolução Consensual de Conflitos Coletivos Envolvendo Políticas Públicas. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014.

¹⁵ WATANABE, Kazuo. In: Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In: YARCHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoidede (Org.). Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: DPJ, 2005, p. 689.

operadores jurídicos, relegando o cidadão envolvido no conflito (seus interesses e perspectivas) a figuração secundária no ato de aplicação do Direito; (ix) dificuldade do Direito – enquanto ciência ainda não liberta dos matizes positivistas que secularmente conformaram seu viés contemporâneo – e de seus operadores¹⁶ em privilegiar as circunstancialidades e a concreção dos conflitos sociais, o que relega as ações, emoções e percepções que conformam o conflito social a pressupostos secundários da narrativa que forma o Nomos jurídico e as decisões judicializadas.¹⁷

Em face destes fatores, para a maioria dos atores ainda é mais vantajoso ou mais fácil a via da judicialização do conflito, razão pela qual a atividade dos profissionais se centra no cumprimento de prazos judiciais, deixando de lado (sequer em nível secundário, na maioria das situações) as atividades não litigiosas. Sinale-se que a maioria destes fatores não desaparecerão apenas pela edição da nova codificação civil, o que denota que o caminho para a consolidação dos meios não adversativos de solução de conflitos ainda é longo e tortuoso.

¹⁶ Sabe-se que o Brasil disputa com os Estados Unidos a liderança mundial em quantidade de profissionais do Direito, possuindo 357 advogados por 100 mil habitantes, contra 372 pela mesma quantidade populacional nos EUA. Apenas no Estado de São Paulo existem aproximadamente oito vezes mais advogados do que no Japão, país que possui uma população três vezes maior que o Estado brasileiro (WATANABE, Kazuo. In: Modalidade de Mediação. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/arquivos/artigo4_kasuo.pdf>. Acesso em: 10.04.2015). Contudo, estes dados não indicam que no país asiático haja menos conflituosidade, mas sim que no Japão os meios informais de controle social estão mais estruturados. Ressalta-se, ainda, que o processo de formação de "operadores do direito" (e não de juristas) se traduz em uma inequívoca mercantilização do ensino jurídico, o que é facilmente percebido quando se verifica que o Brasil tem mais faculdades de Direito do que todos os demais países do mundo juntos: 1.240 cursos superiores em território nacional e 1.100 no resto do planeta, conforme dados de 2010. (BASTOS; CORRÊA; PASSANI; OLIVEIRA; 2014, p. 16; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. In: Brasil, Sozinho, tem mais Faculdades de Direito que Todos os Países. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/20734/brasil-sozinho-tem-mais-faculdades-de-direito-que-todos-os-paises>> Acesso em: 21.04.2015).

¹⁷ Pretendendo regular os existenciais da vida humana (v.g.: nascimento, morte, relações afetivas, etc.), o Direito se apropria da riqueza dos fatos sociais (por serem constituídos e moldados pelos sonhos, esperanças, dramas, tragédias, culpas e esforços feitos e desfeitos na experiência sociocultural dos seres humanos), procurando (re)construir a realidade por intermédio de uma linguagem (discurso jurídico) pobre por ser meramente normativa e dedutivista, limitando as possibilidades da condição social conforme certos padrões (descompasso entre o campo jurídico e o social), o que alija da atividade hermenêutica determinadas circunstâncias fáticas que são imprescindíveis à correta análise da questão. Nesse sentido a lição de Ben-Hur Rava: *"Na verdade os conflitos que se produzem estão na cena social, portanto fora do espectro linguístico, mas que são trazidos para o interior da ciência e da dogmática jurídica, como forma de relativizar este mesmo conflito, dissimulando a tensão e amalgamando os comportamentos através de um 'discurso jurídico oficial', que 'aparentemente' não apresenta contradições e, muito menos, fissuras. (...) A linguagem e, mais especificamente, a linguagem jurídica está a serviço do status quo do Estado e do poder, que usam o direito como uma espécie de adaptador social da realidade às suas finalidades ideologizadas que se apresentam escondidas ou reprimidas"* (RAVA, Ben-Hur. A Crise do Direito e do Estado como Crise Hermenêutica. In: Revista da Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul (AJURIS), n. 101, mar. 2006, p. 31-32). Refere Boaventura de Sousa Santos que a mediação é capaz de subverter a separação entre o conflito processado e o conflito real, a qual domina a estrutura processual do direito estatal, sendo a principal responsável pela superficialização da conflituosidade social na sua expressão jurídica (SANTOS, Boaventura de Souza. In: O Discurso e o Poder. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 23). No mesmo sentido, Elídio Resta refere que a mediação e a conciliação tem o poder de "desmanchar a lide" (RESTA, Eligio. In: O Direito Fraternal. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 119).

Assim, contra a hegemonia do processo clássico, de índole adversarial, os métodos consensuais buscam os seguintes benefícios aos sujeitos envolvidos:¹⁸ (i) facilitação da comunicação; (ii) fomento e preservação de relações continuadas (em nível pessoal, social, profissional e/ou comercial); (iii) orientação, informação e educação dos envolvidos; (iv) prevenção da ocorrência de novos conflitos; (v) visão de alteridade que legitima os interesses do outro; (vi) soluções que geram ganhos mútuos e expansão dos ganhos pessoais; (vii) maior controle sobre o resultado final da disputa; (viii) estímulo a soluções geradas pelos próprios agentes (empoderamento); (ix) adoção de soluções criativas que vão além do que seria possível obter perante o Judiciário; (x) contexto em que tanto as questões jurídicas como as "não-jurídicas" podem ser simultaneamente resolvidas; (xi) visão positiva do conflito, como sendo situação permissiva de crescimento pessoal (caráter pedagógico);¹⁹ (xii) fuga da possibilidade de criação de precedente judicial desfavorável a seus interesses; (xiii) manutenção da confidencialidade sobre a disputa.

Desta feita, a presente análise dos métodos de solução consensual parte do reconhecimento dos benefícios advindos de sua priorização em nível sistêmico e institucional. Dentre os pontos positivos, destacam-se: (i) combate a judicialização de demandas; (ii) superação da cultura da litigância e do paradigma ganhador-perdedor; (iii) celeridade dos procedimentos; (iv) cumprimento mais efetivo dos acordos e soluções alcançadas;²⁰ (v) custos mais acessíveis para as partes e entidades promotoras;²¹ (vi) decisões (potencialmente) proferidas por especialistas.

Para análise da perspectiva do CPC/15 acerca dos métodos de solução consensual de conflitos serão feitos dois recortes. O primeiro é o enfoque da mediação e da conciliação dentre as técnicas abordadas, não adentrando no exame da arbitragem, posto que esta se constitui em

¹⁸ AZEVEDO, André Gomma (Org.). In: Manual de Mediação Judicial. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2013.

¹⁹ DEUTSCH, Morton. In: The Resolution of Conflict: constructive and deconstructive processes. New Haven: Yale University Press, 1973.

²⁰ Como refere Lúcia Fátima Barreira Dias Vargas, na mediação o “*acordo é vinculativo, não por ter a imperatividade da sentença, mas porque foi obtido pelas partes e será tanto mais respeitado quanto mais estas se empenharem em alcançá-lo*” (VARGAS, Lúcia Fátima Barreira Dias. In: Julgados de Paz e Mediação: uma nova face da justiça. Almedina: Coimbra, 2006. p. 58).

²¹ O estudo intitulado “Custo das Empresas para Litigar Judicialmente”, que analisou a demonstração financeira de 7.485 sociedades empresárias— as quais estão presentes em 83% das ações que tramitam no país —, demonstrou que o comprometimento das finanças destas com processos judiciais chega a quase 2% do que faturam em um ano, o que em 2012 representou a cifra de R\$ 110,96 bilhões (VALOR ECONÔMICO. In: Gasto de Empresas com Processos Chega a R\$ 110 bi. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3418112/gasto-de-empresas-com-processos-chega-r-110-bi#ixzz2sMpMByph>> Acesso em: 17.04.2015). Os processos judiciais representam, ainda, um alto custo para o Estado e para cada litigante individual, ainda que não haja massificadamente.

modalidade adversativa.²² Os métodos escolhidos buscam a solução consensual e dialogada para resolver o conflito, diferenciando-se especialmente quanto à medida de intervenção do facilitador, sendo o mediador não interventivo e sem poder decisório,²³ enquanto o conciliador promove mais interferências na busca, encorajamento e facilitação da resolução de conflitos e na estruturação da decisão.²⁴ Outra diferença digna de destaque está no fato de que a mediação não se centra na realização de um acordo, mas na resolução das desavenças entre os envolvidos, diferentemente da conciliação, onde a realização do acordo é o objetivo maior. Aqui se optou por modalidades que conduzam as partes ao reexame do conflito e a tomada de decisão, e que não visem apenas "resolver" uma situação pontual, mas modificar atitudes visando impedir e diminuir a reincidência do conflito, e onde não exista a repetição do modelo adversarial do processo judicial.²⁵

A segunda verticalização se dá quanto ao sujeito promotor da solução consensual. Neste ensaio se irá focar o papel da Defensoria Pública, apresentando-a como a Instituição de Estado onde esta tarefa deve ser

²² Não se desconhece a existência de outros meios extrajudiciais de solução de conflitos, tais como, exemplificativamente: (i) *rente-a-judge*; (ii) *baseball arbitration*; (iii) *high-low arbitration*; (iv) *mini-trial*; (v) *early neutral evaluation*; (vi) *neutral fact-finding*; (vii) *disputes resolution board (DRB)*; (viii) *consensus build*. MOTTA JUNIOR, Aldemar de Miranda; VASCONCELOS, Carlos Eduardo de; FALECK, Diego; ORLANDO, Fabiola; MAIA NETO, Francisco; DORNELLES, Ricardo; PELAJO, Samantha. In: Manual de Mediação de Conflitos para Advogados, Escrito por Advogados. 1ª Ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 30-35.

²³ WARAT, Luis Alberto. In: O Ofício do Mediador, Florianópolis: Habitus, 2001, p. 76-77; BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. In: Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Se para muitos se tratam de espécies do gênero negociação (enquanto métodos que aplicam técnicas negociais), a mediação e a conciliação se diferenciam daquela justamente pela presença do terceiro mediador, que terá como função primordial auxiliar as partes a resolver seu conflito. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. In: O Novo CPC e a Mediação: reflexões e ponderações. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/o_novo_cpc_e_a_mediacao.pdf> acesso em: 20.04.2015, p. 9).

²⁴ Em termos de adequação dos métodos, entende-se que mediação é a proposta mais autêntica em termos das pretensões dos métodos de resolução extrajudicial, no sentido de mais qualificadamente promover o reexame do conflito e a tomada de decisão pelas partes. Contudo, a conciliação se torna modalidade mais eficiente quando consideradas algumas peculiaridades, como a relação de custo e benefício (em termos monetários, de tempo, etc.) de processos de solução de conflitos utilizados de maneira massificada, e em áreas onde as partes são desiguais, como o caso da resolução de conflitos de consumo, onde as assimetrias e vulnerabilidades (v.g. técnicas e informacionais) são melhor compensadas por um conciliador, que agirá de forma mais interventiva.

²⁵ Dentre as principais diferenças entre as técnicas de mediação e conciliação, destaca-se que: (i) na conciliação as partes mantêm uma postura adversarial de defesa de suas posições, enquanto a mediação convida as partes a atuar de maneira colaborativa e a pensar soluções inclusivas que satisfaçam todos os envolvidos no conflito; (ii) o conciliador pode orientar as partes juridicamente, conduta vetada para o mediador; (iii) o conciliador pode oferecer sugestões para o acordo, enquanto o mediador, zelando pela autonomia e protagonismo dos mediandos, se abstém de efetuar sugestões; (iv) a conciliação objetiva o acordo, enquanto a mediação foca primariamente na melhoria da relação entre as pessoas envolvidas no conflito; (v) a conciliação se volta para o passado na busca por analisar culpabilidades, enquanto a mediação tem o olhar voltado para o futuro, lidando com o conflito de modo a prevenir novas interações negativas (KIRCHNER, Felipe; ROSENBLATT, Ana; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; CAVALCANTI, Ricardo Russel Brandão; OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de (Org.). In: Manual de Mediação para a Defensoria Pública. 1a Ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014).

realizada prioritariamente e onde os modelos não adversariais podem alcançar seu real potencial de salvar o processo civil da autofagia para o qual ruma a passos largos. Sendo a grande porta de entrada da população ao sistema de justiça, compete a esta instituição o primeiro e adequado encaminhamento do conflito para um método não adversativo.

A vinculação entre a Defensoria Pública e os meios de resolução consensual de conflitos é ontológica e umbilical. Analisar tais técnicas implica em falar, necessariamente, da garantia fundamental do acesso à justiça, prevista no artigo 5º, inciso LXXIV, da CRFB/88, o que torna necessária a contextualização do papel da Defensoria Pública no processo de estabelecimento dos meios alternativos à solução judicial dos conflitos sociais. Esta vinculação temática decorre não apenas do fato de que a Instituição foi criada constitucionalmente para a concretização da garantia do acesso à justiça, mas também porque nasceu vocacionada para este mister, como demonstra o imperativo legal de suas atribuições, previstas no artigo 4º, inciso II, da Lei Complementar 80/94 (com a redação dada pela LC 132/09). Esta norma é uma decorrência lógica do sistema da assistência integral previsto constitucionalmente (artigos 5º, LXXIV e 134, da CRFB/88), sendo natural a atuação do Defensor Público na condição de mediador e de conciliador. Assim, a escolha pela análise da atividade da Defensoria Pública não é aleatória. Se a pretensão de resolução não adversativa de conflitos é novidade para outras carreiras,²⁶ não é para a Defensoria Pública, a qual nasceu sob o signo do viés consensual, aspecto natural para uma Instituição estruturada durante o movimento de democratização do país.

A Instituição e seus agentes e servidores se encontram em um lócus privilegiado devido à proximidade com a sociedade e com os conflitos sociais, razão pela qual dentre as Instituições que compõe o sistema de justiça nenhuma melhor do que a Defensoria Pública para entender os anseios dos necessitados e da sociedade, em especial aquela que padece dos diversos matizes de vulnerabilidade social. Contudo, a consecução da tarefa de alcançar um paradigma favorável ao uso da mediação pelos Defensores Públicos importa na desconstrução de alguns dos preconceitos que permeiam o discurso jurídico, principalmente acerca das possibilidades e dos limites de atuação da Defensoria Pública. O desafio aqui lançado é o de incentivar na Defensoria Pública uma necessária postura ativa na resolução consensual

²⁶ A atuação de diversas carreiras ainda se dá pelo viés da imposição de vontades, em processos adversativos construídos sob a ótica da coerção, o que atende a natureza repressora do Estado, construída secularmente. Menciona-se que até mesmo a nomenclatura dos institutos utilizados atende a esta ótica da exclusão negocial. Exemplo disso é a denominação do acordo realizado em âmbito coletivo que nasceu historicamente sob a influência do Ministério Público (hoje utilizado pelos demais entes legitimados, como a Defensoria Pública), nominado de Termo de Ajustamento de Conduta, com o ideal de que a concessão feita pelo compromissário é de adequação a uma vontade estabelecida pelo proponente, e não um real e efetivo acordo de vontades visando à pacificação do conflito social transindividual.

dos conflitos, mesmo não sendo ela a titular dos direitos objetos da composição em nível individual ou coletivo.²⁷

Na intersecção dos temas aqui tratados, o ensaio enforçará a perspectiva de que cabe à Defensoria Pública, no desempenho da sua função constitucional, democratizar o acesso aos instrumentos não adversativos de resolução de conflitos. *Se democratizar o processo e universalizar o acesso à Justiça e a jurisdição* são missões de todos os setores, deve-se reconhecer que só poderão ser efetivamente cumpridos pelo Estado com a participação proativa e engajada da Defensoria Pública.

Importante referir, ainda, que em termos de limitação de análise este estudo não adentrará nos meandros das técnicas envolvidas nos processos de negociação,²⁸ na estrutura necessária a sua implementação,²⁹ nas peculiaridades necessárias a atividade do mediador e do conciliador³⁰ e no exame próprio da principiologia que conforma as soluções consensuais de conflitos.

Por fim, destaca-se a importância de reduzir o excesso de judicialização e de fomentar uma cultura em torno da resolução dos conflitos pelo diálogo e pelo consenso.³¹ Pode parecer estranho que dentre as inúmeras inovações e

²⁷ Este ensaio não irá diferenciar a atuação na seara da defesa individual e coletiva pela Defensoria Pública, no que respeita a utilização das soluções consensuais. Sobre o tema indicam-se os estudos de Alexandre Gavronski (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. In: *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; GAVRONSKI, Alexandre Amaral. In: *Tutela Coletiva: visão geral e atuação extrajudicial*. Brasília: ESMPU, 2006), os quais, apesar de centrados na atuação do Ministério Público, apresentam os desafios do legitimado extraordinário nesta vertente da defesa dos direitos transindividuais.

²⁸ Sobre o tema, sugere-se a leitura da obra clássica de Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, onde apresentado o Programa de Negociação da Escola de Direito de Harvard, cujos princípios estruturaram originariamente o processo de mediação, recebendo posterior aporte de diversas áreas do conhecimento, gerando novas linhas de mediação (FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce: In: *Como Chegar ao Sim: a negociação de acordos sem concessões*. Rio de Janeiro: Imago, 2005). Independentemente da escola, os princípios de Harvard (separar as pessoas do problema; focar nos interesses e não nas posições; criar opções de ganhos mútuos; e utilizar critérios objetivos) são valiosas ferramentas que se colocam à disposição do mediador. No mesmo sentido: MOORE, Christopher. In: *O Processo de Mediação*. Porto Alegre, Ed. Artes Médicas, 1998.

²⁹ Embora os métodos de solução não adversativas se constituam em procedimentos mais flexíveis e menos rigorosos quando comparado ao processo judicial tradicional, demandam organização, estrutura lógica e procedimentos próprios, a serem adotados em conformidade com seus objetivos e as peculiaridades do caso em exame. ORLANDO, Fabíola; In: *Manual de Mediação de Conflitos para Advogados*, Escrito por Advogados. 1ª Ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 76.

³⁰ Sobre o tópico, destaca-se a necessidade de um perfil adequado que congregue a postura de agente de transformação e as características de liderança, carisma e perícia (FIORELLI, José Osmir; Fiorelli, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. In: *Mediação e Solução de Conflitos*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 158-159), mantendo em equilíbrio as ferramentas de comunicação e negociação com o trabalho emocional e a prática efetiva (MOTTA JÚNIOR; VASCONCELOS; FALECK; ORLANDO; MAIA NETO; DORNELLES; PELAJO; 2014, p. 70).

³¹ A legitimidade de qualquer solução autocompositiva depende da formação de um *consenso válido*, o qual apenas se constitui perante entendimento livre e informado, sem vícios na formação da vontade (v.g. erro, dolo, coação ou fraude), o que macula qualquer solução alcançada por autocomposição (por nulidade ou anulabilidade).

avanços do CPC/15 tenha sido escolhido para análise os métodos de solução consensual e não adversativos de conflitos. Contudo, este estranhamento somente se verificaria perante o pré-conceito e a concepção equivocada da primazia da forma adversativa de solução de controvérsias. A proposta de análise se deve, sobretudo, a visão de que o futuro do processo civil está fora e para além do processo, não sendo demasiada a conclusão (pautada desde já) de que a utilização de meios consensuais de solução de conflitos é a principal solução para a atual situação de crise do sistema de justiça.

2 O CPC/15 E A PRIORIDADE DOS MÉTODOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

2.1 A PROBLEMÁTICA DO ACESSO À JUSTIÇA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Adentrando na problemática em exame, inicialmente cumpre tecer breves considerações acerca da garantia do acesso à justiça, fio condutor e elemento de ligação entre os temas aqui tratados: priorização das soluções consensuais de conflitos e o papel da Defensoria Pública.³²

A importância da temática é destacada por Capelletti, para quem “a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”, razão pela qual “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”.³³ A partir desta reflexão, propõe-se uma análise inicial sobre o posicionamento histórico da problemática do acesso à justiça, a fim de que se perceba a atualidade do tema e sua intersecção com a busca pela facilitação do uso de meios extrajudiciais de resolução de conflitos.

Em um breve recorte histórico centrado nas diferentes visões de Estado nascidas após a Revolução Francesa – já sob o signo do Direito Contemporâneo, matizado pela influência dos pensamentos liberal e cartesiano e pela evolução da massificação e da despersonalização das relações sociais, traços marcantes das relações socioeconômicas no sistema capitalista –, pode-se analisar que, no *Estado Liberal*, o protagonismo das ações estava com o Poder Legislativo, na condição de responsável pela concretização dos atributos inerentes ao regime democrático, por meio da previsão de direitos até então inexistentes, em especial para grupos sociais

³² A relação dos temas restou reconhecida no discurso político quando da assinatura do I Pacto Republicano em 2004, onde assumido pelos poderes o compromisso com “Defensoria Pública e Acesso à Justiça”, elencados conjuntamente não de maneira aleatória.

³³ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. In: Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 11-12.

incluídos por meio da cláusula da igualdade formal.³⁴ Como ao Estado cabia apenas garantir a titularidade formal dos direitos, o acesso à justiça não se apresentava como sendo uma problemática significativa. Já no período do *Estado Social* ganha prevalência a atuação do Poder Executivo, uma vez que a sociedade passou a exigir medidas concretas do “governo” para a concretização dos direitos sociais já positivados nas cartas constitucionais (ex. saúde, educação, trabalho, lazer, moradia, segurança, etc.).³⁵ No entanto, no contexto do *Estado Democrático de Direito*, o protagonismo se volta ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, as Instituições autônomas que compõe o sistema de justiça, como é o caso da Defensoria Pública.³⁶

A razão desta virada centra-se, em grande medida, na insuficiência das políticas públicas e na inserção da realização de uma justiça substantiva no conteúdo normativo teleológico dos textos constitucionais, do que é um ótimo exemplo o viés programático da Carta Magna de 1988 que, sem sombra de dúvidas, agregou ao discurso político (e jurídico) um componente revolucionário de transformação do *status quo* nacional (artigos 1º e 3º da CRFB/88), o que se coaduna com o caráter naturalmente ideológico da atuação da Defensoria Pública. Essas circunstâncias levaram os Poderes e as Instituições ligadas à administração da justiça a desempenharem um papel atuante na concretização das políticas públicas, o que encurtou severamente as fronteiras entre a Política e o Direito, redundando no que foi chamado de movimento de judicialização da política, referente ao deslocamento do centro

³⁴ Parte desta tarefa estava em incluir diversos “sujeitos de direitos” que não se encontravam reconhecidos no ordenamento, mas que passaram a titularizar direitos em razão da cláusula da isonomia, que em sua dimensão formal apregoou que a igualdade de todos perante a lei. Esta nova realidade normativa conduz a duas interessantes questões. Primeiro que a igualdade e a inclusão não eram “problemas” a serem enfrentados juridicamente, pois nos períodos históricos anteriores de nossa família romano-germânica (direito romano, medieval e moderno) a desigualdade era pressuposto do sistema, e não algo a ser combatido. A segunda é que a inclusão normativa da igualdade formal (responsável pela inclusão de diversos sujeitos na esfera de proteção jurídica) trouxe consigo a desvantagem de abstração do sujeito de direitos, categoria que passou a ser constituída silogística e dedutivamente (a noção de “pessoa” e de “sujeito de direitos” atreladas, respectivamente aos institutos da personalidade jurídica e da capacidade civil, previstas nos artigos 2º e 5º do Código Civil), e não topicamente como até então, onde as circunstancialidades da pessoa influenciavam na atribuição de capacidade (raciocínio fundado no princípio do particularismo, representativo do status do indivíduo na sociedade). Contudo, hoje se observa um retorno a análise tópica, com a adoção do paradigma da igualdade material, do que são exemplos os diversos diplomas legais protetivos das vulnerabilidades sociais e organizacionais (v.g. Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Maria da Penha, Código do Consumidor, etc.). Assim, embora todos sejam iguais, alguns são tratados de forma diferenciada pelo sistema jurídico, tendo em vista as supramencionadas vicissitudes individuais. Sobre o processo narrativo que culminou na abstração da noção jurídica de pessoa: MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para Consentir e Esterilização de Mulheres Tornadas Incapazes pelo Uso de Drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (Org.). Bioética e Responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, p. 299-346, 2009.

³⁵ Refere Cappelletti que o acesso à justiça passou a ser concebido como o direito de acesso substancial ao Judiciário para a proteção de direitos individuais e sociais no contexto do *welfare state* (CAPPELLETTI; GARTH; 1988, p. 9-11).

³⁶ Importante mencionar que, juntamente com a Defensoria Pública, ocupam a condição de essencialidade à administração da justiça a atividade do Ministério Público (artigo 127), da Advocacia Privada (artigo 133) e da Advocacia Pública, ainda que sem a expressa referência nos artigos 131 e 132 da Constituição Federal.

de decisão dos Poderes Legislativo e Executivo para o plano da jurisdição constitucional. Como a jurisdição assume o papel de efetivadora do “estado de bem estar social” (tem direitos efetivos apenas quem consegue acessar a justiça), a questão do acesso à realização de direitos torna-se importante para a caracterização de uma verdadeira democracia, ganhando enorme relevância em nível político e social.

Assim, a partir da segunda metade do Século XX, a questão central do Direito se deslocou da preocupação com a efetivação de direitos para a efetividade da tutela prestada pelo Estado,³⁷ a partir do que o Direito passou a ser visto não mais pela ótica dos seus “produtores”, mas sim pela perspectiva dos seus “consumidores” dos serviços jurisdicionais, principalmente dos “necessitados”, que carecem da ordem constituída para alcançar um status digno de cidadania.³⁸ Uma atuação voltada a concretizar o acesso à justiça, a proteger os interesses individuais e coletivos e a buscar a efetividade da tutela jurisdicional tem pautado a atuação da Defensoria Pública em todo o Brasil, que trata desta temática como sendo de fundamental importância. Nessa perspectiva, a garantia fundamental do acesso à justiça ganha contornos mais abrangentes.

Como se sabe, esse valor constitucional possui dois significados.³⁹ O primeiro, mais restrito, entende o acesso ao Poder Judiciário como sendo a garantia constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça de direito” (artigo 5º, XXXV). Já o segundo, mais amplo e

³⁷ Como refere Bobbio, o desafio do sistema jurídico já não era o de prever ou fundamentar direitos, mas sim o de “impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (BOBBIO, Norberto. In: A Era do Direito. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 24-25).

³⁸ No que concerne à dificuldade dos “necessitados” acessarem a jurisdição, Boaventura dos Santos Souza refere que as populações de baixa renda hesitam mais que as classes economicamente abastadas em recorrer aos tribunais. As razões apontadas pelo sociólogo português são a desconfiança em relação aos serviços advocatícios que eram prestados por profissionais com pouca experiência e mal remunerados (fator superado com o recente processo de estruturação das Defensorias Públicas no Brasil), uma situação generalizada de dependência e insegurança que produz o temor de represálias ao ato de recorrer-se aos tribunais (algo muito comum no Brasil no que concerne à Justiça Trabalhista, onde os empregados possuem o temor de não mais conseguirem emprego após processarem seus antigos empregadores) e o fato de que o reconhecimento do problema como jurídico e o desejo de recorrer aos tribunais para resolvê-lo não seria suficiente para que a iniciativa de fato seja tomada (SANTOS, Boaventura dos Souza. In: Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Porto: Afrontamento, 1994).

³⁹ Antônio Herman Benjamin endossa essa dupla caracterização, entendendo existir uma visão mais ampla voltada à tutela de direitos ou interesses violados por meio de mecanismos jurídicos variados (tais como a mediação e a conciliação), o que equivaleria ao acesso “a uma ordem jurídica justa (inimiga dos desequilíbrios e destituída de presunção de igualdade), conhecida (social e individualmente reconhecida) e implementável (efetiva), contemplando e combinando, a um só tempo, um rol apropriado de direitos, acesso aos tribunais, acesso a mecanismos alternativos (principalmente os preventivos), estando os sujeitos titulares plenamente conscientes de seus direitos e habilitados, material e psicologicamente a exercê-los, mediante a superação das barreiras objetivas e subjetivas” (BENJAMIN, Antônio Herman. A Insurreição da Aldeia Global Contra o Processo Civil Clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor In: MILARÉ, Edis (coord.). Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 - reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 74-75).

abrangente, entende o acesso à justiça como o alcance e concretização de uma determinada ordem de valores constitucionais e fundamentais, paradigma adotado pelas Defensorias Públicas. Nessa última perspectiva a garantia em exame passa a dizer com o acesso a todo instrumento legítimo de proteção e de efetivação de direitos (individuais e coletivos), o que inclui mecanismos jurisdicionais e extrajurisdicionais em nível nacional e internacional.⁴⁰

Nessa visão abrangente o acesso à justiça passa a objetivar a inclusão do cidadão que está à margem do sistema e, sob o prisma da autocomposição, estimular, difundir e educar⁴¹ o sujeito a melhor resolver conflitos por meio de ações comunicativas, ciente de que a garantia constitucional abrange não apenas a prevenção e a reparação de direitos, mas a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização da sociedade para que possa participar ativamente tanto dos procedimentos de resolução de disputas como de seus resultados.

Assim, a problemática ora em exame não se restringe ao acesso, mas também à efetividade da justiça, abarcando não apenas o mencionado acesso do cidadão ao sistema de justiça, mas também (e, quiçá, principalmente) a qualidade material e temporal de “saída” destas estruturas, o que engloba questões como a duração razoável dos procedimentos e processos e a efetividade das tutelas, pautas que conformam os métodos consensuais.⁴² Aqui se está falando da necessidade de existência e de construção de mecanismos justos e eficientes que possibilitem o resultado adequado e tempestivo da experiência jurídica.

É especialmente em razão destes entendimentos e objetivos que a Defensoria Pública vem privilegiando a via da resolução extrajudicial dos conflitos sociais que chegam às suas portas, viés fortalecido pela nova

⁴⁰ SOARES JÚNIOR; GAVRONSKI; ARLÉ; ALMEIDA; OLIVEIRA; BADINI; BELTRAME; ROMANO; MORAES; BORGES; 2014, p. 45.

⁴¹ Sobre o papel da educação como elemento civilizatório e de concretização da cidadania da população vulnerável indica-se a obra dos Defensores Públicos Arion Escorsin de Godoy e Domingos Barroso da Costa, para quem a educação e a informação se constituem em objetivos centrais da Defensoria Pública, necessários a consecução das suas demais missões, uma vez que a consciência dos direitos é condição necessária ao exercício da autonomia e dos direitos que os assistidos titularizam, razão pela qual o Defensor Público deve reordenar a sua tarefa cotidiana, libertando-se do monopólio das lides burocráticas para alcançar o seu papel enquanto agente político que é diferente dos demais porque constitucionalmente vocacionado à transformação social (COSTA, Domingos Barroso da; GODOY, Arion Escorsin de. In: Educação em Direitos e Defensoria Pública: cidadania, democracia, atuação nos processos de transformação política, social e subjetiva. Curitiba: Juruá. 2014).

⁴² Refere José Eduardo Cardozo que “a concepção democrática do Direito impõe a união entre teoria e práxis, entre teoria e resultado, entre Direito e sua efetividade material. Os modelos teóricos explicativos devem atentar para esse binômio: Direito-efetividade” (CARDOZO, José Eduardo. O Acesso à Justiça no Brasil: desafios e perspectivas. In: Manual de Boas Práticas de Acesso à Justiça: Mercosul e Estados associados. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, 2012, p. 44-53).

codificação processual civil, como se passa a demonstrar.

2.2 OS MÉTODOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NA NOVA CODIFICAÇÃO PROCESSUAL CIVIL

Iniciando a análise dos meandros da nova codificação processual civil a partir de uma perspectiva política, salienta-se que a receptividade normativa e a priorização dos métodos autocompositivos de resoluções de controvérsias foram metas estabelecidas no II Pacto Republicano firmado em abril de 2009 pelos Presidentes dos três poderes da República. Dentre os objetivos estabelecidos, destaca-se o de aprimoramento da prestação jurisdicional pela prevenção de conflitos, para cuja realização todos os Poderes assumiram o compromisso de *“fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização”*. Isso institui a necessidade das políticas públicas (de iniciativas legislativas, judiciárias e administrativas) instaurarem um novo paradigma jurídico centrado em um processo mais informal, negocial e participativo.

A segunda perspectiva prefacial de exame passa pela breve análise⁴³ dos preceitos axio-deontológicos que conformam o regramento do CPC/15. Esta verificação deriva do reconhecimento de que os princípios de caracterizam como (i) mandamentos nucleares, alicerces e disposições fundamentais de um sistema;⁴⁴ (ii) padrões que devem ser observados porque se constituem em exigência de justiça, de equidade ou de dimensões variadas da moralidade;⁴⁵ ou (iii) verdades ou razões fundamentais que servem de garantia a um conjunto de juízos e conceitos relativos a dada porção da realidade.⁴⁶

Contudo, o principal fundamento para a análise dos princípios encontra-se no reconhecimento de que estas normas conformam os juízos de dever-ser concretizados pelas regras (as quais se passará posteriormente a

⁴³ Aqui pretende-se contextualizar o regramento acerca dos métodos de solução consensual de conflitos no contexto dos princípios do CPC/15, não se pretendendo efetivar um exame singular ou exaustivo de cada preceito.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. In: Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 747-748. Juarez Freitas defende os princípios como sendo *“diretrizes basilares do sistema jurídico, que se traduzem como disposições hierarquicamente superiores, do ponto de vista axiológico, às normas estritas (regras) e aos próprios valores (mais genéricos e indeterminados), sendo linhas mestras de acordo com as quais guiar-se-á o intérprete quando se defrontar com as antinomias jurídicas.”* (FREITAS, Juarez. In: A Interpretação Sistemática do Direito. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 56). Sobre a polissemia do termo: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. In: Direito Constitucional do Trabalho. V. 1, São Paulo: LTr, 2001, p. 73-74.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. In: Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

⁴⁶ REALE, Miguel. In: Filosofia do Direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60.

examinar),⁴⁷ uma vez que se constituem em “*mandados de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.*”⁴⁸

Enquanto mandados de otimização, os princípios detêm natureza deontológica, eis que se situam no plano do dever-ser, embora constituam-se em pautas axiológicas, eis que incorporam os valores ao Direito, fazendo a transferência do plano do *ser* (melhor) para o *dever-ser* (comportamento devido). Nessa passagem, ordenam prescritivamente que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (peculiaridades do caso concreto), constituindo-se em verdadeiros mandamentos elásticos do próprio Direito, pois caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, diferentemente do que ocorre com as regras. Assim, os princípios possuem a relevante função de definir a abertura e os limites do sistema,⁴⁹ aproximando o *ser* e o *dever-ser* que edificam o ordenamento⁵⁰, detendo, portanto, uma capacidade diretiva do sistema, onde se vislumbra uma atuação programática.

Dito isso, destaca-se que o CPC/15 foi normatizado com base em uma principiologia muito próxima das novas codificações brasileiras, do que são exemplos a Constituição Federal e o Código Civil,⁵¹ os quais promoveram um distanciamento dos vetores do individualismo e do patrimonialismo por meio de uma visão antropocêntrica do fenômeno jurídico, pela qual é alcançada a dimensão existencial da pessoa e a dimensão ética do Direito.

Esta nova vertente da ordem jurídica é construída por meio da adoção

⁴⁷ Embora se constituam em diretrizes basilares do sistema jurídico já na sua dimensão do *devido* (*dever-ser*), os princípios possuem uma baixa determinabilidade quando comparados com as regras, eis que não indicam claramente comportamentos e sanções, ou seja, as soluções não estão preconcebidas em seu enunciado, que é aberto em termos de hipótese e consequência de incidência da norma jurídica.

⁴⁸ ALEXY, Robert. In: Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86. Em concepção próxima, Karl Larenz, em oposição à idéia de *conceito*, define os princípios como sendo “*uma pauta aberta, carecida de concretização, e só plenamente apreensível nas suas concretizações (...)* *directivas de normação jurídica que, em virtude de sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas*” (LARENZ, Karl. In: Metodologia da Ciência do Direito. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1989, p. 200 e 577). Em distinção relevante (pois parte dos preceitos analisados possui natureza ambivalente, como por exemplo a boa-fé), ainda que breve, os valores constituem em *mandados de definição*, uma vez que definem o conteúdo das demais normas (princípios e regras). Enquanto os valores se situam no plano axiológico (*mundo do ser*) ou princípios se encontram no plano deontológico (*mundo do dever-ser*) (ALEXY, 1997, p. 141, 147; CANARIS, Claus-Wilhelm. In: Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Lisboa: Calouste, 1989, p. 86-87). Vale dizer: as pautas axiológicas dos valores devem ser traduzidas em pautas de *dever-ser* pelo Direito por meio dos princípios (como primeira espécie normativa de passagem) e das regras (como norma última definidora de *dever-ser*). Assim, o *ser* dos valores é incorporado ao Direito pelos princípios, cujas pautas de *dever-ser* (definição de comportamentos) é definitivamente concretizado pelas regras.

⁴⁹ LARENZ, 1989. p. 595; FREITAS, 2002. p. 144.

⁵⁰ FREITAS, 2002. p. 157.

⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da ‘Ética da Situação’. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 20, p. 211-260, 2001.

de determinados vetores. O primeiro a ser destacado é a diretriz da socialidade⁵² (solidarismo jurídico), que veio a modificar o pilar do individualismo por meio da prevalência dos interesses coletivos sobre os particulares, sem que sejam desconsiderados os valores inerentes à pessoa e os direitos subjetivos de natureza individual.⁵³ Deste paradigma resulta a chamada socialização dos modelos jurídicos, a qual impõe novo conteúdo aos institutos jurídicos⁵⁴ e a revisão das figuras e dos papéis desempenhados pelo sujeito em seu cotidiano (v.g. proprietário, contratante, empresário, pai e testador) e no âmbito processual (ex. autor, réu, recorrente, interveniente, etc.), onde sujeitos que ocupam os polos da relação passam a ser vistos não mais como adversários, mas como parceiros que estão em busca de algo em comum, que é a decisão judicial eficiente e justa, a qual somente será alcançada por meio da atitude colaborativa e leal de todos os atores processuais. Se a função social dos contratos, da empresa e da propriedade constituem a expressão da socialidade no Direito Privado,⁵⁵ os princípios da eficiência, da celeridade e da efetividade do contraditório consubstanciam este vetor no âmbito da codificação processual.⁵⁶

A segunda diretriz é a eticidade, por meio da qual o sistema abandona a inércia axiológica que, no paradigma oitocentista, o levou a abdicar de questionamentos éticos acerca das normas e do exercício de direitos subjetivos, em razão do formalismo advindo do positivismo jurídico. Esta concepção traz consigo a repersonalização do Direito, tanto quanto ao posicionamento do ser humano como fonte dos demais valores (visão antropocêntrica), quanto pela superação do formalismo jurídico por meio da prevalência dos critérios éticos sobre os formais no plano normativo⁵⁷ e hermenêutico.⁵⁸ No âmbito do processo civil constituem expressão da

⁵² BETTI, Emilio. In: *Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 355; REALE, Miguel. In: *O projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999; MARTINS-COSTA, Judith. In: *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 247; MIRAGEM, Bruno. In: *Diretrizes Interpretativas da Função Social do Contrato*. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 56. p. 22-45, out/dez 2005, p. 28.

⁵³ Miguel Reale chega a afirmar que “se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da socialidade” (REALE, 1999, p. 7). A partir da noção de eticidade as normas jurídicas deixam de serem consideradas um dado prévio para se tornarem elementos construídos no processo histórico e social, que se perfaz sob o jugo da cultura, remetendo à chamada ética da situação (MARTINS-COSTA, 2000, p. 247).

⁵⁴ Essa perspectiva pode ser referenciada com a instituição do abuso de direito pelo artigo 187 do CC, o qual contamina toda a ordem jurídica, inclusive os institutos processuais.

⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Novas Reflexões Sobre o Princípio da Função Social dos Contratos*. In: *Estudos de Direito do Consumidor*: separata. n. 7. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 2005, p. 51.

⁵⁶ Artigos 1º, 3º ao 7º, do CPC/15.

⁵⁷ No âmbito civilista, a eticidade é consubstanciada, exemplificativamente, nas seguintes disposições da codificação: (i) adoção da técnica legislativa das normas abertas (conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais); (ii) previsão dos direitos da personalidade; (iii) institutos como o estado de perigo, lesão e onerosidade excessiva (artigos 156, 157 e 478 do CC); (iv) princípios como o do equilíbrio econômico dos contratos; (v) interpretação dos negócios jurídicos conforme a boa-fé objetiva (artigo 113 do CC).

⁵⁸ Aqui se adota o paradigma pelo qual a hermenêutica passa a ser considerada como sendo um processo unitário envolvendo compreensão, interpretação e aplicação (GADAMER, Hans-Georg. In: *Verdade e Método*:

eticidade os princípios da boa-fé, da cooperação e da paridade de tratamento.⁵⁹

É em razão da adoção destes vetores que a nova codificação processual civil, em seu artigo 8º, determina a aplicação judicial do ordenamento jurídico atendendo-se aos fins sociais e às exigências do bem comum com resguardo dos seus valores, princípios (ex. dignidade da pessoa humana, legalidade, publicidade e eficiência) e postulados (v.g. proporcionalidade e razoabilidade).

Contudo, não obstante esta virada, parte significativa dos operadores jurídicos brasileiros continuam indelevelmente mergulhados em seus hábitos, num conjunto de crenças, práticas e pré-juízos arraigados a um paradigma oitocentista, como se tais fossem verdadeiros dogmas, fazendo com que permaneçam reféns da cotidianidade, que se traduz na expressão *como sempre o direito tem sido*,⁶⁰ o que resta por impedir a necessária releitura do fenômeno jurídico. Este é o risco que corre a nova codificação, a qual, apesar de impor um novo padrão ético-normativo, pode vir a ficar refém da aplicação inadequada de seus dispositivos. Apesar das normas processuais terem sido substancialmente alteradas em face da nova axiologia, podem continuar sendo aplicadas sob o viés adversativo tradicional da cultura jurídica do CPC/73.

Não sendo pretensão deste estudo esgotar o exame dos princípios do CPC/15 elencados nos artigos 1º e 3º ao 7º, cabe mencionar aqueles mais afetos à prática e a normatização das soluções consensuais de conflitos,

traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. v. 1, 7 ed., Petrópolis: Vozes, 2005, p. 406-407; GADAMER, Hans-Georg. In: Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. v. 2, 2 ed., Petrópolis: Vozes, 2004, p. 131). Eros Roberto Grau aponta que a separação entre interpretação e aplicação em duas etapas distintas decorre da equivocada concepção da primeira (interpretação) como mera operação de subsunção: texto (lei ou contrato) como premissa maior (produto de uma interpretação *in abstracto*) e pressupostos de fato (ação conforme ou não conforme ao texto normativo) como premissa menor (produto da aplicação ou de uma interpretação *in concreto*) (GRAU, Eros. In: Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 31, 87-88, 91 e 105). Porém, mesmo a chamada interpretação *in abstracto* envolve, necessariamente, a consideração de fatos, pois como refere Larenz, “*toda a aplicação da lei já é uma interpretação e o achamento do direito não é nunca um trabalho de subsunção*” (LARENZ, 1989, p. 163 e 333). Na verdade o intérprete somente discerne o sentido a partir e em virtude de um determinado caso, consistindo a interpretação exatamente na concreção da diretriz normativa (lei e contrato) em determinada hipótese fática, isto é, na sua aplicação. A partir desta *teoria da práxis da aplicação do direito* (que será ainda enfrentada neste tópico) a atividade interpretativa pode ser entendida como componente de uma produção prática, pois associa, em um amálgama hermenêutico, os planos dos elementos normativos (direito) e dos elementos reais ou empíricos (realidade) (ESSER, Josef. In: Precompreensione e Scelta del Metodo nel Processo di Individualizazione de Diritto, Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1983, p. 1; HESSE, Konrad. In: Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 62; LARENZ, 1989, p. 292; MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. In: Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 109 e 111).

⁵⁹ Artigos 1º, 3º ao 7º, do CPC/15.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. In: Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 38.

quais sejam, a razoável duração para a solução integral do mérito, a boa-fé objetiva, a cooperação, a paridade de tratamento e a efetividade do contraditório. Aplicados na forma da já mencionada regra do artigo 8º, os vetores axiológicos impõem uma nova visão do processo e do comportamento exigido das partes.

O procedimento passa a ser visto ainda mais pelo seu aspecto instrumental e próximo do direito material que se pretende realizar. No que respeita as partes que compõe o processo, a norma não mais os enxerga pelo viés abstrato, impondo uma visão concreta dos sujeitos no alcance das pretensões de paridade de tratamento e de efetividade do contraditório, o que depende da compensação das desigualdades fáticas. Ademais, como já salientado, a codificação processual enxerga autor e réu como parceiros que buscam uma decisão judicial eficiente e justa, abandonando o viés adversativo, individualista e não cooperativo que permeava o CPC/73, impondo deveres de cooperação, lealdade e probidade.

Nesse contexto, natural a previsão do artigo 3º, o qual estabelece a obrigatoriedade de promoção da conciliação, da mediação e de outros métodos de solução consensual de conflitos pelo Estado,⁶¹ e seu estímulo por todos os atores do processo (Defensores Públicos, Juizes, Advogados e Membros do Ministério Público), inclusive no curso do processo judicial. E para a concretização deste desiderato, a nova codificação estrutura o rito processual focado na pretensão de resolução não adversativa do conflito social,⁶² o que na maioria das situações se mostra a via mais adequada.⁶³ Em

⁶¹ Menciona-se a regra do artigo 42 do CPC/15, a qual possibilita às partes instituírem juízo arbitral.

⁶² A análise deste ensaio se centra no novo regramento do CPC/15, mas cabe destacar as normatizações e propostas existentes. A Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já garantia *o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade?*, prevendo o *incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação?*. Os grandes objetivos da resolução são: (i) disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços compositivos de qualidade; (ii) incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição; (iii) reafirmar a função do CNJ como agente apoiador da implantação de políticas públicas. Em termos práticos, a Resolução determinou que os Tribunais apresentassem organização interna voltada para a autocomposição dos conflitos, determinando a criação de "Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos", com a incumbência de desenvolver a política judiciária local, e de "Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania", com o intuito de realizar as sessões de conciliação e de mediação e apoiar os demais órgãos jurisdicionais nessa tarefa. A disposição normativa trata, ainda, da capacitação dos conciliadores e mediadores e apresenta um Código de Ética que disciplina os princípios de atuação e as regras de conduta desses profissionais. Em termos de regulamentação, destaca-se, ainda, o Modelo de Mediação e o Código de Ética do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA) e o Código de Ética do Fórum Nacional de Mediação (FONAME). Menciona-se, por fim, a existência do Projeto de Lei (PL) 7.169/14, o qual dispõe sobre a mediação entre particulares e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública, o qual está com Substitutivo já aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, apresentado em 07/04/2015 (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1198886>> Acesso em: 11.04.2015).

verdade, a grande novidade da nova codificação foi a de introduzir a mediação e a conciliação judicial como alternativa para a resolução de disputas já no âmbito do Judiciário, perseguindo este desiderado com afinco em todos os momentos do procedimento judicializado.

Inicialmente, cumpre frisar que o CPC/15 não define ou conceitua os procedimentos de mediação e conciliação.⁶⁴ Contudo, em seu artigo 165, parágrafos 2º e 3º, se filia aos entendimentos doutrinários ao posicionar o mediador como figura não interventiva e sem poder decisório, e o conciliador como facilitador que realiza interferências na busca e encorajamento da resolução de conflitos e na estruturação da decisão. Ademais, ao referir que o processo de mediação visa à compreensão das questões e dos interesses em conflito e o restabelecimento da comunicação, enfatiza que esta técnica não se centra primariamente na realização de um acordo, mas na resolução das desavenças entre os envolvidos, diferentemente do que ocorre na conciliação.

Já no que se refere à escolha da técnica a ser utilizada, o CPC/15 define que a mediação deve ser aplicada preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, priorizando a conciliação nos casos em que não houver este vínculo preexistente.⁶⁵

Sobre o tema, importante referir a liberdade concedida as partes para a conformação do procedimento, por meio dos seguintes preceitos normativos: (i) *princípio da liberdade das técnicas*, pelo qual é admitida “a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição”;⁶⁶ (ii) *princípio da liberdade das formas ou do procedimento*, o qual determina que “a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”;⁶⁷ (iii) *princípio da livre escolha do facilitador*, por meio do qual “as partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador (e) o

⁶³ A adequação do método é questão de primeira ordem. Ocorre que as consequências construtivas ou destrutivas dos conflitos derivam da maneira pela qual as partes envolvidas o administram, sendo fundamental a eleição do método mais adequado à resolução de cada situação conflituosa, o que depende da quantificação de diversas variáveis tais como as relações envolvidas, o estágio do conflito, a disponibilidade das partes, etc (KIRCHNER; ROSENBLATT; BARBOSA; CAVALCANTI; GOETTENAUER; 2014).

⁶⁴ Já o PL 7.169/14, em seu artigo 1º, parágrafo único, define a mediação como sendo “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.” Enfatizando a técnica, e não a figura do facilitador, a Diretiva 52/2008 do Conselho da União Européia e o *Uniform Mediation Act* definem mediação como sendo o processo estruturado no qual duas ou mais partes em litígio tentam, voluntariamente, alcançar por si mesmas um acordo sobre a resolução de seu litígio, com a ajuda de um mediador. Contudo, como estabelece Humberto Dalla Bernardina de Pinho, a “mediação é muito mais um conjunto de técnicas, experiências e hábitos culturais, que vão se estabelecendo na comunidade, do que uma definição teórica” (PINHO, 2015, p. 7), pensamento que remete ao ensinamento de Luis Alberto Warat, para quem o objetivo da mediação não seria o acordo, mas a mudança das pessoas e seus sentimentos (WARAT, 2001, p. 31).

⁶⁵ Artigo 165 parágrafos 2º e 3º, do CPC/15.

⁶⁶ Artigo 166, parágrafo 3º, do CPC/15.

⁶⁷ Artigo 166, parágrafo 4º, do CPC/15.

mediador”;⁶⁸ (iv) *princípio da livre escolha do órgão*, o determina que “as partes podem escolher, de comum acordo, (...) a câmara privada de conciliação e de mediação”;⁶⁹ (v) *princípio da inexistência de monopólio estatal*, uma vez que a existência de centros judiciários de solução consensual de conflitos vinculadas aos Tribunais não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais (como a Defensoria Pública), a câmaras privadas de conciliação e mediação ou realizadas por intermédio de profissionais independentes.⁷⁰

Adentrando no campo axiológico, o artigo 166 do CPC/15 institui a principiologia própria que rege os procedimentos de conciliação e de mediação, estabelecendo que as técnicas são informadas pelos seguintes preceitos, aqui analisados sumariamente: (i) a *independência* se refere a necessidade do facilitador não possuir vínculos (de amizade, trabalho ou parentesco) com as partes envolvidas, embora os partícipes detenham autonomia para desconsiderar a existência destas circunstâncias, mantendo o mediador ou o conciliador; (ii) a *imparcialidade* diz com a postura de neutralidade do facilitador durante o procedimento, de modo a assegurar aos participantes o tratamento equitativo, isento e neutro, em um ambiente pautado pela inexistência de favoritismos, preferências ou pré-conceitos; (iii) a *autonomia da vontade* indica que a atividade de mediação e de conciliação pressupõe a autodeterminação de pessoas capazes que devem exercer igual liberdade de pensamentos e ações, fazendo com que o facilitador se abstenha de tomar decisões pelos envolvidos ou de impor o acordo, mesmo no papel de conciliador; (iv) a *confidencialidade* diz com o compromisso de sigilo sobre todas as informações obtidas nas etapas consensuais, razão pela qual tudo que for desvelado durante o procedimento (v.g. dados, necessidades, sentimentos) não pode ser utilizado em qualquer outro ambiente, salvo mediante autorização expressa das partes;⁷¹ (v) a *oralidade* determina o uso da linguagem comum, evitando-se o linguajar técnico, o que denota que as partes são os reais protagonistas do procedimento, mesmo quando assistidos por Defensor Público ou Advogado; (vi) a *informalidade* se refere a flexibilidade na condução do processo e à desnecessidade deste ser documentado, exceção feita ao termo inicial e final do procedimento, onde será registrado o resultado obtido, sendo que as demais anotações efetuadas

⁶⁸ Artigo 168 do CPC/15.

⁶⁹ Artigo 168 do CPC/15.

⁷⁰ Artigo 175 do CPC/15. Relevante mencionar que as práticas negociais, de mediação e de conciliação não são monopólio dos técnicos, cabendo a concretização da facilitação consensual por todos aqueles que as partes destinarem esta tarefa, o que pode ocorrer no caso de um amigo em comum ou parente a quem as partes depositem confiança, credibilidade e apreço.

⁷¹ Em face deste preceito, o mediador e o conciliador não podem ser testemunhas do caso ou atuar como representante dos envolvidos em qualquer hipótese. Nesse sentido a regra do artigo 166, parágrafos 1º e 2º do CPC/15.

devem ser preferencialmente destruídas; (vii) a *decisão informada* se refere ao dever do facilitador de verificar se as partes envolvidas estão apropriadas das informações suficientes (com relação aos aspectos jurídicos, técnicos e fáticos) à tomada de decisões conscientes e razoáveis – busca-se que as partes tomem decisões qualificadas, as quais só existem por meio de uma reflexão necessária –, sendo possível a suspensão das sessões em caso de necessidade de suplementação das informações existentes ou de representação adequada (por Defensor Público ou Advogado).⁷²

Passando à análise das normas previstas na Parte Geral do CPC/15, menciona-se que a principal inovação trazida foi quanto à abertura do procedimento, a qual não mais ocorre com a necessidade do litígio, mas com a pretensão da resolução consensual. Nesse sentido, o artigo 319, inciso VII, determina que já na petição inicial o autor deverá indicar a opção pela realização ou não da audiência de conciliação ou de mediação.⁷³ Em face desta regra e da priorização da forma de solução consensual do conflito, entende-se pela necessidade de justificativa da parte que opta pela não realização deste ato. Contudo, cabe salientar que, não obstante a posição inicial do autor, o ato somente não será realizado se também o réu manifestar expressamente o desinteresse na composição consensual ou, ainda, quando o caso não admitir a autocomposição, nos termos do artigo 334, parágrafo 4º, incisos I e II, do CPC/15.

Como regramento geral o novo código institui, em seu artigo 335, que o prazo para o oferecimento da contestação tem como termo inicial a data da audiência de conciliação ou de mediação ou do protocolo do pedido de seu cancelamento pelo réu. Assim, o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação, e apenas em não havendo autocomposição começa a fluir o prazo para contestação. Nesse mesmo sentido as normas dos procedimentos da tutela antecipada e da tutela cautelar requeridas em caráter antecedente, conformem previsto, respectivamente, no artigo 303, incisos II e III, e no artigo 308, parágrafos 3º e 4º.

Em termos de estruturação geral da audiência de conciliação ou de

⁷² O PL 7.169/14, que dispõe sobre a mediação, em seu artigo 2º, elenca, ainda, os princípios da isonomia, da boa-fé e da busca do consenso. Sem pretensão de exaustividade, a doutrina indica, ainda, a conformação das atividade negocial pelos seguintes princípios: (i) voluntariedade; (ii) igualdade e diferença; (iii) confiança; (iv) equilíbrio; (v) não resistência ou não adversariedade; (vi) vinculação ao atendimento do interesse; (vii) autoridade dos mediadores; (viii) flexibilidade (MORAES, Paulo Valério Dal Pai; CORRÊA DE MORAES, Márcia Amaral. In: A Negociação Ética para Agentes Públicos e Advogados. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 89-126; SANTOS, Ricardo Goretti. In: Manual de Mediação de Conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2012, p. 144-145).

⁷³ Embora as técnicas necessitem da adesão voluntária das partes (concordância na adoção do meio de solução de conflitos), sabe-se que o uso dos mecanismos consensuais pode ocorrer (i) pela vontade das partes, (ii) por força de lei ou (iii) por determinação judicial (REUBEN, Richard. In: Constitutional Gravity: a unitary theory of alternative dispute resolution and public civil justice, UCLA L. Rev., vol. 47, p. 971-972).

mediação,⁷⁴ o artigo 334 estabelece sua realização com designação em prazo mínimo de 30 dias e citação do réu com pelo menos 20 dias de antecedência. Contudo, para a realização do ato o juiz deve tomar duas decisões. A primeira diz com o cabimento ou descabimento da técnica autocompositiva, nos termos do artigo 334, parágrafo 4º, inciso II, tendo em vista a natureza e as peculiaridades do caso concreto. Havendo possibilidade, compete ao magistrado definir a modalidade e a técnica a ser utilizada (mediação ou conciliação), para o que devem ser quantificadas as peculiaridades do caso, a opinião das partes (as quais também podem se manifestar acerca deste pormenor) e a existência ou inexistência de vínculo anterior entre as partes,⁷⁵ não se desconhecendo que a decisão também passará pela análise as condições estruturais do órgão jurisdicional onde tramita o processo.

Para realização da audiência – a qual pode se realizar na forma presencial ou por meio eletrônico⁷⁶ – o código menciona a presença do conciliador ou mediador, embora a participação destes não seja considerada obrigatória.⁷⁷ Diferentemente ocorre com a representação das partes, eis que o CPC/15 determina o seu acompanhamento por Defensores Públicos ou Advogados,⁷⁸ prevendo, ainda, a possibilidade da parte constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e/ou transigir.⁷⁹

O CPC/15 cuida, também, do estabelecimento de tempo mínimo para possibilitar a efetiva mediação ou conciliação das partes, definindo que a pauta das audiências será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 minutos entre o início de uma e o início da seguinte,⁸⁰ disposição que teleologicamente almeja evitar que o ato se constitua em uma instância

⁷⁴ Dois regramentos ínsitos na parte especial do CPC/15 merecem especial atenção. O primeiro diz com o procedimento de manutenção e da reintegração de posse, onde no artigo 565 está determinado que, “no litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias”, bem como que “concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação” (parágrafo 1º). O segundo se refere as ações de família, para as quais o artigo 694 determina que “todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”; sendo prevista, ainda, a possibilidade de suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar (artigo 694, parágrafo único) e a citação do réu para comparecimento à audiência de mediação e conciliação (artigo 695), a qual pode dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito em exame (artigo 696).

⁷⁵ Artigo 165 parágrafos 2º e 3º, do CPC/15.

⁷⁶ Artigo 334, parágrafo 7º, do CPC/15.

⁷⁷ Artigo 334, parágrafo 1º, do CPC/15.

⁷⁸ Artigo 334, parágrafo 9º, do CPC/15.

⁷⁹ Artigo 334, parágrafo 10, do CPC/15.

⁸⁰ Artigo 334, parágrafo 12, do CPC/15.

meramente burocrática e formal.⁸¹ Em verdade o prazo já deve ser fixado com base nas circunstancialidades do caso (complexidade do conflito, número de participantes, etc.), as quais podem desde já indicar a necessidade de um tempo maior para a realização da audiência. Deve-se reconhecer, contudo, que o prazo mínimo fixado se constitui, na maioria dos casos, em tempo exíguo para a realização dos atos de conciliação e, principalmente, de mediação. Assim, a codificação processual prevê, em caso de necessidade, a realização de mais de uma sessão para a concretização do acordo ou do consenso.⁸²

Como o CPC/15 determina que o ato não será realizado se ambas as partes expressamente manifestarem desinteresse na composição consensual,⁸³ o autor deve indicar a desnecessidade da composição na petição inicial e o réu em petição apresentada com até 10 dias de antecedência da audiência.⁸⁴ Em havendo litisconsórcio, o desinteresse deve ser manifestado por todos os litisconsortes, sendo que a existência de algum interessado determina a realização do ato.

No que respeita a atuação da Defensoria Pública, tem-se que a aplicação do disposto no artigo 334, parágrafo 3º, que prevê a possibilidade de intimação do autor para a audiência na pessoa de seu advogado,⁸⁵ deve ser conformada com a regra do artigo 186, parágrafo 2º, a qual determina que *"a requerimento da Defensoria Pública, o juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada"*,⁸⁶ o que

⁸¹ Como se percebe no cotidiano forense, em especial nos Juizados Especiais Cíveis, onde as audiências de conciliação usualmente iniciam e terminam mecanicamente mediante um único questionamento às partes: *"tem acordo?"*

⁸² Artigo 334, parágrafo 2º, do CPC/15.

⁸³ Artigo 334, parágrafo 4º, inciso I, do CPC/15.

⁸⁴ Artigo 334, parágrafo 5º, do CPC/15.

⁸⁵ O artigo 186, parágrafo 1º, do CPC/15, institui a garantia da intimação pessoal do defensor público, o que não se constitui em novidade, eis que esta garantia já se encontrava prevista nos incisos I dos artigos 44, 89 e 128, todos da LC 80/94. A remissão da regra mencionada ao artigo 183, parágrafo 1º, permite que a intimação pessoal ocorra *"por carga, remessa ou meio eletrônico"*. Sendo a carga e a remessa dos autos meios de intimação pessoal próprios, surge a celeuma quanto ao meio eletrônico, uma vez que a Lei 11.419/06, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, permite a intimação ficta (artigo 4º, § 3º). Não se desconhecendo entendimentos e decisões em contrário, defende-se que o cumprimento da garantia da intimação pessoal dos Defensores Públicos somente se concretiza com a efetiva consulta eletrônica ao teor da intimação pelo agente, não se admitindo a forma ficta, tanto porque esta não concretiza a cientificação pessoal, quanto pelo fato de que a LC 80/94 garante a entrega dos autos com vista, impelindo a ciência a efetiva do conteúdo processual.

⁸⁶ Menciona-se que esta norma não se trata de benefício, mas antes vem a conformar uma necessidade prática, pois existe dificuldade de comunicação com parcela significativa dos assistidos, os quais, com muita frequência, trocam de domicílio e de instrumentos de contato (ex. telefone e endereço eletrônico) sem a competente comunicação à Instituição. Assim, a regra obstaculiza que o ônus para a realização do ato seja transferido ao Defensor Público que, como dito, em muitas situações se vê impossibilitado de atender a determinação judicial pela impossibilidade de contato com a parte assistida. Contudo, entende-se que o requerimento formulado pelo Defensor Público, para que haja intimação pessoal da parte, deve ser formulado com parcimônia, eis que deve ficar restrito as hipóteses em que haja uma efetiva impossibilidade de

inequivocamente se aplica a situação em exame.

Importante mencionar que o direito a realização do ato não deve ser utilizado pelas partes com a finalidade de procrastinar o andamento do processo, tendo em vista os preceitos da boa-fé objetiva e da cooperação, os quais impõe uma conduta pautada na lealdade processual. Evidenciado o intuito de truncar o andamento do procedimento, cabe ao magistrado sancionar tal comportamento.

Havendo apazamento da audiência de conciliação ou de mediação, o não comparecimento injustificado do autor ou do réu é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será punido com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.⁸⁷

Em termos de resultado, o CPC/15 determina que a autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença,⁸⁸ tornando-se título executivo judicial passível de execução imediata em caso de descumprimento.

Cabe frisar, ainda, que a priorização da conciliação e da mediação não se resume à audiência de conciliação ou de mediação, pois a resolução do conflito pelos métodos de solução consensual deve ser oportunizado a todo momento e em todos os atos processuais. Nesse sentido, o artigo 359 determina que, instalada a audiência de instrução e julgamento, *"o juiz deve tentar conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem."*

Contudo, o CPC/15 não se limita a estabelecer o regramento procedimental dos métodos de solução consensual dos conflitos, adentrando também na esfera da institucionalização das estruturas necessárias para este mister. Nesse sentido, para além da situação específica da mediação e da conciliação no âmbito administrativo,⁸⁹ o código estabelece a obrigatoriedade dos tribunais criarem centros judiciários de solução consensual de conflitos – com organização definida por cada Tribunal, levando em consideração as peculiaridades locais, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça

comunicação com a parte assistida pelos meios ordinários (v.g. telefone e endereço eletrônico). Dito de outra forma, a regra do artigo 186, parágrafo 2º, do CPC/15, não se constitui em regra genérica a ser aplicada preventivamente a todos os atos judiciais.

⁸⁷ Artigo 334, parágrafo 8º, do CPC/15.

⁸⁸ Artigo 334, parágrafo 11, do CPC/15.

⁸⁹ O artigo 174, assim determina: *"a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta."*

–, os quais serão responsáveis tanto pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, quanto pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.⁹⁰

Ademais, a nova codificação estabelece que tanto os facilitadores (conciliadores e mediadores) quanto os órgãos (aqui englobando as estruturas particulares como as câmaras privadas de conciliação e mediação)⁹¹ podem ser inscritos em cadastro nacional e em cadastro de Tribunal, mantendo-se rol de profissionais habilitados⁹² com indicação de sua respectiva área profissional.⁹³ A mencionada inscrição depende⁹⁴ de capacitação mínima alcançada por meio de curso realizado por entidade credenciada,⁹⁵ e servirá para a formação de lista a ser utilizada na distribuição dos casos, estruturada com base nas diversas áreas de especialização profissional.⁹⁶

Contudo, não é obrigatória a inscrição dos facilitadores no cadastro supramencionado, eis que o artigo 168, parágrafo 1º, do CPC/15, estabelece que *“o conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal”*. Tendo sendo instituída a liberalidade das partes escolherem seus facilitadores, a norma preferiu não restringir a escolha a cadastramento prévio, o que limitaria as possibilidades das partes, implicando

⁹⁰ Artigo 165 do CPC/15.

⁹¹ Importante mencionar que o artigo 175 do CPC/15 determina que o regramento sobre os centros judiciários de solução consensual de conflitos (artigos 165 a 174 do novo códex processual) *“não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica”*, determinando, ainda, a aplicação subsidiária das regras da nova lei de processo civil às câmaras privadas de conciliação e mediação.

⁹² As hipóteses de exclusão do cadastro de conciliadores e mediadores se encontram previstas no artigo 173 do CPC/15.

⁹³ Artigo 167 do CPC/15. Em regra polêmica – vislumbrando-se possível ofensa ao princípio constitucional da livre iniciativa – o artigo 169, parágrafo 2º, estabelece que *“os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.”*

⁹⁴ Menciona-se que a inscrição poderá ser precedida de concurso público quando o tribunal optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores (artigo 167, parágrafos 2º e 6º, do CPC/15).

⁹⁵ Conforme parâmetros curriculares definidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, conforme regra do artigo 167, parágrafo 2º, do CPC/15.

⁹⁶ Artigo 167, parágrafos 1º e 2º. O CPC/15 prevê, ainda, que no cadastro dos conciliadores e dos mediadores constará todos os dados relevantes para a sua atuação (ex. número de processos de que participou, sucesso ou insucesso da atividade, matéria sobre a qual versou a controvérsia), os quais deverão ser classificados e publicados anualmente. Sobre esta necessidade de “ranqueamento”, assim se posiciona Humberto Dalla Bernardina Pinho: *“É digno de elogio esse dispositivo por criar uma forma de controle externo do trabalho do mediador, bem como dar mais transparência a seu ofício. Por outro lado, é preciso que não permitamos certos exageros. Não se pode chegar ao extremo de ranquear os mediadores, baseando-se apenas em premissas numéricas. Um mediador que faz 5 acordos numa semana pode não ser tão eficiente assim. Aquele que faz apenas uma, pode alcançar níveis mais profundos de comprometimento e de conscientização entre as partes envolvidas. Da mesma forma, um mediador que tem um ranking de participação em 10 mediações, tendo alcançado o acordo em todas, pode não ser tão eficiente assim. É possível que tenha enfrentado casos em que as partes já tivessem uma pré-disposição ao acordo ou mesmo que o ‘nó a ser desatado não estivesse tão apertado’. Me preocupa muito a ideia do apego às estatísticas e a busca frenética de resultados rápidos. Esses conceitos são absolutamente incompatíveis com a mediação.”* (PINHO, 2015, p. 14-15).

em alguns casos na perda de confiabilidade no procedimento. Porém, inexistindo acordo quanto à escolha, haverá distribuição entre os facilitadores cadastrados no registro do Tribunal, observada a respectiva formação e a necessidade de designação de mais de um mediador ou conciliador.⁹⁷

Quanto à atividade do conciliador e do mediador, cumpre frisar, ainda, que o código processual estabelece regras acerca do seu impedimento e suspeição,⁹⁸ impossibilidade temporária para o exercício da função,⁹⁹ e prazo para que possa assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes envolvidas em atividade onde atuaram.¹⁰⁰

Posicionado o tema na interseção com a garantia do acesso a justiça, e analisadas as regras da nova codificação processual acerca dos métodos de solução consensual de conflitos, cumpre iniciar o exame do papel da Defensoria Pública na promoção dos métodos não adversativos.

3 O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA PROMOÇÃO DOS MÉTODOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

Analisada a priorização dos métodos de solução consensual de conflitos pelo CPC/15, os quais passam a ser obrigatoriamente promovidos pelo Estado e estimulados por todos os atores, inclusive no curso do processo judicial (artigo 3º), passa-se ao exame do papel da Defensoria Pública na concretização deste desiderato, reconhecendo-se, desde já, a convergência da disposição processual com a lei orgânica da Instituição, a qual não apenas determina o estímulo à prática não adversativa, mas condiciona como função institucional a promoção prioritária da solução extrajudicial dos litígios, para o que a Defensoria Pública já nasceu vocacionada (artigo 4º, inciso II, da LC 80/94).

3.1 O MOVIMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA: DA JUSTIÇA GRATUITA AO SISTEMA DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL

Na análise do papel da Defensoria Pública na promoção dos métodos de solução consensual de conflitos inicia-se novamente pela conexão do tema com a problemática do acesso à justiça.

Devido a sua importância, hoje se verifica, em escala global, um irrefreável movimento de busca pela concretização do acesso à justiça, de cujas experiências se extrai o sucesso da experiência latino-americana de

⁹⁷ Artigo 168, parágrafos 2º e 3º, do CPC/15.

⁹⁸ Artigos 170 e 173, inciso II, do CPC/15.

⁹⁹ Artigo 171 do CPC/15.

¹⁰⁰ O prazo de um ano está estabelecido no artigo 172 do CPC/15.

Defensorias Públicas e o modelo constitucional adotado no Brasil de constituição de uma Instituição de Estado autônoma e vocacionada ao acesso à justiça. O direito à assistência jurídica, na condição de corolário da garantia do acesso à justiça, decorre tanto de uma gama de direitos constitucionais (v.g. dignidade da pessoa humana e isonomia), quanto dos próprios fundamentos e objetivos fundamentais da República (artigos 1º e 3º).

Sobre o tema, imperioso mencionar o paradigma teórico desenvolvido por Mauro Capelletti e Bryant Garth, no clássico “Acesso à Justiça”¹⁰¹, no qual foram apresentadas as três ondas renovatórias da sistemática processual civil. Esse paradigma teórico identifica um primeiro movimento relacionado à estruturação institucional de meios para o acesso, um segundo relativo à proteção aos interesses difusos da nova sociedade de massas¹⁰², e um terceiro vinculado à busca pela efetividade da tutela jurisdicional,¹⁰³ etapas verificadas de maneira bastante marcante no cenário nacional.

Neste momento do estudo interessa verificar a consolidação da primeira onda renovatória, que vai da criação do instituto da *justiça gratuita* pela Lei 1.060/50 (mero direito à gratuidade das custas e despesas processuais) até a consolidação dos sistemas de assistência. O primeiro destes é a *assistência judiciária*, que compreende as diversas organizações estatais e paraestatais que garantem a indicação de advogados aos pobres (ex. serviços de assistência universitários e convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil), sistema que foi sucedido pela *assistência jurídica*, que abarca a atividade anterior, mas agrega serviços jurídicos não relacionados ao processo (ex. orientação e composição extrajudicial de conflitos). Porém, este primeiro movimento somente se conclui com a consolidação do sistema da *assistência jurídica integral*, havida com a criação da Defensoria Pública, carreira de Estado compromissada institucionalmente com a questão do

¹⁰¹ CAPPELLETTI, GARTH, 1988.

¹⁰² A *segunda onda renovatória* diz com a proteção aos interesses difusos da nova sociedade de massas, derivados de uma realidade socioeconômica que demonstrou que até mesmo os institutos relativos à assistência jurídica (provenientes da primeira onda) eram insuficientes. Ocorre que a fragmentação dos conflitos desencoraja a busca individual da reparação, havendo uma inequívoca necessidade de criação de instrumentos de proteção coletiva. Esta vertente está bem representada no Brasil na edição das Leis ns.º 7.347/85 e 8.078/90 e da Lei Complementar n.º 80/94, as quais inserem a proteção dos interesses difusos no processo civil, em uma tentativa (ainda incipiente) de superação das suas bases individualistas.

¹⁰³ A busca pela efetivação das técnicas consensuais de resolução de conflitos se situa no âmbito da *terceira onda renovatória*, voltada à busca pela efetividade da tutela jurisdicional e a simplificação dos procedimentos. A título complementar, destaca-se que, no âmbito do processo civil brasileiro, este movimento é verificado na implementação dos Juizados Especiais pelas Leis 9.099/95 e 10.259/01 e nas diversas reformas internas que promoveram a consolidação da instrumentalidade das formas, a reaproximação entre direito material e processual e a criação dos institutos das tutelas de urgência e inibitórias. Já no plano constitucional, cabe mencionar a previsão do princípio constitucional da eficiência (artigo 37) e a normatização da garantia fundamental da celeridade processual (artigo 5º, inciso LXXVIII).

acesso à justiça, e não apenas com o acesso formal ao Poder Judiciário.¹⁰⁴

Assim, os sistemas de assistência se sobrepõem, no sentido de que o florescimento de uma forma mais nova e eficiente – tal como a assistência jurídica integral prestada pela Defensoria Pública – não acaba com os sistemas anteriores (assistência judiciária e jurídica), os quais continuam existindo dentro de uma perspectiva limitada. Nesse sentido a existência da figura do advogado dativo, hoje admissível apenas nas situações em que a Defensoria Pública não se encontra estruturada, por força da regra do artigo 4º, parágrafo 5º, da LC 80/94, e do princípio do defensor público natural, previsto no art. 4º-A, inciso IV, da mesma legislação.¹⁰⁵

Contudo, a sobreposição dos sistemas, que em grande medida é natural e desejável, provoca uma série de leituras equivocadas da garantia constitucional do acesso à justiça,¹⁰⁶ o que ocorre, exemplificativamente, com a concretização do sistema da assistência jurídica integral centrada nos paradigmas do instituto da justiça gratuita da Lei 1.060/50.¹⁰⁷ Esta imprecisão traz consequências indesejáveis na práxis jurídica, como ocorre com entendimentos de que a Defensoria Pública só atua quando o assistido é beneficiário da gratuidade da justiça, alcançando ainda a própria configuração do cidadão assistido pela Defensoria Pública, problemática que será enfrentada em oportunidade própria e que redundará na definição de quem poderá passar pelos serviços de mediação e de conciliação propostas e mantidos pela Instituição.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Importante mencionar que aqui se está enfocando um pequeno viés dos serviços da advocacia privada, que é a atuação *pro bono* ou a institucionalização acadêmica destes serviços, sendo de todo evidente que a representação por meio de advogado particular consubstancia integralmente a cláusula geral do acesso à justiça.

¹⁰⁵ O Defensor Dativo garante apenas o acesso ao Poder Judiciário, enquanto o Defensor Público garante ao seu assistido, e à sociedade representada coletivamente, o mais amplo acesso à justiça. Vislumbrando o processo criminal, Luigi Ferrajoli refere que a defesa dativa e o gratuito patrocínio não passam de “*simulacros de defesa*”, visto que “*inidônea a garantir efetividade ao direito de defesa*”, razão pela qual deve-se reconhecer “*o caráter de direito fundamental e, assim, universal do direito de defesa: cuja atuação, justamente porque se trata de um direito fundamental, não pode ser confiada à lógica de mercado como se fosse um direito patrimonial*” (FERRAJOLI, Luigi. In: Os Fundamentos Teóricos da Defesa Pública. No Prelo, 2009. Texto utilizado na palestra proferida no Estado do Rio Grande do Sul em novembro de 2009, promovida pela Fundação Escola Superior da Defensoria Pública [FESDEP] e Escola Superior da Advocacia [ESA]).

¹⁰⁶ Nesse viés, a garantia constitucional do acesso à justiça depende da análise sistemática dos incisos XXXV e LXXIV do artigo 5º, com a disposição do artigo 134, todos da CRFB/88, pois apenas esta apreensão sistêmica abarca o projeto constitucional programático de 1988.

¹⁰⁷ Exemplo disso está na regra do artigo 565, § 2º, do CPC/15, a qual estabelece o chamamento da Defensoria Pública para comparecimento à audiência de mediação nos litígios coletivos pela posse de imóveis “*sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça*”. Para além de ser salutar o comparecimento da Instituição em litígios coletivos de índole nitidamente social, na condição de ente com legitimação extraordinária para propositura de ações e medidas transindividuais e Instituição que vela pela vulnerabilidade social no contexto da luta pela moradia e terra, o liame de vinculação estabelecido na norma não foi o mais feliz, uma vez que a simples concessão do benefício da gratuidade da justiça não induz a participação da Defensoria Pública.

¹⁰⁸ Esta se trata de questão relevante, pois são inúmeras as situações em que sujeitos não vulneráveis do ponto de vista econômico seriam elencados no processo de resolução consensual.

3.2 O PROTAGONISMO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O artigo 134 da CRFB/88 e o artigo 1º da LC 80/94 determinam que “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”.

O recorte de análise deste ensaio se dá na inserção da Instituição no Estado Democrático de Direito sob o viés da garantia do acesso à justiça, mais especificamente em suas funções atinentes à resolução consensual dos conflitos. Contudo, vale ressaltar que a Lei Complementar n.º 132/09 promoveu uma verdadeira reestruturação não apenas na organização interna das Defensorias Públicas, mas também da estrutura do Estado Brasileiro.¹⁰⁹

Em termos de sua constituição, sinala-se que a Defensoria Pública possui como característica se constituir em: (i) expressão e instrumento do regime democrático; (ii) instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado; (iii) instituição autônoma (sem vinculação e dependência hierárquica, com orçamento próprio e com iniciativa de lei em alguns Estados). A partir desta conformação, surgem três grandes missões e atribuições: (i) promoção dos direitos humanos; (ii) assistência jurídica individual (nos âmbitos judicial e extrajudicial); (iii) representação coletiva da sociedade (nos âmbitos judicial e extrajudicial).

Dessa inserção (até mesmo simbólica) surge um novo ideal utópico para o Estado Democrático de Direito: o Estado que se constrói historicamente como um verdadeiro Inquisidor, agora deve se transformar, também, em um Estado Defensor, que sirva como freio e contrapeso (*checks and balances*) às situações de violação e de violência estatal e de promoção dos Direitos Humanos.¹¹⁰ O projeto normativo é de construção de um Estado que não se limite a acusar e julgar os seus cidadãos, mas que efetivamente os enxergue, acolha, entenda, proteja e defenda. A consecução desta tarefa depende de uma visão de alteridade (olhar para o *alter*, suas circunstâncias e

¹⁰⁹ Como refere Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa, “a teoria da proibição de insuficiência (Untermaßverbotstheorie), cunhada por Claus-Wilhelm Canaris e originária do direito alemão, estatui que a obrigação de proteção dos direitos fundamentais (gundrechtliche Schutzpflicht) impõe ao Estado o dever de editar as regras e técnicas aptas a garantir a sua eficácia mínima. Sendo assim, passou a ser ônus do Estado viabilizar à população desprovida de recursos a garantia de acesso à Justiça, impedindo que a insuficiência financeira e as vulnerabilidades organizacionais se transformem num óbice intransponível ao cidadão carente” (KIRCHNER; ROSENBLATT; BARBOSA; CAVALCANTI; GOETTENAUER; 2014).

¹¹⁰ Esta afirmação não quer obscurecer o fato de que a Defensoria Pública, enquanto Instituição de Estado que presta serviço público fundamental, pode se constituir, também, em violadora dos Direitos Humanos de seus assistidos, principalmente quando apresenta deficiência na prestação de seus serviços.

interesses),¹¹¹ o que é ponto primordial para a consecução de qualquer medida de resolução de conflitos sob a ótica não adversarial.

Se a Defensoria Pública não poderia existir em um Estado totalitário e violador de Direitos Humanos (e nisso percebe-se que a Instituição é fruto e se encontra em estado de dependência da consolidação dos ideais democráticos), deve ser reconhecido que não existe democracia legítima sem uma Defensoria Pública consolidada, forte e atuante.¹¹² Não é por outra razão que o artigo 3º-A da LC 80/94 (com a redação dada pela LC 132/09) traz os seguintes objetivos da Defensoria Pública: (i) primazia da dignidade da pessoa humana; (ii) afirmação do Estado Democrático de Direito; (iii) prevalência e efetividade dos Direitos Humanos; (iv) garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.¹¹³

Se a concretização do acesso à justiça e da realização dos Direitos Humanos deva ser tarefa de todas as estruturas de Estado, o legislador não se imiscuiu em definir tal responsabilidade de forma difusa, mas antes atribuiu esta gigantesca e nobre missão à Defensoria Pública. E o fez bem. Não apenas porque sua tarefa não é acusatória (e, portanto, não chancela, sequer teoricamente, a violência estatal),¹¹⁴ mas porque concretiza as mais basilares ações afirmativas (discriminação positiva) a serem promovidas no âmbito de um Estado Democrático de Direito. E isso é feito atendimento a atendimento, ação a ação, transformando a sociedade de forma pacífica. Todas as atividades que visam a alcançar materialmente um padrão mínimo aceitável de isonomia dependem da inclusão jurídica dos hipossuficientes organizacionais (econômicos, sociais e/ou culturais), em observância ao disposto nos artigos 5º, inciso LXXIV, e 134 da CRFB/88. Conforme o modelo constitucional vigente, a passagem do Estado Brasileiro de um modelo de exclusão social para um modelo que ampare a construção de uma sociedade solidária passa, necessariamente, pela atuação do Defensor Público.

¹¹¹ É simbólico, e cabe ressaltar, que dentre os Poderes (Judiciário) e Instituições autônomas (Ministério Público) que compõe o sistema de justiça, a Defensoria Pública é a única designada pelo gênero feminino.

¹¹² No II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, promovido em 2006 pelo Ministério da Justiça e pelo Programa das Nações Unidas pelo Desenvolvimento (PNUD), o então Ministro Marcio Thomaz Bastos refere que *“as instituições sólidas são os instrumentos que as democracias têm para se realizar enquanto tais. E as democracias, para abandonarem o rótulo de democracias formais, se tornando verdadeiras democracias de massas, devem construir instituições que consigam garantir a todos, sem discriminações, os direitos previstos nas constituições democraticamente escritas. (...) Não mais podemos nos preocupar só com o Estado Julgador e com o Estado Acusador, em detrimento do Estado Defensor”* (BRASIL. In: II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtkite/downloads/Diag_defensoria_II.pdf> Acesso em: 18.05.2010).

¹¹³ Conforme estabelecem Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva, os *“objetivos elencados no art. 3º-A da LC 80/1994 designam os propósitos a serem satisfeitos pela atuação funcional da Defensoria Pública”* (ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. In: Princípios institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013 (Defensoria Pública da União). Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 315).

¹¹⁴ Contudo, cumpre reconhecer que também a Defensoria Pública pode se constituir em instância de violação dos Direitos Humanos, mormente quando se omite na concretização de suas funções institucionais.

É por isso que “a Defensoria Pública, ontologicamente, deve estar mais próxima da sociedade que do próprio Estado, considerado na sua totalidade, do Poder Judiciário, inclusive”¹¹⁵, pois é a Defensoria Pública a voz e a guardiã dos direitos do povo. Nesse sentido o entendimento de Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa:

O dever de prestar assistência jurídica gratuita há de ser interpretado de maneira bastante abrangente, significando um compromisso inarredável da instituição no sentido de possibilitar à população carente o acesso efetivo não ao Poder Judiciário simplesmente, mas à Justiça Social e aos direitos sufragados na Carta Constitucional. É por essa razão que a Defensoria Pública está situada na macroestrutura do sistema de direitos e garantias fundamentais, atuando fidedignamente para incluir os excluídos, defender os indefesos, possibilitar o acesso aos direitos projetados na lei constitucional aos dela alijados.¹¹⁶

Possuindo o objetivo de viabilizar aos necessitados o amplo acesso à ordem jurídica justa, as funções da Instituição devem ser interpretadas de forma ampla, abrangendo toda e qualquer atividade de orientação jurídica e de defesa dos interesses dos necessitados, tanto na esfera judicial quanto na esfera administrativa,¹¹⁷ sendo hialino o papel da Instituição no fomento dos métodos de solução consensual de conflitos.

3.3 O ASSISTIDO DA DEFENSORIA PÚBLICA: A (RE)SIGNIFICAÇÃO DOS CONCEITOS DE HIPOSSUFICIÊNCIA E NECESSIDADE POR MEIO DA DIMENSÃO EXISTENCIAL E NORMATIVA DOS TERMOS

Da simples análise do desenvolvimento histórico da estruturação institucional de meios para o acesso à justiça, é facilmente perceptível que o conceito de justiça gratuita não é sinônimo e não conforma o instituto da assistência jurídica integral. Enquanto aquele está focado em questões econômicas e pecuniárias, este não está exclusivamente matizado por estes vetores, fazendo com que a Defensoria Pública preste seus serviços não apenas aos necessitados de recursos financeiros, mas aos necessitados organizacionais.

Cumprido salientar, inicialmente, que o atendimento de indivíduos em situação de vulnerabilidade, independentemente da sua situação econômica, não é novidade para a Defensoria Pública. Já está mais do que sedimentada na praxis forense a atuação da Instituição na *defesa do réu sem advogado na área criminal e na seara da curadoria especial no juízo cível*

¹¹⁵ RÉ, Aluísio lunes Monti Ruggieri. In: Manual do Defensor Público: teoria e prática. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 100.

¹¹⁶ KIRCHNER; ROSENBLATT; BARBOSA; CAVALCANTI; GOETTENAUER; 2014.

¹¹⁷ ESTEVES; SILVA; 2014, p. 333.

independentemente da renda da parte assistida. Assim, a atuação da Instituição já consolidou a diferenciação existente entre necessidade econômica e necessidade jurídica. Assim, aqui se está a falar, apenas, na redesignação deste foco de atendimento, o qual se centra na nova conformação da Instituição e no seu posicionamento em nosso Estado Democrático de Direito, pautas antes analisadas.

Os conceitos constitucionais de “necessidade” e “insuficiência de recursos” (artigos 5º, LXXIV e 134, da CRFB/88), bem como a designação legal de “hipossuficiência” (artigo 4º, VII, da LC 80/94), não promovem uma restrição conceitual à dimensão econômica do indivíduo, o que advém, única e exclusivamente, de uma leitura incorretamente centrada no paradigma da Lei n.º 1.060/50, a qual adota o paradigma econômico por estar historicamente condicionada ao sistema da justiça gratuita, garantidora apenas do direito à gratuidade das custas e despesas processuais. Contudo, como visto, a atuação da Defensoria Pública contempla e concretiza a assistência jurídica integral, a qual não se encontra restrita apenas à proteção dos desvalidos econômicos, ainda mais quando hoje a Instituição está legal e institucionalmente compromissada com a proteção dos Direitos Humanos. Deve-se alcançar o correto significado hermenêutico das expressões por intermédio de uma análise existencial (fática, concreta e situada) da pessoa humana e de sua existência sociocultural.

Cabe repisar, por absolutamente relevante, que a Constituição Federal, em nenhum momento, quando disciplina os termos “necessidade” e “insuficiência de recursos”, os restringe ao viés econômico. Assim, a Carta Magna jamais refere que a atuação da Defensoria Pública está condicionada à orientação dos “necessitados econômicos” ou daqueles que apresentarem “insuficiência de recursos econômicos”, sendo a inexistência de limitação expressa ao viés econômico inequívoca do ponto de vista hermenêutico. O “mutismo” da Constituição¹¹⁸ acerca da vinculação econômica dos conceitos de “necessidade” e “insuficiência de recursos” é hermeneuticamente significante, e não pode ser desprezado. Se a Constituição Federal não restringiu expressamente, descabe ao intérprete fazê-lo.

Ainda que não se admita ter sido essa a intenção (deliberada ou mediata) do legislador constituinte, não se pode pretender colocar na Constituição palavras e proposições que esta não possui.¹¹⁹ No campo da atividade hermenêutica subsiste o que se chama de força vinculante do objeto

¹¹⁸ Expressão cunhada pelo Ministro Ayres Britto no voto lançado na ADIN 3.510.

¹¹⁹ A perspectiva do pertencimento do intérprete ao objeto ou norma interpretada é ponto relativamente pacífico na seara hermenêutica, tanto para a corrente metodológica (BETTI, 2007, p. XLIV; BETTI, Emilio. In: Teoria Generale della Interpretazione. 2 ed., v. 1, Milano: Giuffrè, 1990, p. 305) quanto para a teoria filosófica (GADAMER, 2005, p. 355-358, 385-386 e 472; GADAMER, 2004, p. 331).

interpretado, o qual diz diretamente com o primado do texto normativo.¹²⁰ Em face disso, o intérprete deve exercitar um prudente positivismo¹²¹, pois a declaração legal surge como limite à mutação normativa que deriva da alteração das relações fáticas e axiológicas. O sentido literal possível da norma jurídica (aqui constitucional) surge como limite à interpretação (base semântica possível de significação), detendo uma dupla missão: é ponto de partida para a indagação do sentido e traça, ao mesmo tempo, os limites da atividade interpretativa. O primado do texto indica que uma exegese que não se situe no âmbito do sentido literal possível da norma¹²² já não é propriamente interpretação, mas, sim, modificação de sentido, o que foge à competência do operador jurídico.¹²³

O fato da Constituição Federal não restringir expressamente os conceitos de “necessidade” e “insuficiência de recursos” ao plano econômico não deriva de um “esquecimento” ou “omissão” do legislador constituinte. Em verdade, trata-se de uma deliberada demonstração de que tais conceitos alcançaram a “necessidade” derivada da “insuficiência de recursos” materiais, culturais, sociais, técnicos, étnicos, etc. Ou seja, a Constituição inequivocamente determina a aplicação da noção de hipossuficiência organizacional. Nesse sentido o entendimento da Ilustre Professora Ada Pellegrini Grinover: *“a exegese do texto constitucional, que adota um conceito jurídico indeterminado, autoriza o entendimento de que o termo necessitados abrange não apenas os economicamente necessitados, mas também os necessitados do ponto de vista organizacional, ou seja, os socialmente vulneráveis”*.¹²⁴

Ainda que se entenda que a constituição apenas “permita” a adoção do conceito de hipossuficiência organizacional (sendo inequívoco que o texto constitucional não veda esta leitura), a interpretação ampliativa e extensiva deve ser utilizada em razão da aplicação do princípio da máxima efetividade e eficácia dos direitos fundamentais da assistência jurídica integral (artigo 5º,

¹²⁰ Mesmo em um paradigma hermenêutico abrangente pode-se defender a existência de uma base semântica possível de significação e de um limite semântico intransponível. As expressões e vocábulos formadores da norma jurídica possuem certa expectativa de sentido relacionada com os usos da linguagem e com as definições de direito constitucional, o que se apresenta como limite à atividade interpretativa (LARENZ, 1989, p. 168; ÁVILA, Humberto Bergmann. In: Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 108).

¹²¹ GRAU, 2003, p. 52 e 119; HESSE, 1998, p. 51 e 69-70; HESSE, Konrad. In: A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 23. Cabe referir que a expressão foi cunhada por Canotilho.

¹²² O sentido literal possível deve ser entendido como sendo *“tudo aquilo que nos termos do uso linguístico que seja de considerar como determinante em concreto (...) pode ainda ser entendido com o que este termo se quer dizer”* (LARENZ, 1989, p. 387-388).

¹²³ LARENZ, 1989, p. 387-388, 444, 517-518.

¹²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. In: Parecer juntado à ADIn 3.943. Prossegue a doutrinadora no mesmo Estudo: *“Ainda que se entenda que a função obrigatória e precípua da Defensoria Pública seja a defesa dos economicamente carentes, o texto constitucional não impede que a Defensoria Pública exerça outras funções, ligadas ao procuratório, estabelecidas em lei.”*

LXXIV, da CRFB/88) e do acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da CRFB/88).¹²⁵ É consenso na doutrina constitucional que a Constituição de 1988 – pródiga no plano axiológico, especialmente ao instituir como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) – jamais restringiu a proteção do ser humano à dimensão econômica de sua existência. O olhar do constituinte não estava voltado ao *homo oeconomicus*, mas sim à pessoa no esplendor das vicissitudes sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais de sua existência no contexto individual, familiar, laboral, social e político. Restringir o que não foi restringido pelo constituinte é diminuir a força normativa do texto constitucional.

Dito isso, fica a questão: onde achar elementos para a consubstanciação do conteúdo dos conceitos abertos de “necessidade”, “insuficiência de recursos” e “hipossuficiência”? Certamente se tem fundamento sólido ao se recorrer às normativas internacionais¹²⁶ e ao novo sistema de proteção instituído pela Lei Complementar n.º 132/09, paradigmas que estão sendo utilizados pelos Tribunais Superiores brasileiros, inclusive para ampliar o âmbito de atuação das Instituições de Estado.¹²⁷

Quanto ao sistema internacional, não se teria melhor parâmetro do que as chamadas “100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em condição de Vulnerabilidade”, pois, além de se constituir em normativa específica sobre o tema, foi formulada pelo Poder Judiciário durante a XIV edição da Conferência Judicial Ibero-Americana, o que denota o seu caráter de isenção com relação à fala situada deste escrito. Nos itens 3 e 4 se encontra o conceito das pessoas em situação de vulnerabilidade, *in verbis*:

1 - Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad:

(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

(4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a

¹²⁵ Caberia, ainda, invocar os princípios da maior proteção possível aos interesses lesados e do não retrocesso social.

¹²⁶ A busca pelos ensinamentos das diretrizes internacionais visa alcançar um paradigma consensual em termos mundiais, bem com um viés externo à visão da Defensoria Pública e de seu sistema normativo.

¹²⁷ O conceito de hipossuficiência organizacional e de hipervulnerabilidade é adotado em viés ampliativo nos seguintes julgados: REsp 931.513 (Relator para Acórdão Ministro Herman Benjamin, 1ª Seção, STJ, j. em 25/11/2009, DJe 27/09/2010) e AI 70034602201 (Relator Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal, 1ª Câmara Cível. TJRS, j. em 19.05.2010).

comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

Assim, facilmente perceptível que, no entendimento consensual das Cortes Ibero-Americanas, o conceito de hipossuficiência não se restringe ao viés econômico, alcançando as condições sociais, étnicas e culturais dos indivíduos, e abarcando peculiaridades como idade, incapacidade, pertencimento a minorias, gênero, privação de liberdade, etc. Assim, a situação de pobreza do indivíduo ou da coletividade é apenas uma das causas de vulnerabilidade. E quiçá hoje, em uma sociedade de riscos massificados, sequer seja a mais importante ou relevante.

Passando-se a verificar o cenário legislativo interno, percebe-se que, em consonância com o paradigma acima delineado, o artigo 4º, inciso XI, da Lei Complementar 80/94 (com a redação dada pela Lei Complementar n.º 132/09), estabelece como função institucional da Defensoria Pública o exercício da *“defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado”*.

Assim, é de todo evidente que a atuação da Instituição, no atendimento individual ou coletivo de grupos sociais vulneráveis – e também no plano da resolução extrajudicial de conflitos –, não se encontra atrelada ao parâmetro econômico, mas sim ao paradigma tópico, situado e concreto da hipossuficiência organizacional. A inserção deste paradigma na lei orgânica de regência da Defensoria Pública atende a sua missão de promoção dos Direitos Humanos e a dimensão existencial e normativa dos termos constitucionais aqui examinados.¹²⁸

3.4 A LEGITIMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM SUA MISSÃO DE ACESSO À JUSTIÇA: A EROÇÃO DOS FILTROS SUBJETIVOS E A LEGITIMAÇÃO PELA DEFESA DE VALORES

Como refere o Defensor Público José Augusto Garcia, *“mais do que simplesmente alterar disposições específicas, a Lei Complementar 132/09*

¹²⁸ É de todo evidente a necessidade de regulamentação deste novo paradigma de atuação, o que deve ser feito por cada Defensoria Pública enquanto Instituição autônoma, quantificando-se as peculiaridades do atendimento em sua localidade e região, bem como o estágio de estruturação material e pessoal da própria Instituição.

significou a superação definitiva da idade individualista da Defensoria”.¹²⁹ A visão individualista, que impera no cenário jurídico nacional, impede a atuação da Defensoria Pública no viés solidarista. Contudo, os vetores da socialidade¹³⁰ e do solidarismo jurídico, já mencionados, contribuíram fortemente para a objetivação do ordenamento, com a consequente erosão da subjetivação da tutela processual, sendo que os novos matizes do acesso à justiça impuseram compreensão muito mais generosa do fenômeno da necessidade.¹³¹

Isso quer dizer que, na atuação da Defensoria Pública, a identificação subjetiva do assistido perde a antiga transcendência. Primeiro, porque o fenômeno da “necessidade” resta desconectado da absolutização do parâmetro econômico. Segundo, porque a Instituição, na sua nova conformação legal, passa a defender, para além de pessoas, valores constitucionalmente assegurados. Não é por outra razão que a LC 132 instituiu no artigo 3º-A da LC 80/94, como objetivos da Defensoria Pública, a primazia da dignidade da pessoa humana e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, como antes frisado. Vale dizer: pelo mais absoluto imperativo legal a Instituição passa a atuar no intuito da concretização da dignidade da pessoa humana e na preservação da garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, não estando apenas vinculada às condições da pessoa (viés subjetivo) atendida pela Instituição.

Esta nova conformação torna irrelevante, no que tange à assistência jurídica em muitas situações – em especial na implantação e na aplicação dos métodos consensuais de resolução de conflitos –, o questionamento acerca da situação econômica individual da parte, o que não desvirtua em nada a missão da Defensoria, muito pelo contrário.¹³² Em face deste paradigma, José Augusto Garcia identifica cinco tipos distintos de atuação da Defensoria Pública: (i) proteção de necessitados econômicos; (ii) proteção de necessitados organizacionais; (iii) proteção concomitante de necessitados econômicos e necessitados não econômicos (ex. ação civil pública que tenha como objeto direitos difusos ou processo de mediação ou conciliação que congregue no acordo as duas espécies de indivíduos); (iv) proteção de valores relevantes do ordenamento (ex. defesa do réu sem advogado na área criminal e curadoria especial na área cível); (v) proteção nominal de pessoa não necessitada, mas que repercute em favor de necessitado econômico ou

¹²⁹ SOUSA, José Augusto Garcia de. In: O destino de Gaia e as Funções Constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/09) a visão individualista a respeito da Instituição? In: *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*. Nº 25. Rio de Janeiro: DPGE, 2012.

¹³⁰ BETTI, 2007, p. 355; REALE, 1999; MARTINS-COSTA, 2000, p. 247.

¹³¹ SOUSA, 2012.

¹³² SOUSA, 2012.

organizacional (ex. representação judicial de casal abastado que visa à adoção de uma criança internada).

As duas últimas situações denotam hipóteses de atuação onde se verifica a erosão do filtro subjetivo de legitimação, com a adoção de defesa de valores. Inúmeras são as hipóteses concretas subsumidas a esta hipótese, mas aqui compete destacar que, na seara da mediação e da conciliação extrajudiciais, a Defensoria Pública se encontra possibilitada de atuar em todas as situações apontadas, independentemente da carência econômica das partes envolvidas no conflito, quando verificada a hipossuficiência organizacional.¹³³ Assim, embora a questão esteja adstrita à disciplina legal de cada Defensoria Pública, não existe óbice legal para a extensão da mediação e da conciliação a todas as formas de atendimento oferecido pela Instituição.

Dito isso, cumpre enfrentar o problema da possibilidade de uso dos meios extrajudiciais envolvendo partes não hipossuficientes sob o viés econômico ou organizacional. Com amparo na doutrina, permite-se a atuação do Defensor Público como agente de resolução consensual ainda que hajam pessoas envolvidas no processo de negociação que não se enquadrem na condição de *assistido*.¹³⁴ Veja-se que solução no sentido inverso implicaria na necessidade de judicializar questão que poderia ser resolvida consensual e extrajudicialmente, em ofensa ao disposto no artigo 4º, inciso II, da Lei Complementar 80/94. Exemplificativamente, deixar-se ia de realizar acordo extrajudicial de divórcio ou de realizar o inventário diretamente em cartório porque uma das partes envolvidas não seria destinatária dos serviços da Instituição, levando a uma judicialização absolutamente desnecessária do conflito.¹³⁵

Esta foi a exata conclusão de Comissão Especial criada pela

¹³³ Na mediação pode haver a proteção concomitante de necessitados econômicos e necessitados não econômicos. Vale dizer: a presença de um indivíduo economicamente hipersuficiente não se constitui em fato impeditivo para que a Defensoria Pública promova o processo de mediação, seja pelo imperativo legal da resolução extrajudicial dos litígios, seja porque no processo a Instituição estaria beneficiando indivíduos necessitados e resguardando valores protegidos pelo ordenamento.

¹³⁴ KIRCHNER; ROSENBLATT; BARBOSA; CAVALCANTI; GOETTENAUER; 2014. No mesmo sentido o entendimento de Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva, para quem *“pessoas carentes e necessitadas não podem restar privadas desse importante meio alternativo de resolução de conflitos unicamente pela circunstância de estarem, por um azar do destino, envolvidas com outras mais afortunadas numa mesma situação conflituosa”* (ESTEVES; SILVA; 2014. p. 336-337).

¹³⁵ A mesma lógica é aplicada à tutela coletiva pela Defensoria Pública, onde admitida a ação transindividual que beneficie hipersuficientes como sendo um “efeito colateral positivo” da tutela coletiva dos hipossuficientes, ficando a análise da vulnerabilidade relegada as fases de liquidação ou de execução individual da decisão coletiva, conforme já decidido: REsp 912.849/RS, Relator Ministro José Delgado, STJ, Primeira Turma, julgado em 26/02/2008, DJe 28/04/2008; Apelação Cível n.º 70014404784, Relator Desembargador Araken de Assis, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Julgado em 12/04/2006. Esta mesma visão pode e deve ser aplicada a resolução extrajudicial dos conflitos, o qual pode albergar não hipossuficiente em seu contexto. É evidente, contudo, que na necessidade posterior de judicialização de algum aspecto do acordo consensuado o exame da necessidade organizacional da parte a ser assistida passa a ser naturalmente realizado.

Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul,¹³⁶ a qual assim disciplinou o tema no artigo 5º, parágrafo 8º, da minuta de resolução submetida a apreciação do Conselho Superior da Instituição:¹³⁷ *“havendo possibilidade de solução consensual do conflito, judicial ou extrajudicialmente, o limite previsto no caput (três salários mínimos) será aferido apenas em relação à pessoa física que originariamente procurou o atendimento”*. Assim estaria permitido que a solução consensual abranja todos os indivíduos envolvidos no conflito social.

3.5 A APLICAÇÃO DOS MÉTODOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA

O Estado Democrático de Direito, no projeto constitucional brasileiro, carece de *“instituições sedimentadas e plenamente atuantes, capazes de garantir e preservar os direitos fundamentais de caráter civil, político e social”*.¹³⁸ Nesse contexto, a idealização e a estruturação da Defensoria Pública tem como objetivo ofertar à sociedade e à cidadania uma instituição dotada do perfil democrático e humanista, apta a dar concretude aos direitos fundamentais, políticos, civis e sociais.

Este é um aspecto importante que vem sendo desenvolvido no presente ensaio, uma vez que as inúmeras desigualdades e vulnerabilidades fáticas (de natureza social, política, étnica, etc.) acabam sendo representadas no plano processual,¹³⁹ fazendo deste um jogo de exclusões, especialmente perante a visão individualista e adversativa do CPC/73, paradigma combatido pelo novo codex processual, como antes mencionado. Esta realidade passa a ser diuturnamente combatida pela Defensoria Pública, porta pela qual a população alijada do acesso formal ao processo terá não apenas o seu ingresso assegurado, mas a certeza de uma “saída” com mais segurança, o que remete a efetividade das soluções processuais. É por meio da Defensoria

¹³⁶ Em breve histórico, foi nomeado pelo Defensor Público-Geral do Estado do Rio Grande do Sul Comissão de Adequação dos Critérios de Atendimento da Defensoria Pública do Estado, por meio da Portaria 204/11, visando readequar o critério de atendimento da Instituição aos novos parâmetros da LC 132/09. Os trabalhos foram concluídos em dezembro de 2012, com o envio de minuta de Resolução que atualmente está sendo apreciada pelo Conselho Superior por meio do Expediente Administrativo n. 001178-30.00/12-5, ainda sem decisão definitiva.

¹³⁷ No mesmo sentido regra ínsita no artigo 6º, parágrafo 3º, referente à regulamentação do atendimento de pessoas jurídicas. Cita-se, ainda, o entendimento de Domingos Barroso da Costa e Arion Escorsin de Godoy, para quem, dentro do paradigma de proteção do vulnerável econômico, a realização da resolução extrajudicial de partes deve ser vista em seu conjunto, podendo em algumas situações ultrapassar o critério de renda fixado por normativa administrativa, por meio da ponderação dos valores envolvidos, o que diz com a realização do acesso à justiça e o respeito ao critério de atendimento (COSTA; GODOY; 2014).

¹³⁸ ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. In: Acesso à Justiça em Preto e Branco: retratos institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 27.

¹³⁹ *“Tais direitos para alcançarem efetividade – no caso das populações mais pobres – dependem de que sejam assegurados pelo Estado os mecanismos apropriados que viabilizem o acesso à justiça quando houver lesão ou ameaça de lesão a tais direitos, constitucionalmente assegurados”*. ALVES; PIMENTA; 2004. p. 27.

Pública que a democratização do processo deixa de ser um mero ideal utópico, aproximando-se cada vez mais da realidade, o que se verifica com maior ênfase conforme ocorre a estruturação da Instituição.

Se democratizar o processo e universalizar o acesso à Justiça e a jurisdição são missões de todos os setores, deve-se reconhecer que só poderão ser efetivamente cumpridos pelo Estado com a participação dos Defensores Públicos. E o papel do qual a Defensoria Pública não pode se furtar é o de realizar estes vetores por meio dos métodos de solução consensual de conflitos, exatamente porque está cada vez mais evidente que o processo, como método estatal e ortodoxo, não mais se apresenta como instrumento eficaz para pacificar os interesses em disputa, outorgando justiça e cumprindo a promessa constitucional. Como refere Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa, “o antigo e formal processo judicial, oneroso, lento e ineficaz, permite que as soluções dele advindas ainda conservem os resquícios discriminatórios tão enraizados no ambiente social.”¹⁴⁰

Assim, os procedimentos alternativos emergem para suprir essa ineficiência, não se constituindo mais em alternativas, mas em verdadeiras vias necessárias à concretização das promessas axiológicas de eficiência e celeridade na resolução dos conflitos, vetores presentes no texto constitucional e no novo CPC.

Contudo, a utilização destas novas metodologias também carece de democratização. Atualmente se verifica um claro movimento de fuga do processo, conduzida principalmente pelos grandes fornecedores e pela população mais abastada, setores que se utilizam de arbitragem, conciliação, mediação e técnicas de negociação com mais facilidade devido a condição econômica, estrutura e informação. Assim, cabe à Defensoria Pública, no desempenho da sua função constitucional, democratizar o acesso a estes instrumentos. Nessa perspectiva, menciona-se o entendimento do STF, proferido na ADI 2.903, por meio do voto do Relator Ministro Celso de Mello:

A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas –, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado. De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público

¹⁴⁰ KIRCHNER; ROSENBLATT; BARBOSA; CAVALCANTI; GOETTENAUER; 2014.

ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (...), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos (...). Direito a ter direitos: uma prerrogativa básica, que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades – Direito essencial que assiste a qualquer pessoa, especialmente àquelas que nada têm e de que tudo necessitam. Prerrogativa fundamental que põe em evidência (...) a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública.¹⁴¹

O momento atual não admite espaço para amadorismo, exigindo profissionalização na aplicação dos meios autocompositivos. O processo de sua consolidação depende de profissionais capacitados¹⁴² e que tenham introjetado a filosofia, a principiologia e a metodologia das propostas negociais, e que saibam identificar os casos que podem ser submetidos a essas técnicas.

É, principalmente, por estas razões que o artigo 4º, inciso II, da LC 80/94, estabelece como função institucional a promoção prioritária da solução extrajudicial dos litígios. Assim, à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação e demais técnicas de composição e administração de conflitos, constitui-se em um verdadeiro poder-dever do órgão defensorial.

Sinala-se que a Instituição nasceu – mediante a edição da sua lei orgânica, ainda em 1994 – sob o signo do viés consensual de resolução dos conflitos sociais. É evidente que a normatização acompanhou o desenvolvimento do tema em âmbito cultural e doutrinário. Originariamente a LC 80/94 elencava como função institucional da Defensoria Pública a promoção da conciliação entre as partes em conflito de interesses em âmbito extrajudicial. Com o advento da LC 132/09, que reformou a Lei Orgânica da Instituição, esta missão foi redefinida. Primeiro porque a resolução consensual passou de possibilidade de atuação para atividade prioritária. Segundo, porque mencionada não apenas a conciliação, mas também a mediação e (para a surpresa de muitos) a arbitragem, para além das demais técnicas de composição e administração de conflitos, elencadas no contexto de processos de negociação. Terceiro, porque a norma compreendeu que esta tarefa não

¹⁴¹ ADI 2.903, Relator Ministro Celso de Mello, Plenário do STF, DJE de 19.9.2008.

¹⁴² Aqui se está a enfatizar o aspecto institucional dos métodos autocompositivos, eis que é de todo evidente que os processos de mediação ou conciliação não são conduzidos apenas por profissionais que passam por treinamentos que desenvolvam competências emocionais, cognitivas, perceptivas, comunicativas, criativas, negociais e de visão crítica, necessárias para a chamada reversão da espiral do conflito. Na realidade cotidiana muitos atuam nessas posições de maneira informal ou intuitiva na busca pela melhoria da comunicação e da relação entre pessoas em conflito nos mais variados ambientes (familiar, profissional, social, etc).

abrange apenas a atuação extrajudicial do Defensor Público, eis que deve ser perseguida em todos os momentos da sua atuação, em âmbito judicial ou extrajudicial, processual ou administrativo.

Estruturando a atuação extrajudicial da Instituição no âmbito da consensualidade, o artigo 4º, parágrafo 4º, da LC 80/94, e o artigo 784, inciso IV, do CPC/15, estabelecem que o instrumento de transação, mediação ou conciliação referendado pelo Defensor Público vale como título executivo extrajudicial, inclusive quando celebrado com pessoa jurídica de direito público.¹⁴³

É meritória e fundamental a atividade processual desenvolvida pelos Defensores Públicos junto ao Poder Judiciário. Porém, a sociedade está a exigir mais da Instituição que, diferentemente de outras carreiras que buscam reaproximação com a população, já se encontra próxima à sociedade pela sua própria identidade institucional forjada em cada atendimento realizado. Impossível ao Defensor Público se “esconder” por detrás de estruturas burocráticas e de formalismos que afastam a população do sistema de justiça, pois seu compromisso é com o povo e a sua atuação é para o povo. A proximidade com a população é conformadora de seu mister, e esta proximidade necessária forja uma visão de alteridade – complementada e restringida pela natural parcialidade do Defensor Público – que é própria dos meios de solução consensual de conflitos.

A potencialidade da utilização da Defensoria Pública está no alcance de uma Justiça que pode ser denominada de *coexistencial*, a qual busca a *resolução da lide com a preservação das relações interpessoais e sociais*, evitando o aprofundamento da conflituosidade, o que se torna imprescindível entre pessoas que tenham que manter o convívio,¹⁴⁴ como ocorre, exemplificativamente, na seara do direito de família, em relações contratuais continuadas no tempo e de trato sucessivo, nas relações de vizinhança, nos vínculos societários e de associação, etc.

Nessas situações torna-se imprescindível entender que o conflito foi constituído no bojo de uma relação e trabalhar as questões de convivência que levaram ao desacordo, enfocando os aspectos subjetivos do conflito e

¹⁴³ Refere-se que é facultado às partes que submetam o acordado à homologação judicial, em hipótese de genuína jurisdição voluntária, a fim de que o acordo adquira o status de título executivo judicial, o que impediria a oposição de embargos, permitindo apenas a apresentação de impugnação. Embora não seja objeto de exame neste ensaio, consigna-se que a sentença arbitral proferida por Defensor Público assume o caráter de título executivo judicial, nos termos do artigo 515, inciso VII, do CPC/15, e artigo 31 da Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem).

¹⁴⁴ SILVA, Adriana dos Santos. In: Acesso à Justiça e Arbitragem. São Paulo: Editora Manole, 2005. p. 88; LIMA, Cláudio Vianna de. In: Arbitragem: a solução. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 21; Apud: KIRCHNER; ROSENBLATT; BARBOSA; CAVALCANTI; GOETTENAUER; 2014.

buscando o *restauro da relação social*, prevenindo novas ocorrências, o que é virtualmente impossível com a judicização adversativa, que se centra unicamente no conflito aparente, abordando apenas as consequências, sem enfrentamento das suas causas.

Aqui se esta enfocando o uso das técnicas de mediação e conciliação, mas é importante referir que a Defensoria Pública cumpre o papel de resolver o conflito em todas as esferas, como na mera orientação, na educação e na difusão e conscientização dos Direitos Humanos.¹⁴⁵ Os processos e técnicas de negociação trazem ferramenta a ser utilizado pelo Defensor Público e pelos servidores da Instituição em sua prática cotidiana e em todos os momentos de contato com a parte assistida, ainda que não estejam atuando na condição de mediadores ou conciliadores e fora do contexto do processo de mediação ou conciliação propriamente dito, sempre visando o estabelecimento do diálogo e a construção de soluções colaborativas.

É o Defensor Público, por estar mais diretamente em contato com as mazelas sociais que conformam as vulnerabilidades sociais, o agente mais capacitado para o entendimento do conflito, o qual, considerado isoladamente, é um elemento inevitável e inerente à condição humana. Em razão da necessidade social de convivência e das naturais diferenças entre as pessoas, a divergência – entendida processualmente como algo negativo – passa a ser entendida como algo que não é essencialmente negativo ou positivo, pois o que torna o conflito construtivo ou destrutivo para os envolvidos, levando-os para uma situação mais ou menos desejável em termos relacionais, é a *forma com que as partes lidam* com ele. Contudo, o processo judicial invariavelmente fomenta a *escalada do conflito*, pois faz com que as pessoas percebam seus interesses como incompatíveis, assumindo uma postura adversarial mesmo nas situações em que são chamadas a conciliar. Não é incomum chegar-se a situação em que a questão que originou a disputa se torna secundária, ficando as pessoas reféns do processo que criaram e onde vencer o outro passa a ser algo mais importante do que resolver o problema.¹⁴⁶

A perspectiva do consenso e da cooperação, pauta axiológica e normativa do CPC/15, incorpora uma abordagem positiva do conflito, compreendendo que este pode funcionar como uma oportunidade de

¹⁴⁵ Nesse sentido o entendimento de Sílvia Roberto Melo Moraes: “*Atua o Defensor Público, nestes casos, com verdadeiro árbitro, esclarecendo as partes de seus direitos e deveres, objetivando uma composição amigável da questão jurídica a ela submetida. Quase sempre a divergência se instaura por completo desconhecimento da lei e após os esclarecimentos prestados pelo Defensor Público, as partes, em geral, buscam uma solução amigável a ser firmada na sua presença. Com isso, evita-se o início de inúmeras ações, desafofando-se o Judiciário e agilizando a composição dos conflitos*” (MORAES, Sílvia Roberto Melo. In: Princípios Institucionais da Defensoria Pública: lei complementar 80, de 12.1.1994 anotada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 25).

¹⁴⁶ KIRCHNER; ROSENBLATT; BARBOSA; CAVALCANTI; GOETTENAUER; 2014.

mudança, de crescimento e de melhoria das relações. Este *processo construtivo* deve ser uma pauta inserida no discurso jurídico, seja qual for o método de solução escolhido para tratar do conflito social, sendo o Defensor Público o ator por excelência para promover esta verdadeira transformação de perspectivas, tornando a norma processual realidade forense.

Atualmente o processo judicial não facilita a comunicação entre as partes que ocupam os polos opostos na demanda e, invariavelmente, obtém sua solução por meio das assertivas do *ganhar-perder* ou *perder-perder*. As características comuns que precisam ser combatidas são: (i) distinção entre *eles* e *nós*, o que afasta autor e réu; (ii) esforços envidados contra a outra parte numa atmosfera de vitória plena ou de derrota total; (iii) parcialidade sobre visão do problema, não se vislumbrando soluções que atendam às necessidades de todas as partes envolvidas no conflito; (iv) conflitos personalizados, o que acirra a disputa interna por meio de subjetivações; (v) partes orientadas e armadas para o conflito.¹⁴⁷

Esforços de oposição a este ambiente adversarial tem se multiplicado no espectro de atuação das Defensorias Públicas, sendo interessante analisar alguns casos de sucesso.

3.6 AS EXPERIÊNCIAS PRÁTICAS DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL NA SEARA DA RESOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS

Analisada a atuação da Instituição no plano teórico, importa agora apresentar algumas das ações de sucesso, restringindo-se este exame àquelas desenvolvidas pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.¹⁴⁸

Nestas experiências podem-se verificar concretamente os benefícios da resolução consensual dos conflitos, comprovando na prática as vantagens elencadas pela doutrina, cabendo destacar: (i) diminuição da litigiosidade entre os atores envolvidos; (ii) redução da judicialização; (iii) realização do direito de forma imediata ou em prazo razoável; (iv) preservação de relações continuadas; (v) educação dos envolvidos e empoderamento; (vi) prevenção da ocorrência de novos conflitos; (vii) soluções que geraram ganhos mútuos;

¹⁴⁷ LERER, Sílvio. In: Vamos a Mediar: guía práctico de procedimientos, técnicas, herramientas y habilidades para el manejo de conflictos. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011. p. 23. Apud: KIRCHNER; ROSENBLATT; BARBOSA; CAVALCANTI; GOETTENAUER; 2014.

¹⁴⁸ A escolha pela análise da atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul se deve ao caráter situado do autor, que é Defensor no Estado do Rio Grande do Sul, não se desconhecendo que atuações similares são adotadas e replicadas por todas as Defensorias Públicas (KIRCHNER; ROSENBLATT; BARBOSA; CAVALCANTI; GOETTENAUER; 2014, p. 56-57). Cabe referir, ainda, a melhoria dos esforços do setor privado para a tentativa de composição extrajudicial dos conflitos, conforme experiências mencionadas pela doutrina (BASTOS; CORRÊA; PASSANI; OLIVEIRA; 2014, p. 31-32).

(viii) adoção de soluções criativas que foram além do que seria possível obter perante o Judiciário; (ix) soluções que abarcaram os problemas jurídicos e "não-jurídicos".

A primeira atuação a ser destacada diz com as atividades de combate a judicialização do direito à saúde com ênfase nos casos em que buscada a responsabilidade do Sistema Único de Saúde (SUS).¹⁴⁹ Estas ações, que dizem com fornecimento de medicamentos, internações e outras demandas, se avolumam na Defensoria Pública.¹⁵⁰ Em razão desta realidade, e a partir das conclusões da Audiência Pública 04/2009 do STF e da Criação do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde,¹⁵¹ foi assinado um Termo de Cooperação Técnica em 2010, por meio do qual se constituiu uma rede de proteção com diversas entidades.¹⁵²

A partir da criação da rede, a Defensoria Pública implantou a metodologia de trabalho em rede de cooperação e gestão sistêmica nas ações de saúde¹⁵³ em algumas localidades, tais como: Porto Alegre, Pelotas, Passo Fundo, Canela, Santana do Livramento, Três de Maio e Gravataí. Como resultado, e considerando a atividade na Capital, quase noventa por cento dos assistidos atendidos pela Defensoria Pública na área da saúde tem seus conflitos encaminhados em âmbito extrajudicial. No ano de 2012 foram prestados 4.352 atendimentos, com 3.813 soluções extrajudiciais (88%) e 539 ajuizamentos (12%). Em 2013 foram prestados 4.137 atendimentos, com 3.609 soluções extrajudiciais (87%) e 528 ajuizamentos (13%). Já no ano de 2014 foram prestados 4.569 atendimentos, com 3.981 soluções extrajudiciais (87%) e 588 ajuizamentos (13%).¹⁵⁴

¹⁴⁹ A iniciativa se deu pela atuação da Defensora Pública Paula Pinto de Souza, que atualmente dirige o Núcleo de Defesa da Saúde da DPE/RS (NUDS).

¹⁵⁰ São inúmeras as falhas do sistema de gestão da saúde que levavam a uma judicialização endêmica desta questão, cabendo apontar os seguintes fatores: (i) desorganização na atuação dos gestores do SUS; (ii) inexistência de fluxo de regulação sistêmico e organizado no Rio Grande do Sul; (iii) prazo não razoável e sistematizado para distribuição do componente especializado da assistência farmacêutica para as Coordenadorias e Municípios (demora se estendendo por mais de 90 dias); (iv) problemas de estoque na rede básica dos municípios e na rede especial do Estado; (v) falta de informação quando do atendimento do cidadão nos postos e unidades básicas de saúde, onde não há orientação do usuário sobre o encaminhamento adequado ao sistema.

¹⁵¹ O Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde foi criado pela Resolução 107/10 do CNJ e teve como consequência a adoção das seguintes medidas: (i) criação de câmaras técnicas em saúde para apoio dos Magistrados; (ii) cursos de aperfeiçoamento em Direito Sanitário; (iii) criação de Câmaras de Conciliação e de Mediação; (iv) criação dos Comitês Executivos Estaduais.

¹⁵² Dentre as entidades signatárias destaca-se a Defensoria Pública, a Secretaria Estadual da Saúde, a Procuradoria do Estado, o Ministério Público Estadual, a Procuradoria-Regional da União, a Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul (FAMURS) e o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul (CREMERS).

¹⁵³ Menciona-se que alguns Defensores Públicos se especializaram em Direito à Saúde na Escola de Saúde Pública (ESP), vinculada à Secretaria estadual da Saúde, a qual formou outros profissionais que participam da iniciativa, como Magistrados e Procuradores do Estado.

¹⁵⁴ Os dados foram apresentados pela Defensora Pública Paula Pinto de Souza. Refere-se, ainda, que no caso do Rio Grande do Sul os processos são julgados por Vara Especializada (10ª Vara da Fazenda Pública).

Assim, a ação judicial, que em face da inexistência da rede de resolução extrajudicial era a primeira solução adotada, passou a ser utilizada apenas para casos específicos, em especial o requerimento de fármacos fora das listas de fornecimento, com evidência científica e laudo médico apresentados judicialmente, e o caso (ainda recorrente) de ineficiência do sistema (v.g. falta de estoque e problemas nos serviços hospitalares). Nas ações ajuizadas, devido a forma de instrução, houve a dispensa de contestação pela Procuradoria Geral do Estado (PGE/RS) em mais de 30% dos casos. Ademais, a construção do diálogo com a Secretaria Municipal da Saúde resultou na sensível diminuição das filas nas Unidades Básicas de Saúde para consulta com especialistas, as quais para determinadas especialidades (v.g. traumatologia e ortopedia) tinham lista de espera de mais de cinco anos.

Recentemente, o trabalho em rede de cooperação e gestão sistêmica, replicado pelos Defensores Públicos de Gravataí, resultou na assinatura de Termo de Cooperação entre a Instituição e aquela municipalidade. Importante a menção a esta iniciativa porque a partir dela é demonstrado que as soluções não adversativas geram benefício para todos os envolvidos. Nesse sentido, foi registrado pelo Secretário Municipal de Saúde do município que, com a nova forma de atuação da Defensoria Pública, durante o período dezoito meses, a Secretaria economizou R\$ 1,3 milhão de reais, sem que os assistidos tenham deixado de concretizar seus direitos fundamentais. O enfoque principal do Termo de Cooperação, voltado ao combate da drogadição, resultou na diminuição de mais de 90% das internações compulsórias, garantindo-se tratamento eficaz ao usuário e aos familiares na rede de ambulatorial de saúde mental.

A segunda atuação em destaque diz com as iniciativas da Defensoria Pública na área da proteção do consumidor. Nesta área, menciona-se, primariamente, a adesão da Defensoria Pública¹⁵⁵ ao Projeto de Tratamento das Situações de Superendividamento do Consumidor mantido pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Sul,¹⁵⁶ o qual visa mediar a renegociação das dívidas com a totalidade dos credores, de forma amigável e condizente com o orçamento familiar da parte assistida, de modo a garantir a subsistência básica (mínimo vital) do núcleo familiar afetado pelo endividamento excessivo.

Em termos de fluxo, a judicialização de demandas revisionais ou de

¹⁵⁵ A gênese da iniciativa se deu pela atuação das Defensoras Públicas Josane de Almeida Heerd, Rafaela Consalter, Cristiano Vieira Heerd e Christine Balbinot, coordenados pela Defensoria Pública Adriana Fagundes Burger.

¹⁵⁶ Para maiores detalhes sobre o projeto, vide: BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz.; LIMA, Clarissa Costa de. In: Adesão ao projeto conciliar é legal – CNJ: Projeto piloto: tratamento das situações de superendividamento do consumidor. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

renegociação foi substituída pelo encaminhamento do consumidor endividado para uma audiência extrajudicial de renegociação, na qual se chegou a 80,39% de acordos exitosos,¹⁵⁷ diminuindo sensivelmente o número de demandas ajuizadas. Contudo, para além deste expressivo resultado, verifica-se o benefício efetivo aos assistidos, uma vez que o ordenamento jurídico nacional não possui instrumentos adequados ao tratamento do superendividamento,¹⁵⁸ o que diminui sensivelmente a obtenção de êxito dos pleitos de renegociação de dívidas pelo processo judicial adversativo.¹⁵⁹ Nesse contexto, refira-se que esta solução é vital para a Instituição, pois o superendividamento, que de forma geral se constitui em um grave problema social - que atinge não apenas a pessoa endividada, mas todo o seu núcleo familiar -, afeta mais gravemente os assistidos da Instituição, que vivem em um limiar de pobreza. Ademais, os benefícios alcançam todas as partes, uma vez que com a renegociação os credores veem maximizada a possibilidade de recebimento de seu crédito, ainda mais quando considerado que a grande maioria dos assistidos do órgão Defensorial não possui patrimônio penhorável.

Ainda na seara da proteção do consumidor, recentemente a Defensoria Pública assinou Termo de Cooperação com a Secretaria Nacional de Proteção do Consumidor (SENACON), vinculada ao Ministério da Justiça (MJ),¹⁶⁰ pelo qual a Instituição aderiu a plataforma tecnológica de informação, interação e compartilhamento de dados chamada de "consumidor.gov.br",¹⁶¹ a qual se constitui em recente e importante serviço público para solução alternativa de conflitos de consumo por meio da internet. Por esta ferramenta se estabelece a interlocução direta entre consumidores e fornecedores, permitindo a veiculação da reclamação e o aguardo da resposta.

A partir desta solução tecnológica, abre-se a possibilidade de os consumidores que procuram a Instituição terem sua lide encaminhada primariamente por meio da plataforma,¹⁶² com a judicialização ficando restrita aos casos em que o fornecedor não apresentou solução adequada. Para além da sua sensível diminuição, verifica-se uma qualificação dos processos

¹⁵⁷ Dados constante no Relatório do Projeto. Disponível em: <http://www.superendividamento.org.br/wb/media/Indice_Porto_Alegre.pdf> Acesso em: 16.04.2015.

¹⁵⁸ Menciona-se que o PLS 283/2012, que trata da atualização do Código de Defesa do Consumidor, dispendo sobre a prevenção do superendividamento.

¹⁵⁹ Sobre o tema: KIRCHNER, Felipe. Os Novos Fatores Teóricos de Imputação e Concretização do Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 65, p. 63-113, jan.-mar. 2008; KIRCHNER, Felipe. A Imposição Judicial da Renegociação e da Cooperação como Soluções Viáveis ao Tratamento do Superendividamento. In: Revista Multijuris, Nº 12, Ano VIII, p. 86-116, Dez. 2013.

¹⁶⁰ A gênese da iniciativa se deu pela atuação do Núcleo de Defesa do Consumidor e de Tutelas Coletivas, dirigido pelo autor deste ensaio.

¹⁶¹ Disponível em: <<https://www.consumidor.gov.br>> Acesso em: 21.04.2015.

¹⁶² Alguns avanços da ferramenta estão sendo discutidos com a SENACON, em especial a criação de campo para que a resposta apresentada pelo fornecedor seja remetida não apenas ao consumidor, mas também ao ser representante legal, que no caso é a Defensoria Pública.

judiciais a serem manejados, não apenas pela existência de uma prova pré-constituída da efetiva pretensão resistida do direito do consumidor assistido, mas também pela possibilidade de redução do conflito, pois parte da pretensão pode ter sido alcançada ao consumidor (ex. substituição do produto sem o acordo sobre as perdas e danos). Embora ainda em fase inicial de implementação, verifica-se a potencialidade extraordinária deste meio. Em apenas seis meses de disponibilização a plataforma já conta com 282 fornecedores cadastrados,¹⁶³ tendo recebido 2.300 reclamações apenas no Rio Grande do Sul, com o expressivo percentual de 90%¹⁶⁴ de acordos exitosos.¹⁶⁵

Ademais, por meio do Termo de Adesão supramencionado a Defensoria Pública ficará como gestora da plataforma no Estado do Rio Grande do Sul,¹⁶⁶ o que permitirá a análise quantitativa e qualitativa das demandas trazidas pela sociedade, possibilitando a verificação dos fornecedores mais reclamados e a atuação preventiva na solução dos danos aos consumidores, inclusive coletivizando as demandas que se mostrarem massificadas. Isso racionalizará e tornará mais eficiente o serviço prestado pela Defensoria Pública, inclusive na seara adversativa.

Outra atividade relevante diz com a criação do "Dia do Consenso" pela Defensoria Pública de Caxias do Sul,¹⁶⁷ visando a resolução não adversativa dos conflitos na área da família. Dos cerca dos 5.000 atendimentos prestados houve a formulação de 748 acordos consensuais na esfera extrajudicial. Contudo, na totalidade dos atendimentos foi trabalhada a facilitação da comunicação das partes e o fomento e preservação das relações continuadas, independentemente da ruptura dos vínculos familiares, prevenindo a ocorrência de novos conflitos.

¹⁶³ Por se tratar de um serviço com ênfase na interatividade direta entre consumidores e fornecedores para redução de conflitos de consumo, a participação dos fornecedores só é permitida àqueles que aderem formalmente, mediante assinatura de termo no qual se comprometem em conhecer, analisar e investir todos os esforços disponíveis para a solução dos problemas apresentados. O consumidor, por sua vez, deve se identificar adequadamente e comprometer-se a apresentar todos os dados e informações relativas à reclamação relatada.

¹⁶⁴ Saliencia-se que não são poucos os fornecedores que alcançaram 100% nos índices de solução, de satisfação e de reclamações respondidas. Ademais, embora disponham do prazo de 10 dias para a resposta, diversos fornecedores alcançaram a média de menos de um dia para a apresentação de sua posição perante o problema relatado pelo consumidor. Disponível em: <<https://www.consumidor.gov.br/pages/indicador/geral/abrir>> Acesso em: 21.04.2015.

¹⁶⁵ Os dados indicam que quanto maior a institucionalização das soluções consensuais, maior é o afastamento dos vetores de informalidade, oralidade e confiabilidade que regem as soluções de mediação e conciliação, sendo menor o índice de obtenção de acordo. No Projeto do Superendividamento tem-se 80,39% de êxito na formulação de acordos, no PROCON/RS o índice é de 82% e nos Juizados Especiais Cíveis do Estado é de apenas 20% de acordos (segundo dados apresentados pela Corregedoria-Geral de Justiça).

¹⁶⁶ De forma pioneira no Brasil, no Estado do Rio Grande do Sul a gestão da plataforma será compartilhada pela Defensoria Pública com o Procon Estadual e o Ministério Público Estadual, constituindo e integrando uma importante rede de atuação conjunta.

¹⁶⁷ A iniciativa se deu pela atuação dos Defensores Públicos Arion Escorsin de Godoy e Domingos Barroso da Costa.

A formatação e a consecução do projeto dependeu da revisão e da reestruturação do paradigma de atendimento prestado pela Defensoria Pública, desde o oferecimento da via consensual logo na recepção do cidadão pela Instituição – enfatizando as vantagens jurídicas, sociais e subjetivas do acordo – até a confecção de peças processuais que evitassem adjetivações ou considerações que possam fomentar ou ampliar o litígio entre as partes, permitindo a solução consensual de diversas situações conflituosas, ainda que com o processo judicial instaurado.

Observou-se, ainda, a potencialidade da solução autocompositiva na prevenção de litígios, o que se deu a partir da constatação de que muitas situações usualmente judicializadas não decorriam de reais conflitos estabelecidos, mas da instabilidade do contexto fático em que se inserem as partes, devido à ausência de diálogo e/ou desconhecimento das possibilidades de solução abertas pelo ordenamento jurídico, bem como dos limites e possibilidades inerentes ao processo judicial.

Outra importante iniciativa de mediação se deu perante o conflito estabelecido com a instalação de Estaleiro em São José do Norte,¹⁶⁸ onde a Defensoria Pública tutelou os direitos da comunidade de pescadores estabelecida no local, em face da chegada do empreendimento de construção de plataformas de exploração de petróleo, o que implicaria na retirada de todos os moradores de suas terras, por meio de recebimento de indenizações irrisórias. Refira-se que se trata de um dos maiores investimentos da história no Rio Grande do Sul (envolvendo 1,2 bilhão de reais), com a geração de até quatro mil empregos diretos e cerca de dez mil empregos indiretos, o que torna necessário a ponderação de todos os interesses envolvidos.

Até a chegada da Defensoria Pública, as pessoas que há gerações moravam e/ou pescavam na localidade eram pejorativamente denominadas, nas reuniões com os representantes do Estaleiro, de “invasores” ou “posseiros”. Após extensas negociações, e em razão da inexistência de áreas disponíveis, foram abandonadas as tratativas de obtenção de terreno próximo e de características semelhantes, para proceder-se uma realocação de maneira a garantir a preservação do estilo de vida, da atividade econômica e da relação histórica com o meio ambiente da comunidade assistida. Assim, a Defensoria Pública criou uma “Câmara Extrajudicial de Indenização”, com critérios propostos pela Instituição, equilibrando as discussões entre a preservação dos Direitos Humanos e a importância do desenvolvimento econômico responsável e sustentável para aquela que é uma das regiões mais pobres do Estado, com os seguintes resultados: (i) adesão de 100% das 51 unidades familiares ao processo; (ii) acordo alcançado em 100% dos

¹⁶⁸ A iniciativa se deu pela atuação dos Defensores Públicos João Otávio Carmona Paz, então Dirigente do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da DPE/RS (NUDDH), e Rafael Silveira Dourado.

casos; (iii) destinação de indenização em valores que permitiram a melhoria das condições de moradia e/ou a manutenção da atividade da pesca e da relação ancestral com o meio ambiente das famílias; (iv) valor total das indenizações de R\$ 12.720.000,00.

Destaca-se, ainda, a atividade de mediação dos conflitos entre agricultores e indígenas,¹⁶⁹ promovido conjuntamente pelo Núcleo de Defesa Agrária e da Moradia (NUDEAM) e pelo Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos (NUDDH) da Defensoria Pública, em um processo que destaca a complexa visão de alteridade da Instituição, que acaba tutelando naturalmente interesses situados em pólos opostos. No caso em exame, a atuação implicou na realização de diversos mutirões e reuniões, em especial na região norte do Estado, onde as atividades serviram para monitorar o conflito e mediar um acordo. Além da mediação, a Instituição prestou orientações jurídicas referentes às ações ajuizadas, participando de grupo de trabalho constituído para analisar e construir uma solução para o impasse. Diante de dois grupos vulneráveis, eis que de um lado há os pequenos agricultores familiares e de outro os indígenas, a participação da Defensoria Pública qualificou o diálogo na busca de uma solução que assegure o direito de ambos, de forma não adversarial.¹⁷⁰

Por fim, menciona-se o chamado "Projeto Pai? Presente!",¹⁷¹ pelo qual se busca a concretização do direito ao registro de nascimento e ao nome paterno, na condição de imperativos legais inerentes à pessoa humana, reveladores da identidade, da origem e da ancestralidade da criança e do adolescente. Visando identificar o maior número de pessoas que não possuem paternidade registral no Estado, e a regularizar seus registros civis, a Defensoria Pública firmou Termo de Cooperação com a Associação dos Registradores de Pessoas Naturais (ARPEN) e Sindicato dos Registradores

¹⁶⁹ A iniciativa se deu pela atuação das Defensoras Públicas Alessandra Quines Cruz, atual Dirigente do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da DPE/RS (NUDDH), e Adriana de Oliveira Schefer do Nascimento, atual Dirigente do Núcleo de Defesa Agrária e de Moradia da DPE/RS (NUDEAM).

¹⁷⁰ Já foi mencionado que a criação e atuação da Defensoria Pública tem um viés de modificação do Estado, que historicamente se constituiu como um verdadeiro Inquisidor, e que agora deve se transformar, também, em um Estado Defensor, que não se limite a acusar e julgar os seus cidadãos, mas que efetivamente os enxergue, acolha, entenda, proteja e defenda, com destaque para o fato de que a consecução desta tarefa depende de uma visão de alteridade, o que é ponto primordial para a consecução de qualquer medida de resolução de conflitos sob a ótica não adversarial. Aproveita-se esta iniciativa para destacar esta visão, pois no caso uma mesma Instituição – por órgãos internos e agentes distintos, evitando a colidência de interesses – acaba tutelando interesses contrapostos, como no caso os direitos dos indígenas e dos pequenos proprietários rurais. Esta mesma situação acontece em diversos outros casos, tais como os conflitos familiares, de violência doméstica, de posse e propriedade, onde a Defensoria Pública ocupa os dois pólos da relação processual. Isso afasta a Instituições de perspectivas reductionistas, excludentes e maniqueístas fundadas em pensamentos como o "nós e eles" ou "direitos humanos para humanos direitos".

¹⁷¹ Embora o projeto tenha envolvido a atividade de dezenas de Defensores Públicos, destaca-se a atuação das Defensoras Públicas Cláudia Barros, atual Dirigente do Núcleo de Defesa da Criança e do Adolescente (NUDECA), Lísia Mostardeiro Velasco Tabajara, atual Dirigente do Núcleo de Defesa da Mulher (NUDEM), e Jamile Nêhmé de Toledo, ex-Dirigente do NUDEM.

Públicos (SINDIREGIS), objetivando não apenas regularizar o registro de paternidade, mas resgatar o vínculo afetivo entre pai e filho.

Os Defensores Públicos recebem mensalmente, dos Ofícios de Registro Civil de cada localidade, os nascimentos em que a genitora não indicou o nome do suposto pai, ocasião em que chamam as mães para um primeiro encontro de sensibilização - realizado individual ou coletivamente, conforme a demanda -, no qual são prestadas orientações acerca da consequência da paternidade responsável, do direito da criança saber a verdade sobre sua paternidade e da importância da figura paterna na criação dos filhos, incentivando-as a identificar o genitor. Posteriormente, é agendado um segundo encontro com a mãe e o suposto pai, em que poderá haver o reconhecimento espontâneo ou realização de exame de DNA, o qual é realizado extrajudicialmente com auxílio da Instituição, com o posterior reconhecimento voluntário da paternidade em caso de laudo positivo.

Os resultados do projeto, fruto do trabalho desenvolvido pelos Defensores Públicos em suas Comarcas, são extremamente positivos e refletem uma mudança significativa na vida da comunidade, principalmente nas cidades do interior, onde o índice de registros sem paternidade chegou a “zero”, como ocorreu na cidade de Vacaria.

A análise destas atividades demonstra que a opção do CPC/15 pela priorização das soluções consensuais de conflitos se trata de uma escolha madura, tanto porque se trata de medida que traz benefícios a todos os atores envolvidos, quanto pelo fato de que a tentativa de modificação do paradigma adversativo já se encontra em andamento, aspecto que certamente será fortalecido por meio das novas disposições processuais civis. Nesse aspecto, verifica-se que a Defensoria Pública, mesmo antes da modificação legislativa, já se entende, naturalmente, como instância de fomento das soluções não adversariais.

Em face do contexto teórico e prático apresentado, não subsistem dúvidas de que a Instituição se constitui em instância necessária a formulação e implementação das políticas de fomento da resolução consensual de conflitos sociais, em especial porque a cidadania da população miserável passa essencialmente por suas portas.

4 CONCLUSÃO

A normativa processual vindoura traz consigo um novo paradigma para o processo civil brasileiro, voltado não mais para a conflituosidade, mas para a solução consensual dos conflitos sociais. Todo o aparato normativo, estruturado a partir dos vetores da socialidade e da eticidade, buscou o

equilíbrio entre os modelos voluntários e obrigatórios¹⁷² de aceitação das soluções não adversariais, chegando a um paradigma que instiga as partes e os atores do processo a alcançarem a solução consensual do conflito, antes e durante a demanda judicial.

Se não há necessidade de uma instância prévia de tentativa de resolução extrajudicial ou a necessidade de demonstração cabal de pretensão resistida em juízo, a nova normatização processual indica um caminho rumo à ampliação do conceito processual de interesse de agir, acolhendo a ideia da adequação (no contexto do binômio necessidade-utilidade) como maneira própria de racionalizar a prestação jurisdicional, evitando a procura desnecessária pelo Poder Judiciário. A norma induz a necessária consciência em todos os operadores de que o cumprimento do papel constitucional do Poder Judiciário não conduz à sua intervenção em todo e qualquer conflito, e naqueles em que é chamado a intervir, não determina que a resposta estatal seja dada com mecanismos heterocompositivos, cabendo integrar e responsabilizar as partes pelo destino de suas demandas.¹⁷³

Nesse contexto, verifica-se que o tema das soluções não adversárias se insere na realização da garantia do acesso à justiça, assim como é ontológica e umbilical a vinculação entre a Defensoria Pública e os meios de resolução consensual de conflitos posto que a Instituição foi criada para a concretização da garantia constitucional supramencionada, nascendo vocacionada para este mister como decorrência lógica do sistema da assistência integral previsto constitucionalmente, sendo por demais natural a atuação do Defensor Público na condição de mediador e de conciliador.

A Instituição e seus agentes e servidores se encontram em um lugar privilegiado devido à proximidade com a sociedade e com os conflitos sociais, razão pela qual dentre as Instituições que compõe o sistema de justiça nenhuma melhor do que a Defensoria Pública para entender os anseios dos necessitados e da sociedade, em especial aquela que padece dos diversos matizes de vulnerabilidade social.

As inúmeras desigualdades e vulnerabilidades fáticas (de natureza social, política, econômica, étnica, etc.) acabam sendo representadas no plano processual, especialmente quando este é matizado pela visão individualista e adversativa do CPC/73. *Se democratizar o processo e universalizar o acesso à Justiça e a jurisdição* são missões de todos os setores, deve-se reconhecer que só poderão ser efetivamente cumpridas pelo Estado com a participação proativa e engajada da Defensoria Pública, pois é

¹⁷² Embora ontologicamente necessitem da adesão voluntária das partes, alguns sistemas instituem a mediação e a conciliação de forma obrigatória, como ocorre na Argentina (Lei 26.589/10), na Itália (Decreto Legislativo 28/2010) e em alguns estados norte-americanos. PINHO, 2015, p. 16.

¹⁷³ PINHO, 2015, p. 17.

por meio desta Instituição que a democratização do processo deixa de ser um mero ideal utópico, aproximando-se cada vez mais da realidade do cidadão carente. E sendo evidente que o *processo*, como método estatal e ortodoxo, não mais se apresenta como instrumento eficaz para pacificar os interesses em disputa, a realização destes vetores passa pela adoção dos métodos de solução consensual de conflitos.

Também a tarefa da educação em direitos deve pautar todas as formas de atuação judicial e extrajudicial da Defensoria, de forma que a Instituição sirva de mediadora entre o sujeito e o Direito. A solução extrajudicial de conflitos e a prevenção do litígio social, ainda se constituem, infelizmente, em pautas distantes da práxis ordinária dos agentes da Defensoria Pública, imersos em seus hábitos (como o fazer defensor sempre tem sido!) e/ou soterrados pelo volume invencível de trabalho. Contudo, cabe enfatizar uma perspectiva viabilizadora da tarefa de educação em direitos e de realização da via consensual de resolução de conflitos sociais, na medida em que para a execução destes desideratos não se faz necessária a criação de missões e projetos voltados a estes objetivos, posto que a conscientização cidadã deve ocorrer em todos os momentos da atividade do Defensor Público – assim como de qualquer operador jurídico –, em espaços individuais ou coletivos, como o atendimento individual, palestras, entrevistas, aulas, audiências públicas, audiências judiciais e comunicação institucional.

A realização dos processos de soluções consensuais de conflitos se constitui em uma das tantas tarefas emancipatórias a cargo da Defensoria Pública. A atividade se torna ainda mais desafiadora a partir do reconhecimento de que a Instituição, enquanto estrutura do Estado, integra as engrenagens de conservação do poder estabelecido,¹⁷⁴ mas que embora imersa nesse sistema estatal de exclusão, deve ser a catalisadora de processos de transformação política, social e subjetiva.¹⁷⁵ Na necessidade de ampliação de sua legitimação social, a fim de que permaneça e se constitua cada vez mais como sendo uma Instituição do Povo e para o Povo, a Defensoria Pública deve se manter permanentemente em movimento, ciente das novas estruturas, a fim de que não passe a constituir, ela mesma, em mais uma peça desta gigantesca engrenagem de alienação e exclusão que é atualmente o sistema de justiça. Desta feita, o uso dos métodos de solução consensual de conflitos, mais do que um imperativo legal, torna-se um verdadeiro imperativo ético na atividade do Defensor Público (e de todos os atores) perante a realidade socioeconômica. A Instituição, embora

¹⁷⁴ E cabe reconhecer que diversas instâncias das estruturas de poder (v.g. Estado e grandes fornecedores) não desejam a efetiva realização do acesso à justiça e da resolução célere dos conflitos sociais, pois se beneficiam com a exclusão e com a demora e ineficiência do processo tradicional.

¹⁷⁵ COSTA; GODOY; 2014.

historicamente nova, carrega a promessa de realizar velhos sonhos, devendo cada vez mais tomar consciência de si e de seu papel civilizatório.

Na esteira do célebre pensamento de Bobbio,¹⁷⁶ com a edição do CPC/15 o desafio já não é o de prever ou fundamentar as soluções consensuais de conflitos, mas o de transformar estas vias em realidade viva. Mas não apenas isso, pois a tarefa depende da preservação das garantias constitucionais e processuais nestes procedimentos, tornando-os ferramentas legítimas de solução de conflitos no Estado Democrático de Direito.

Enfim, para além da dicção legal, é tarefa ética de todos efetivar o projeto de priorização das soluções não adversariais estabelecido na nova codificação processual civil, pois se não houver empenho e desenvoltura de todos os atores para promover uma verdadeira quebra de paradigma, a opção legislativa não passará de uma norma programática, que seguirá divorciada das realidades cotidiana e forense, por se encontrar imersa e afogada no caldo cultural da litigiosidade que emperra e obstaculiza a realização de uma justiça efetiva e substancial, premente em uma sociedade matizada e combatida por inúmeros processos de exclusões sociais, culturais e econômicas.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. In: **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. In: **Acesso à Justiça em Preto e Branco: retratos institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. In: **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, André Gomma (Org.). In: **Manual de Mediação Judicial. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)**, 2013.

BASTOS, Simone de Almeida Ribeiro; CORRÊA, Marcelo Girade; PASSANI, Andrezza Gaglianone. OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de (Org.). In: **Resolução de Conflitos para Representantes de Empresa**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014, 160 p.

BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz.; LIMA, Clarissa Costa de. In: **Adesão ao projeto conciliar é legal – CNJ: Projeto piloto: tratamento das situações de superendividamento do consumidor**. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁷⁶ BOBBIO, 1992, p. 24-25.

FULLER, Lon. In: **The Forms and Limits of Adjudication**. N. 92, Harvard Law Review, 1978.

BENJAMIN, Antônio Herman. **A Insurreição da Aldeia Global Contra o Processo Civil Clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor** In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 - reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BETTI, Emilio. In: **Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BETTI, Emilio. In: **Teoria Generale della Interpretazione**. 2 ed., v. 1, Milano: Giuffrè, 1990.

BRASIL. In: **II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/Diag_defensoria_II.pdf> Acesso em: 18.05.2010.

BOBBIO, Norberto. In: **A Era do Direito**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. In: **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

CANARIS, Claus-Wilhelm. In: **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Calouste, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. In: **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARDOZO, José Eduardo. **O Acesso à Justiça no Brasil: desafios e perspectivas**. In: Manual de Boas Práticas de Acesso à Justiça: Mercosul e Estados associados. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, 2012.

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. In: **Brasil, Sozinho, tem mais Faculdades de Direito que Todos os Países**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/20734/brasil-sozinho-tem-mais-faculdades-de-direito-que-todos-os-paises>> Acesso em: 21.04.2015.

COSTA, Domingos Barroso da; GODOY, Arion Escorsin de. In: **Educação em Direitos e Defensoria Pública: cidadania, democracia, atuação nos processos de transformação política, social e subjetiva**. Curitiba: Juruá. 2014.

DEUTSCH, Morton. In: **The Resolution of Conflict: constructive and deconstructive processes**. New Haven: Yale University Press, 1973.

DWORKIN, Ronald. In: **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESSER, Josef. In: **Precomprensione e Scelta del Metodo nel Processo di Individualizzazione de Diritto**, Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1983.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. In: **Princípios institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013 (Defensoria Pública da União)**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. In: **Os Fundamentos Teóricos da Defesa Pública**. No Prelo, 2009. Texto utilizado na palestra proferida no Estado do Rio Grande do Sul em novembro de 2009, promovida pela Fundação Escola Superior da Defensoria Pública (FESDEP) e Escola Superior da Advocacia (ESA).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. In: **Direito Constitucional do Trabalho**. V. 1, São Paulo: LTr, 2001.

FIORELLI, José Osmir; Fiorelli, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. In: **Mediação e Solução de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2008.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. In: **Como Chegar ao Sim: a negociação de acordos sem concessões**. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FREITAS, Juarez. In: **A Interpretação Sistemática do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

KIRCHNER, Felipe. **A Imposição Judicial da Renegociação e da Cooperação como Soluções Viáveis ao Tratamento do Superendividamento**. In: Revista Multijuris, Nº 12, Ano VIII, p. 86-116, Dez. 2013.

KIRCHNER, Felipe; ROSENBLATT, Ana; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; CAVALCANTI, Ricardo Russel Brandão; OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de (Org.). In: **Manual de Mediação para a Defensoria Pública**. 1a Ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014, 136 p.

KIRCHNER, Felipe. **Os Novos Fatores Teóricos de Imputação e Concretização do Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas**. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 65, p. 63-113, jan.-mar. 2008;

GADAMER, Hans-Georg. In: **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. v. 1, 7 ed., Petrópolis: Vozes, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. In: **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. v. 2, 2 ed., Petrópolis: Vozes, 2004.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. In: **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. In: **Tutela Coletiva: visão geral e atuação extrajudicial**. Brasília: ESMPU, 2006.

GRAU, Eros. In: **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. In: **Parecer juntado à ADIn 3.943**.

HESSE, Konrad. In: **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. In: **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

LARENZ, Karl. In: **Metodologia da Ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1989.

LERER, Silvio. In: **Vamos a Mediar: guía práctico de procedimientos, técnicas, herramientas y habilidades para el manejo de conflictos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

LIMA, Cláudio Vianna de. In: **Arbitragem: a solução**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MARTINS-COSTA, Judith. In: **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. **Capacidade para Consentir e Esterilização de Mulheres Tornadas Incapazes pelo Uso de Drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética**. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, p. 299-346, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da 'Ética da Situação'**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 20, p. 211-260, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. **Novas Reflexões Sobre o Princípio da Função Social dos Contratos**. In: **Estudos de Direito do Consumidor**: separata. n. 7, Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. In: **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRAGEM, Bruno. In: **Diretrizes Interpretativas da Função Social do Contrato**. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 56. p. 22-45, out/dez 2005.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. In: **Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

MOORE, Christopher. In: **O Processo de Mediação**. Porto Alegre, Ed. Artes Médicas, 1998.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai; CORRÊA DE MORAES, Márcia Amaral. In: **A Negociação Ética para Agentes Públicos e Advogados**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MORAES, Sílvio Roberto Melo. In: **Princípios Institucionais da Defensoria Pública: lei complementar 80, de 12.1.1994 anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MOTTA JÚNIOR, Aldemar de Miranda; VASCONCELOS, Carlos Eduardo de; FALECK, Diego; ORLANDO, Fabíola; MAIA NETO, Francisco; DORNELLES, Ricardo; PELAJO, Samantha. In: **Manual de Mediação de Conflitos para Advogados, Escrito por Advogados**. 1ª Ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, 153 p.

NETO, Francisco Maia. In: **Arbitragem: a solução extrajudicial de conflitos**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURCO, Karol. In: **A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito: o “Juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional**. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br>> Acesso em: 03.05.2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. In: **O Novo CPC e a Mediação: reflexões e ponderações**. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/o_novo_cpc_e_a_mediacao.pdf > acesso em: 20.04.2015.

RAVA, Ben-Hur. **A Crise do Direito e do Estado como Crise Hermenêutica**. In: Revista da Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul (AJURIS), n. 101, mar. 2006.

RE´, Aluísio Lunes Monti Ruggieri. In: **Manual do Defensor Público: teoria e prática**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

REALE, Miguel. In: **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. In: **O projeto do novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RESTA, Eligio. In: **O Direito Fraternal**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

REUBEN, Richard. In: **Constitutional Gravity: a unitary theory of alternative dispute resolution and public civil justice**, UCLA L. Rev., vol. 47.

SANTOS, Boaventura de Souza. In: **O Discurso e o Poder**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SANTOS, Boaventura de Souza. In: **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. Porto: Afrontamento, 1994.

SANTOS, Ricardo Goretti. In: **Manual de Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2012.

SILVA, Adriana dos Santos. In: **Acesso à Justiça e Arbitragem**. São Paulo: Editora Manole, 2005.

SOARES JÚNIOR, Jarbas (Org.); GAVRONSKI, Alexandre Amaral; ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano; ALMEIDA, Gregório Assagra de; OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de; BADINI, Luciano; BELTRAME, Martha Silva; ROMANO, Michel Betenjane; MORAES, Paulo Valério Dal Pai; BORGES, Vladimir da Matta Gonçalves. In: **Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público**. 1ª Ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, 288 p.

SOUSA, José Augusto Garcia de. In: **O destino de Gaia e as Funções Constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/09) a visão individualista a respeito da Instituição?** In: *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*. Nº 25. Rio de Janeiro: DPG, 2012.

SOUZA, Luciane Moessa de; Igor Lima Goettenauer de (Org.). In: **Resolução Consensual de Conflitos Coletivos Envolvendo Políticas Públicas**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014, 268 p.

STRECK, Lenio Luiz. In: **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VALOR ECONÔMICO. In: **Gasto de Empresas com Processos Chega a R\$ 110 bi**. Disponível em: < <http://www.valor.com.br/legislacao/3418112/gasto-de-empresas-com-processos-chega-r-110-bi#ixzz2sMpMByph>> Acesso em: 17.04.2015.

VARGAS, Lúcia Fátima Barreira Dias. In: **Julgados de Paz e Mediação: uma nova face da justiça**. Almedina: Coimbra, 2006.

WARAT, Luis Alberto. In: **O Ofício do Mediador**, Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. In: **Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação**. In: YARHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoiedede (Org.). Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: DPJ, 2005.

WATANABE, Kazuo. In: **Modalidade de Mediação**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/arquivos/artigo4_kasuo.pdf>. Acesso em: 10.04.2015.

A DEFENSORIA PÚBLICA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Gustavo Lindenmeyer Barbieri¹

RESUMO: O estudo visa à análise da nova legislação processual a partir das perspectivas de seus organizadores, assinalando os pontos gerais de evolução sem, todavia, deixar de expor a crítica sobre escolhas pontuais. Diante da necessidade de se incluírem instrumentos que reforçam o caráter público do processo civil, o Código de Processo Civil estabeleceu um regramento para a atuação da Defensoria Pública. Considerada a feição institucional decorrente de normas superiores à lei ordinária, é imprescindível que a posição da Defensoria Pública seja lida de acordo com os preceitos que a conformam e que sua participação no processo, independente do polo que ocupe, seja internalizada pelos operadores como a atuação/obrigação do Estado de tutela da vulnerabilidade e da hipossuficiência em todas as suas formas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual. Direito constitucional. Constitucionalização. Reforma. Código de Processo Civil/2015. Defensoria Pública. Atuação. Representação processual. Curadoria especial. Assistência jurídica e judiciária. Solução consensual de conflitos.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Defensoria Pública constitucionalizada no novo Código de Processo Civil. 3. Posição e atuação da Defensoria Pública no processo. 3.1. Representação processual. 3.2. Curadoria especial. 3.3. Impugnação específica dos fatos. 3.4. Solução e superação de conflitos. 3.5. Assistência jurídica e gratuidade da justiça. 4. Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

Para a análise da legislação vindoura é necessário retomar a questão: “revisão ou um novo Código”?

Não seria de menor mérito para o legislador se a Lei n. 13105/15 – Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) - fosse apresentada como o instrumento da revisão imprescindível, profunda e sistemática, de alterações

¹ Defensor Público, Dirigente do Núcleo de Defesa Cível – DPE/RS.

pontuais ou mais amplas, levadas a efeito nos mais de quarenta anos de vigência do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973). Da leitura dos primeiros comentários sobre aspectos práticos da nova lei, prepondera a incredulidade dos operadores, talvez devido ao ceticismo quanto à capacidade do Direito e das instituições de solucionarem os litígios. O texto não se contamina de pessimismo enquanto anuncia os seus objetivos de assegurar a celeridade e a justiça na prestação jurisdicional, através de ritos simplificados ou particulares, consentâneos com a evolução ou especificidade das relações do direito material. Não haverá uma renovação significativa dos institutos ora vigentes por dois motivos: a par da tutela coletiva, não houve, no Brasil, uma revolução no processo; ainda, diante da complexidade tanto do sistema jurídico como da estrutura judiciária, não há espaço para experiências rebeldes e descuidadas.

Não se pode defender que uma lei de maior magnitude possa “*deitar abaixo as instituições do Código vigente, substituindo-as por outras inteiramente novas*” sem ofender os princípios da conservação e da inovação, os quais regem a elaboração dos Códigos. Se a mudança intenta corrigir velhos erros do ordenamento anterior, não deve ser perturbadora² e incorrer em equívocos de consequências desconhecidas. Uma ruptura de sistema causaria conflitos entre ritos e procedimentos, com prejuízo apenas à tutela de direitos.

O que o CPC/2015 apresenta não supera a outras inovações de envergadura levadas a efeito através de emenda, tais como a antecipação de tutela e as sentenças cominatórias de tutela específica (Leis n. 8952/94 e n. 10444/02), o agravo retido (Leis n. 9139/95, n. 10352/01 e n. 11187/05), a ação monitória (Lei n. 9079/95) ou o cumprimento de sentença (Lei n. 11232/05). Não houve alteração substancial dos procedimentos, e as alterações empreendidas detêm um alto grau de compatibilidade com o sistema anterior. Já sem tempo, foi abandonada a insistência fetichista com o procedimento comum sumário, reformulado sem sucesso em diversas oportunidades. Assim, excetuado o quanto inova com a tutela de evidência e de urgência, no mais se acredita em poucas inconsistências as quais, quando não regulamentadas pelo extenso rol de disposições *efetivamente* transitórias, referentes a processos em andamento, poderão ser em boa parte solucionadas com o respeito aos *direitos adquiridos processuais*³, sistemática que rompe com a simplicidade adotada pelo art. 1.211 do CPC/1973⁴ ⁵.

² CPC/1973. Exposição de motivos. Lei n. 5.879, de 11 de janeiro de 1973, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm

³ CPC/2015 “Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da

Ao par de alguns temas merecedores de crítica, cuja extensão é incompatível com o objeto deste estudo⁶, o texto tem méritos elogiáveis. Dentre outros aspectos não menos dignos de nota, o CPC/2015 incentiva a renovação do estudo teórico na ciência processual, positiva soluções para divergências que fragilizavam a unidade do sistema⁷ e confere organicidade a institutos que surgiram, evoluíram e convivem no processo. É possível acrescentar enquanto aspecto positivo a sutileza de certas evoluções. O CPC/1973, a despeito de merecer reformas contextuais e sistemáticas mais ou menos amplas, não chegava a veicular anacronismos incompatíveis com as expectativas dos seus destinatários; uma *revolução* de institutos resultaria na aplicação inconsistente e demandaria um tempo e esforço significativos, até que os mecanismos de conformação nele previstos demonstrassem sua eficácia.

É de se ter em vista que o ato de codificar não se justifica mais pelos seus propósitos históricos: estabelecer um *corpus juris* conhecido pelos ocupantes, em caráter transitório ou definitivo, de um território; representar a soberania do Estado unitário ou mesmo servir como um instrumento de ruptura⁸. Codificar tornou-se uma tarefa complexa cujo resultado não pode ser

norma revogada.” CPC/2015 “Art. 1.047. As disposições de direito probatório adotadas neste Código aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência.”

⁴ A respeito do art. 1.211 do CPC/1973 tratava Galeno de Lacerda: “O silêncio do legislador nesta difícil matéria certamente haverá de provocar graves dificuldades na prática, para juízes e advogados, tão grandes e profundas se apresentam as modificações que a nova lei impõe ao procedimento. Competências novas, acréscimo de atos, supressão de outros, modificações de jurisdição, alongamento e diminuição de prazos, constituem inovações cuja incidência aos processos em curso suscita problemas de difícil solução, agravados pelo nenhum socorro, nenhuma orientação do novo Código ao desventurado intérprete.” (LACERDA, Galeno. O novo direito processual civil e os feitos pendentes. S.E., Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 11)

⁵ A enunciação do art. 1.211 do CPC/1973, conforme LACERDA, *loc. cit.*, consiste velho preceito que dataria de Ordenança francesa de 1363. De fato, consta no item 22 da *Ordonnance contenant differents Reglements pour le Juge des Procès*: “Les nouveaux Reglements seront observez dans les affaires qui sont déjà pendantes devant le Parlement.”. (SECOUSSE, Denis François. *Ordonnances des roys de France: contenant les ordonnances du Roy Jean, depuis le commencement de l'annee 1355. jusqu'a sa mort arrivee de le 8. Avril 1364, vol. 3*, Paris: Imprimerie Royale, 1732, p. 650, disponível em <<https://books.google.com.br/books?id=JNRYAAAACAAJ>>, acessado em 08/04/2015. Nestes termos, o art. 1.046 do CPC/2015 parece ter sido deixado por esquecimento do legislador.

⁶ Fazemos referência especial às tutelas de urgência e de evidência. Ainda que se venha a comprovar a adequação teórica, foi instituído um sistema complexo: “Tendo em vista a instrumentalidade intrínseca à tutela provisória, o critério temporal a divide em antecedente e incidente, conforme seja requerida antes ou no curso da ação principal. A tutela provisória antecedente pode ser cautelar ou antecipada de urgência. A tutela provisória incidente pode ser cautelar ou antecipada. A tutela provisória incidente antecipada pode ser de urgência ou de evidência” (GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015, em Desvendando o novo CPC, p. 114)

⁷ São exemplos, dentre outros: CPC/2015. Art. 218, §4º. Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo legal; art. 513, §2º. O devedor será intimado para cumprir a sentença: (...) IV – por edital, quando, citado na forma do art. 256, tiver sido revel na fase de conhecimento; art. 921. Suspende-se a execução: (...) §1º. Na hipótese do inciso III, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano, durante o qual se suspenderá a execução.

⁸ “Mais un bon code civil pouvait-il naître au milieu des crises politiques qui agitaient la France ? Toute révolution est une conquête. Fait-on des lois dans le passage de l'ancien gouvernement au nouveau ? Par la seule force des choses, ces lois sont nécessairement hostiles, partiales, éversives. On est emporté par le

outro senão uma lei que integre e remodele o seu meio, sem o impactar ou o desfigurar⁹.

É necessário ainda outra observação introdutória, o CPC/2015 se inseriu ainda mais profundamente no âmago do Direito Público, ao incorporar preceitos e institutos do direito constitucional e por oficializar alternativas antes deixadas à descrição dos particulares. Isto se nota de forma mais marcante através: *i*) da indicação no texto de princípios constitucionais informadores da atividade jurisdicional, *ii*) da regulamentação mais ampla da atuação do Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública, *iii*) da oficialização das atividades tarefa de conciliação e mediação¹⁰, *iv*) do estímulo e reconhecimento expresso a meios alternativos de solução de conflitos, *v*) do reconhecimento da intersubjetividade dos litígios, que autoriza a intervenção do *amicus curiae*, *vi*) da desnecessidade da remessa necessária no caso de a decisão judicial coincidente a entendimento administrativo vinculante e *vii*) da inclusão da reclamação como instrumento para impugnar as decisões judiciais.

A estabilidade atual da ciência jurídica impede que se cogite um “novo Código” na acepção genuína do termo. Não se vive uma época conturbada ou de ruptura constitucional. O CPC/1973 sobreviveu quase trinta anos à redemocratização, pois não era uma legislação autoritária (qualificação muitas vezes imposta a leis cujo conteúdo alguns intérpretes não concordam) e datada, mas técnica e serviu bem dentro de seus limites. Mesmo hoje não é obsoleta, pois as mazelas e idiosincrasias do processo na prática se devem, em parte, ao mérito dos seus atores ou de interpretações teratológicas dos dispositivos ainda vigentes.

besoin de rompre toutes les habitudes, d'affaiblir tous les liens, d'écarter tous les mécontents. On ne s'occupe plus des relations privées des hommes entre eux : on ne voit que l'objet politique et général ; on cherche des confédérés plutôt que des concitoyens. Tout devient droit public.”(PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Discours préliminaire du premier projet du Code Civil. Paris, 21 jan. 1801. Disponível em <http://dx.doi.org/doi:10.1522/030032830>, acessado em 07/04/2015).

⁹ “Não é discutível e resulta mesmo evidente, que o Direito positivo mesmo quando consista numa ordem jurídica assente na ideia de codificação, é, notoriamente, susceptível de aperfeiçoamento em vários campos. Os valores fundamentais constituintes não podem fazer, a isso, qualquer exceção devendo, assim, mudar também o sistema cujas unidades e adequação eles corporizem. Hoje, princípios novos e diferentes dos existentes ainda há poucas décadas, podem ter validade e ser constitutivos para o sistema. Segue-se, daí, finalmente, que o sistema, como unidade de sentido compartilha de uma ordem jurídica concreta no seu modo de ser, isto é, que tal como esta, não é estático, mas dinâmico, assumindo pois a estrutura da historicidade.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. S.E., Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1989, pp. 107/108)

¹⁰ De modo a ilustrar a atipicidade de uma mediação judicial, convém transcrever o conceito puro: “A atividade do mediador desenvolve-se no mundo fáctico. Os seus atos não são negócios jurídicos, nem atos jurídicos *stricto sensu*. Tem-se de frisar isso mais do que se costuma fazer.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, Tomo 43, 3. ed., 2. tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, §4.714.2, p. 232).

Todavia, por vezes, o conjunto exterior se altera de forma tão significativa, que uma legislação de maior envergadura depende de um marco para se ressignificar no sistema. Sob esta perspectiva, deve existir um “novo código”.

2 A DEFENSORIA PÚBLICA CONSTITUCIONALIZADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O *constitucionalismo* do processo não tem como ponto de partida o CPC/2015 e não se coaduna com qualquer critério que o limite à inclusão de matéria processual na Constituição¹¹. Representa bem mais do que aferir em abstrato se uma lei é formal e materialmente compatível com a Constituição; há constitucionalismo se o resultado da aplicação da lei é coerente com o sistema constitucional. Nestes termos, pode ser compreendida como uma proposta de *hermenêutica* que atua, para obtenção da compatibilidade, atribuindo um peso maior a abstrações pretensamente corretas cuja natureza fundamental é atribuída por consenso prévio pelos seus potenciais intérpretes. Enquanto alguns campos de aplicação prática do direito foram mais permeáveis ao influxo constitucional, posto lidarem com objetos mais sensíveis (ou sentidos) como a vida, a liberdade ou direitos econômicos, em outros, regidos pela desconfiança individualista, houve (e há) maior resistência em internalizá-los¹².

Sem menosprezo, o art. 1º do CPC/2015 não cria o processo civil constitucional, mas *positiva* a Constituição como fundamento do processo civil com a finalidade de relembrar o intérprete da existência de princípios e regras superiores aos quais deve coerência. Apesar de encerrar um conteúdo simples¹³, o princípio da supremacia da Constituição não decorre apenas da existência de um sistema de normas superiores, mas do *efetivo respeito* a

¹¹ A este respeito não se vai além de SARLET, que aponta, a respeito do Direito Privado: “Neste sentido, aponta-se com inteira razão para o fato de que a assim designada constitucionalização do Direito (e, portanto, também do Direito Privado) se manifesta por duas vias: a) a presença da Constituição no Direito Privado, onde se cuida da influência das normas constitucionais, via concretização legislativa e/ou judicial sobre as normas do Direito Privado e as relações entre particulares, e b) a presença do Direito Privado na Constituição, onde se cuida de institutos originalmente do Direito Privado previstos na Constituição – que, por sua vez, irá influenciar o Direito Privado – situação que, no fundo, se está a falar de direito constitucional e não propriamente de um direito civil-constitucional.” (SARLET, Ingo Wolfgang; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski e LONGO, Luis Antonio (orgs.). *Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas em A constitucionalização do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 115)

¹² Um dos exemplos mais marcantes da resistência do direito privado (material e adjetivo) foi a prisão civil do depositário infiel, cuja aplicação somente veio a ser declarada definitivamente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2008 (STF, RE 466343, Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. em 03/12/2008, DJe 05/06/2009).

¹³ “O princípio não tem um conteúdo próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela.” (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 372)

este sistema¹⁴, o que, de certa forma, constitui uma novidade incipiente do direito brasileiro¹⁵, sem deixar de ser uma dificuldade em qualquer ordenamento:

“A despeito de sedimentada formulação doutrinária destas questões, o Direito Constitucional, por peculiaridades que lhe são próprias, não as assimilou ainda inteiramente. A dificuldade de isolar o seu objeto da complexa interferência de componentes metajurídicos retarda, quando não o seu desenvolvimento científico, ao menos a sua dimensão normativa, comprometendo-lhe a eficácia, assim no que diz respeito ao cumprimento espontâneo de seus princípios e normas como à existência de meios de sanção eficientes. Em nenhuma esfera jurídica, observa Linares Quintana, é tão grande o abismo entre a validade e a vigência do Direito.”¹⁶

A ausência de um compromisso estável entre a prática e os preceitos fundamentais obriga que estes sejam prescritos e repetidos em diplomas de menor hierarquia, assim atuando como uma permanente advertência ao aplicador. A insegurança transparece no próprio art. 5º da Constituição Federal, com a cautela do legislador de dissecar o princípio do devido processo legal, de modo a explicitar o seu conteúdo. Adotado com rigor técnico, incompatível, todavia, com o sistema jurídico brasileiro, não haveria necessidade de prescrições outras senão a regra geral de *procedural due process*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Além de uma dimensão normativa geral, o CPC/2015 incorpora também instituições constitucionais, notadamente o objeto especial deste estudo: a Defensoria Pública.

¹⁴ “A alegação de ofensa à Constituição, em países com estabilidade política e em verdadeiro Estado de Direito, é gravíssima, reclamando a atenção de todos, principalmente da população. Entre nós, quando se fala, por exemplo, em juízo, que houve desatendimento da Constituição, a alegação não é levada a sério na medida em e na extensão que deveria, caracterizando-se, apenas, ao ver dos operadores do direito, como mais uma defesa que o interessado opõe à parte.” (NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal, 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 19)

¹⁵ “Enquanto não tivermos que fazer rosto em nossa história ao desafio da constitucionalidade material, traduzida em direitos sociais consagrados no âmbito formal das constituições, foi de todo possível dissimular ou conter a impetuosidade da crise constituinte, sempre presente, mas nunca tão geradora de efeitos desestabilizantes quanto nesta segunda metade do século XX, e menos desestabilizante ou menos complexa talvez por ser ainda a crise constituinte da constitucionalidade formal, aquela atada quase toda a aspectos políticos da formulação de direitos e liberdades individuais ou de consagração formal da regra de separação de poderes, tudo em nome ainda de princípios fundamentais da ideologia liberal.” (BONAVIDES, Paulo História constitucional do Brasil. 3 ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 10)

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 55.

A Defensoria Pública era parcamente regulada – e apenas no âmbito de alguns Estados – quando editado o Código de Processo Civil de 1973, que, com a proposta de promover a reordenação interna dos ritos processuais a partir de critérios científicos, se preocupou com mais afinco da solução da lide do que com o acesso à função jurisdicional¹⁷. Na sua Exposição de Motivos, ressalva-se a opção de não tratar, no texto, da assistência judiciária gratuita¹⁸. Não ocorreu um descompromisso do legislador pois era razoável, naquele momento, considerar que a subsistência da Lei n. 1060/50¹⁹ e do desusado sistema da Lei n. 5478/68 observava aos preceitos constitucionais incorporados com a Constituição Federal de 1946. A assistência judiciária constituía tema colateral, bastando, a rigor, que o “pobre” pudesse ajuizar a demanda sem a obrigação de adiantar as custas e despesas processuais e, ao final, se vencido, ser beneficiado com a suspensão da exigibilidade da sucumbência. A “indicação de advogado” era tema do Direito Administrativo²⁰.

O CPC/1973 foi elaborado com o foco na atividade jurisdicional. Sustentar, através de uma *desconstrução*, que a Defensoria Pública é encontrada em alguma de suas “camadas textuais interpretáveis e transformáveis”²¹ é um esforço a ser empreendido sobre o lombo de Rocinante²². Embora existisse um efetivo empenho, jamais seria alcançado consenso sem regras claras ou, pelo menos, bem definidas, como exige a cultura jurídica brasileira do texto expresso. A inclusão da Defensoria Pública como função constitucional do Estado no processo civil tardava e não seria imposta – como de praxe – até edição de um novo texto compatível com o art. 134 da Constituição Federal de 1988:

¹⁷ CPC/1973. Exposição de Motivos. “13. O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. (...) O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público de atuação da lei na composição dos conflitos.”

¹⁸ A justificativa residia no caráter geral da Lei n. 1.060/50: “Assim, as regras da Lei n. 1.060 não particularizam a proteção aos que litigam no processo civil; amplia-a aos que há de pleitear perante a justiça penal, militar e do trabalho. Trata-se, portanto, de um conjunto de disposições comuns aos quatro Códigos.” (Exposição de Motivos,

¹⁹ “O preceito do art. 141, §35, da Constituição Federal de 1946, e as normas estabelecidas na Lei 1.060/50, de 05 de fevereiro de 1950, levaram muitos dos Estados brasileiros a editarem leis criando serviços públicos de assistência judiciária onde ainda não existiam, ou adaptando aqueles já existentes às novas regras estabelecidas no âmbito federal. Em Minas Gerais isto ocorreu com o Decreto-lei 2.131/47 e Decreto 2.841/47; na Cidade do Rio de Janeiro, antigo Distrito Federal, com a Lei 216/48; no antigo Estado do Rio de Janeiro, em 1954, com a Lei 2.188/54; em Pernambuco, também em 1954, com a Lei 2.028/54, dentre outros” (ALVES, Cleber Francisco. Justiça para todos! Assistência judiciária gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. S.E., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 246).

²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, 5. ed., Rio de Janeiro, Forense: 1997, p. 460.

²¹ DERRIDA, Jacques. Força da Lei, S. E., Martins Fontes: São Paulo, 2007, p. 26.

²² Sem tecer crítica pessoal a qualquer autor de tal exegese, mas “asentósele de tal modo en la imaginación que era verdad toda aquella máquina de aquellas sonadas soñadas invenciones que leía, que para el no había otra história más cierta en el mundo.” (CERVANTES, Miguel de. Don Quijote de la Mancha, Barcelona: Editorial Juventud S.A., 1968, p. 38).

Art. 134. 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 do art. 5º desta Constituição Federal.

Mesmo nas primeiras obras acerca da nova legislação processual, a temática não tem sido desenvolvida de maneira satisfatória, o que apenas traduz a reduzida importância tradicionalmente dada ao seu estudo. Já se leu que o art. 185 do CPC/2015 seria equivocado porque prevê, dentre as atribuições da Defensoria Pública, “a promoção dos direitos humanos”, justificado o erro suposto, pois esta seria uma atribuição incompatível com a sua finalidade.

A Constituição Federal e a Lei Complementar n. 80/94 delineiam a Defensoria Pública como “expressão” e “instrumento” do regime democrático, situando-a, desta forma, como instituição basilar de uma república que se constrói sobre os princípios fundamentais, dentre outros, da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º), e objetiva construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover, sem preconceitos, o bem de todos (art. 3º). O que se trata aqui é do vínculo necessário e indissolúvel da Defensoria Pública como agente fundamental dos princípios e objetivos mais relevantes do regime do Estado brasileiro. A distinção é imprescindível, pois o art. 1º da Lei Complementar n. 80/94, que trata de assuntos distintos, não pode ser lida em um único fôlego. A norma assenta dois momentos, o primeiro referente ao *locus* da Defensoria Pública no Estado, de onde exsurge a sua relevância e legitimidade para o desempenho das tarefas previstas no segundo, atinente aos instrumentos e objetivos institucionais.

É censurável, sob os princípios básicos de direito, confundir a pretensão de direito material com o direito fundamental de acesso à justiça. A Defensoria Pública, ainda que por suas funções constitucionais transmita ao Poder Judiciário as pretensões dos hipossuficientes, não extingue nisto a sua finalidade, pois se “a atuação dos defensores públicos for vista como segmento da prática da advocacia – como alguns a identificam -, a carreira institucional seria um simples simulacro da atividade praticada pelos advogados, destituída de identidade própria.”²³. Intui-se uma categoria diversa

²³ GALLIEZ, Paulo. Princípios institucionais da Defensoria Pública, 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, p. 51

de legitimação processual, na qual a demanda seria intermediada por um agente do Estado com capacidade postulatória, sem, todavia, poderes de representação, constituindo um termo médio entre a parte representada por advogado e a parte não-habilitada litigante do art. 36 do CPC/1973.

O legislador do CPC/2015 manifestou-se com confiança em suas habilidades de intérprete independente da Constituição ao transferir os aspectos fundamentais da Defensoria Pública para o texto legal, restringindo a possibilidade de leituras em descompasso com o *locus* institucional. O art. 185 do CPC/2015 é significativo ao observar um paralelismo, tanto com o art. 134 da Constituição Federal como com o art. 1º da Lei Complementar n. 80/94:

“Art. 185. A Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita.”

Não se pode deixar de anotar a evolução do texto quando comparado com o PLS 166/2010, para o qual a Defensoria Pública, a despeito do seu assento na Constituição, nada representava ou significava. Não possuía conceito ou qualificação quaisquer, reservados apenas à Advocacia Pública²⁴ e ao Ministério Público²⁵. Esta constituía a omissão mais grave, importando menos – a não ser pela gritante falta de técnica – o fato de ser incluída dentre os “*procuradores*”; em termos de importância, seria um problema de gramática tanto quanto de marcenaria.

Avistar o *formato* atual da Defensoria Pública como um experimento dado pelo legislador constitucional é um equívoco. A peculiar *formatação* institucional da Defensoria Pública no Brasil consiste em imposição do *paradoxo da igualdade* ao qual leva o *caput* do art. 5º da Constituição Federal.

O art. 185 não permite qualquer interpretação restritiva das funções institucionais da Defensoria Pública, destinando-se o contingenciamento do seu objeto ao processo enquanto instrumento. Se por um lado era imprescindível assentar a Defensoria Pública no CPC/2015, por outro lado, restrições de qualquer ordem invadiriam o campo constitucional e, a despeito de sua ilegitimidade, reforçariam as vozes costumeiramente compromissadas

²⁴ PLS 166/2010. Art. 94. Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a Administração direta e indireta.”

²⁵ PLS 166/2010. Art. 145. O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

com interesses próprios, useiras e vezeiras de uma conveniente inversão de valores.

A análise do que constitui o *necessitado* para efeito de atenção da Defensoria Pública já é bastante ampla e, admite-se, pouco se poderia acrescentar nesta exposição. No que tange à defesa dos *direitos individuais e coletivos*, o julgamento unânime exarado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3943/DF, movida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, que impugnava o art. 5º, II, da Lei n. 7.347/85, veiculará, observando-se pelas manifestações do Plenário²⁶, o que basta para o tema.

Assim, foca-se em outra leitura, o art. 185 do CPC/2015 estabelece um marco superlativo na legislação processual ao prever, de forma expressa, a *promoção dos direitos humanos*. Apesar de o art. 8º cominar ao juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, o resguardo da *dignidade da pessoa humana*, os conceitos não se confundem. O art. 1º, III, da Constituição Federal, afirma a dignidade humana²⁷ como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro por razões históricas. Originado como expressão de direito na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949)²⁸, positivar o respeito à dignidade reconhece tacitamente abusos em um regime anterior e o compromisso presente de que não se repitam. Os direitos humanos são de igual maneira uma resposta ao extermínio da II Guerra Mundial, mas, insculpidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), assumem caráter universal. De acordo com BONAVIDES:

“(…) no bronze daquele monumento se estamparam de forma lapidar direitos e garantias que nenhuma Constituição insuladamente lograra ainda congregar ao redor de um consenso universal.

(…)A história dos direitos humanos – direitos fundamentais de três gerações sucessivas e cumulativas, a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos – é a história da liberdade

²⁶ Até a data da edição, o acórdão não havia sido publicado.

²⁷ “A norma compreende dois conceitos fundamental, porque, em si e isoladamente, revelam valores jurídicos: a pessoa humana e a dignidade. (...) Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores, consciência e convivência de si próprio. Todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa, em última análise, desconsiderar a si próprio. Por isso é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar o seu desenvolvimento. (...) (A) dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim, a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano.” (SILVA, José Afonso. Comentário contextual à Constituição, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 37/38)

²⁸ O art. 115 da CF/1934 fazia referência à universalidade de uma “vida digna”, o que era condicionante, todavia, apenas da ordem econômica, sem representar limites para o poder do Estado,

moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal.²⁹

A dignidade da pessoa humana constitui um dos objetos tutelados na proteção dos direitos humanos, sendo, em conjunto com a titularidade de direitos inalienáveis, o fundamento “da liberdade, da justiça e da paz”³⁰. É menos importante no art. 185 do CPC/2015 o fato de atribuir à Defensoria Pública a proteção dos direitos humanos, pois assim já o fazem a Constituição Federal e a Lei Complementar n. 80/94. É muito mais notável que a legislação processual incorpore em si tal proteção e crie uma importante via dialógica: o processo civil protege os direitos humanos e os direitos humanos pautam o processo civil. Neste contexto, é dever da Defensoria Pública sindicat a observância de tais preceitos pelos demais atores, o que densifica, também nesta seara, a sua legitimidade de representar os abusos não solucionados através do processo aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos.

Surge, portanto, um forte instrumento para assegurar o *direito de ter direitos*. Por outro lado, seria reprovável – diante da deontologia da Instituição – uma ilusão de titularidade exclusiva, a corromper o próprio sistema protetivo, o qual deve ser o mais amplo possível. Aqui se retorna à assertiva acima, é menos importante tratar da proteção dos direitos humanos no processo civil como atribuição da Defensoria Pública, do que se ter o processo civil efetivamente vinculado à proteção dos direitos humanos. Não existe um poder especial que não deva ser partilhado com os demais atores que intervêm na demanda³¹, antes um dever a ser observado por todos, com a peculiaridade de que a Defensoria Pública está obrigada a denunciar os abusos e desvios do sistema protetivo. Não se trata de defender uma posição

²⁹ BONAVIDES, Paulo. ob. cit., p. 574.

³⁰ Declaração Universal dos Direitos do Homem . Registram-se em especial os arts. 1º e 22: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” e “Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.”

³¹ Consideradas as normativas próprias de cada cargo, que em muitos casos não podem ser revogadas ou alteradas pelo Código de Processo Civil em virtude da hierarquia de leis, como, por exemplo, o rol de prerrogativas estabelecido pelo art. 128 da Lei Complementar n. 80/94, os diferenciais previstos principalmente nos arts. 179, 180, 183 e 186 do CPC/2015 para o Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública, são *privilegios* processuais decorrentes de peculiaridades de sua atuação. Enquanto a prerrogativa (lat. *prae – rogo*) transmite a noção de algo já incorporado (ao cargo), o privilégio (lat. *privilegium*) é uma vantagem ou favor, que, no caso, se limita a igualar uma posição de desigualdade. Define-se privilégio como “um benefício ou direito desfrutado por determinada pessoa e não partilhado pela generalidade das pessoas.” (DICIONÁRIO DE CIÊNCIAS SOCIAIS, verbete Privilégio, p. 980)

de classe, mas reforçar a marcante opção do sistema brasileiro de reforçar as garantias vinculadas aos direitos fundamentais:

“(…) uma das maiores novidades constitucionais do século XX é o reconhecimento das garantias institucionais, tão importante para a compreensão dos fundamentos do Estado social quanto as clássicas garantias constitucionais do direito natural e do individualismo o foram para o Estado liberal.

A garantia institucional tem sido mais descrita, analisada e particularizada como um instituto de direito público, materialmente variável segundo a natureza da instituição protegida, vinculada sobretudo a uma determinada Constituição ou a um determinado regime político de organização do Estado do que em rigor definida ou vazada na solidez de um conceito, posto já fora de toda a controvérsia.” (BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, p. 537

Por fim, conquanto o art. 185 do CPC/2015 não repita na íntegra o art. 134 da Constituição Federal e o art. 1º da Lei Complementar n. 80/94, a omissão se destina, como dito, a estabelecer sua função *no* processo civil somente. Esta postura ressalta que a Defensoria Pública consiste numa garantia constitucional não só judiciária, compreendendo outras medidas não limitadas ao processo. A omissão da integralidade do texto é sintomática da supressão do conceito da *advocacia do pobre*.

3 POSIÇÃO E ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO PROCESSO

O CPC/2015 utiliza quatro expressões distintas ao tratar do tema: “seu defensor público”, “defensor público”, “órgão da Defensoria Pública” e “Defensoria Pública” e, em alguns dispositivos, não faz nenhuma referência à Instituição. Apenas uma interpretação estritamente gramatical poderia acarretar dificuldade de entendimento. A despeito da possibilidade de uma revisão geral (como ocorreu com diplomas que o antecederam) vir a corrigir os defeitos, é possível obter o correto alcance da norma se os dispositivos forem lidos, de forma indistinta, como “órgão da Defensoria Pública” ou “Defensoria Pública, tão somente.

Em rápida análise, não se trata de preciosismo apontar que as duas primeiras acepções estão conceitualmente incorretas. Dada a natureza do vínculo que existe entre o órgão de atuação e o assistido (completamente estranha ao mandato), não se admite que esta tenha o *seu* defensor público, pois lhe é assegurada a assistência da Defensoria Pública em geral, sem qualquer possibilidade de que um determinado agente atue por escolha ou que se escolha o agente a atuar. O uso do termo *defensor público* em geral também padece de defeito; não é um agente qualquer que atuará no

processo, mas o titular do órgão de atuação cujas atribuições compreendam o ato a ser realizado.

As duas últimas se afiguram mais corretas, pois observam aos princípios constitucional da impessoalidade e institucional da indivisibilidade. A respeito do último:

“Uma vez deflagrada a atuação do Defensor Público, deve a assistência jurídica ser prestada até atingir o seu objetivo, mesmo nos casos de impedimento, férias, afastamento ou licenças, pois, nesses casos, a lei prevê a substituição ou designação de outro Defensor Público, garantindo assim o princípio da eficiência do serviço público introduzido no art. 37 da Carta Magna pela Emenda Constitucional n. 19/98.”³²

A *impessoalidade* também repercute nos atos judiciais. Assim, as intimações terão efeito com a simples carga dos autos, sem a necessidade da intimação pessoal de agente determinado que atue no processo; da mesma maneira, constitui providência ineficaz *nomear*, como de praxe ainda ocorre e ainda que a lei prescreva, o agente para o exercício de suas funções (por exemplo, na curadoria especial). A única cautela decorrente da impessoalidade – a ser solucionada mais com bom senso do que com o manejo de recursos – é consignar, no caso de entrega dos autos a agente impedido (como, por exemplo, o defensor público responsável pela colidência), a necessidade de intimação pessoal do órgão para o qual a comunicação do ato é destinada.

Não há, ainda, no processo ou fora dele, algo que seja “típico” ou “atípico” na atuação da Defensoria Pública. Esta distinção artificiosa surgiu com finalidade diversa e incompatível com os propósitos da Defensoria Pública. Sem ingressar na análise do caso, o “atípico” era entendido como “estranho” às funções de determinados órgãos ou instituições e, por consequência, poderia, e, com o tempo, deixaria de ser feito. A leitura da Lei Complementar n. 80/94 evidencia que cada ato dos defensores públicos no exercício de suas funções é o exercício da essência do conjunto de todas essas funções ao mesmo tempo. Assim, mesmo diante de um recorte para destacar o subsistema do processo civil, as suas atribuições serão interpretadas da forma mais ampla e inclusiva, compreensivas de quaisquer instrumentos, o que não se compatibiliza com atribuições “típicas” ou “atípicas”. Afinal, não se pode deixar na ociosidade o seu caráter *permanente*, estabelecido tanto na Constituição Federal como na Lei Complementar n. 80/94, e o dever de proteção *integral* com o uso de *todos* os meios jurídicos

32

GALLIEZ, Paulo, obra citada, p. 43.

existentes (o que, aliás, a lei prescreve com invulgar insistência) à disposição para a ampla defesa do direito daqueles a quem assiste³³.

Nesse contexto, deduzir certas atuações como decorrência de “legitimação extraordinária” revela uma compreensão inadmissível do tema. O uso da nomenclatura, mesmo accidental, não pode ser tolerado, impondo-se que a Instituição assuma a responsabilidade pela definição e alcance dos seus conceitos sem admitir o reducionismo tradicional ou timidez. Porquanto a Defensoria Pública não é menos do que uma garantia para a proteção jurídica integral dos necessitados, a ser desempenhada mediante todos os instrumentos disponíveis, o emprego de *quaisquer* instrumentos não pode ser definido de outra maneira senão como “ordinário”, reservando-se o “extraordinário” para a inércia ou a omissão de seus órgãos. O CPC/2015 cria poderes de atuação cujo exercício poderá ser designado como “legitimação autônoma”, notadamente nas hipóteses em que a Defensoria Pública ocupará o polo ativo da demanda em nome próprio com o objetivo de perseguir a tutela de direitos individuais heterogêneos, indisponíveis ou mesmo direitos individuais subjetivos.

3.1 REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL

O art. 103 do CPC/2015 (“A parte será representada em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil”) não serve para fomentar novos conflitos com o art. 4º, §6º, da Lei Complementar n. 80/94. O dispositivo trata da representação processual da parte e não de capacidade postulatória que, no caso dos defensores públicos, decorre da posse no cargo. A procuração é o instrumento pelo qual se admite que o advogado postule em juízo em nome da parte e dela prescinde o defensor público para o desempenho de suas funções. O art. 103 do CPC/2015 não se aplica aos defensores públicos, que não *representam* a parte no processo no mesmo sentido dos advogados, que o fazem por contrato, desempenhando atividade de outra ordem.

O CPC/2015 e o art. 128 da Lei Complementar n. 80/94 tratam de institutos diversos. Para o advogado, independente da concessão do mandato (que pode ser verbal), exigir-se-á a procuração, que é seu instrumento (CC,

³³ LC 80/94, art. 1º (“em todos os grau, judicial e extrajudicial”); art. 4º, I, (“todos os graus”); II (“demais técnicas de composição e administração de conflitos”); V (“ampla defesa”, “perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, “todas as medidas capazes”, “adequada e efetiva”); VII (“todas as espécies de ações”); IX (“qualquer outra ação”); X (“mais ampla defesa”, “todas espécies de ações”); XI (“outros grupos sociais vulneráveis”); XVII (“sob quaisquer circunstâncias”); XVIII (“qualquer outra forma de opressão ou violência”)

art. 653)³⁴, já os defensores públicos representam a parte independente de mandato, mas no exercício de sua função pública:

“tal prerrogativa deriva do fato de que a natureza jurídica da representação do assistido em juízo decorre de lei e da investidura do agente no cargo, e não da outorga de mandato. É um liame de natureza pública estatutária.”³⁵

Não admissível que defensores públicos recebam ou apresentem procuração para o exercício dos poderes específicos que não são outorgados pela “procuração geral para o foro”, arrolados no art. 105 do CPC/2015³⁶. A parte final do art. 128, X, da Lei Complementar n. 80/94 não permite, quando a lei exija poderes especiais, que o defensor público seja constituído mandatário, mas que lhe é vedado exercer os atos que deles dependam. Os poderes a serem exercidos serão todos aqueles compreendidos dentre as suas funções institucionais.

Há dois óbices de caráter técnico para que se confunda a representação ou se pense em mandato: a) eventual procuração com poderes outorgados a defensor público não seria eficaz no caso de licença ou outros afastamentos legais do mandatário; b) ainda que seja possível a outorga de mandato a pessoa jurídica, é impossível que a Defensoria Pública receba os poderes especiais, primeiro porque enquanto emanção do Estado não pode ser constituída mandatária e, segundo porque isto contrariaria o princípio da personalidade fiduciária do contrato.

Desse modo, somente é válida a prática de tais atos pela própria parte, o que ocorrerá através da assinatura conjunta da petição ou de declaração escrita com expressa referência ao processo.

A consequência da prática do ato eivado do vício é a invalidade absoluta, porque a lei o proíbe sem cominar sanção (CC, art. 166, VII). O art. 188 do CPC/2015 não é aplicável ao caso, pois a disciplina da convalidação exige sindicar a finalidade, e isto somente seria possível se a parte declará-lo, o que equivale à prática (CPC/2015, art. 200). Também não se considera

³⁴ CC/2002. Art. 653. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.

³⁵ ALVES, Cleber Francisco e PIMENTA, Marília Gonçalves. Acesso à Justiça em preto e branco: Retratos institucionais da Defensoria Pública, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2004, p. 118.

³⁶ CPC/2015. Art. 105 A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica.

como gestão de negócios alheios, haja vista que se trata de instituto subsidiário do contrato de mandato.

Ainda que se analise sob a ótica da invalidade relativa, o ato processual que exija a concessão de poderes especiais não surtirá efeitos em relação à parte assistida quando praticado por defensor público.

3.2 CURADORIA ESPECIAL

A curadoria consiste opção histórica do sistema processual brasileiro, datando o instituto da legislação reinícola. O art. 72 do CPC/2015 não trouxe novidade importante quanto ao tema; manteve as hipóteses previstas no art. 9º do CPC/1973: a) incapaz sem representante ou cujos interesses conflitem com o de seus representantes e b) no caso de revelia do preso e do citado por hora certa ou por edital. Explicitou, todavia, e se acredita, devido a motivos práticos, que a curadoria especial somente atuará quando o réu preso for revel, circunstância a qual não constava literalmente no dispositivo reformado. A curatela *in litem* do réu preso ainda que constituísse advogado, constava apenas no art. 739 do Decreto n. 737/1850, hipótese abolida desde o CPC/1939.

O fundamento mais evidente da curadoria especial e que impediria reduzi-la sem acarretar retrocesso está nos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV). São menos visíveis as raízes na isonomia, mas a faculdade de apresentar resposta por negativa geral constitui um contrapeso ao prosseguimento do processo, facilitado pela citação ficta³⁷.

De acordo com Carolina Brambila Bega, a curadoria especial pode ser qualificada, sob a ótica da vulnerabilidade (sem que se confunda com a classificação da atuação típica e atípica da Defensoria Pública), em própria e imprópria:

“A curadoria especial própria abrange as situações em que a vulnerabilidade se restringe ao âmbito do processo, de modo que esta condição está limitada à relação jurídica processual determinada (por exemplo: réu revel citado por edital ou com hora

³⁷ “A curadoria especial é múnus público. A lei, quando previu a nomeação de curador especial, fê-lo objetivando a efetivação do contraditório, direito fundamental constitucionalmente garantido. A nomeação de curador especial, então, é imperativa, cogente, porque sobre a citação ficta (seja por hora certa, ou pela via editalícia) pesa a presunção de que poderá o réu não ter tido efetivo conhecimento da existência da demanda. Visa, portanto, garantir o contraditório efetivo e real quando não se tem certeza de que o réu tomou ciência da ação em face dele aforada. Trata-se de múnus público imposto com o objetivo de preservar o direito de defesa, consubstanciando a bilateralidade do processo.” (STJ, AgRg no REsp 1089338/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 04/02/2014)

certa, incapaz com interesses colidentes com os de seu representante legal). A curadoria especial imprópria, por sua vez, ocorre nas hipóteses em que a situação de vulnerabilidade está relacionada ao próprio sujeito, e não será suprida pela atuação do curador especial (por exemplo: incapaz sem representante legal e réu preso). Nestes casos, a situação de vulnerabilidade não é provisória, de modo que a atuação do curador especial, que é restrita ao caso concreto, não será apta a sanar esta condição, mas apenas mitigá-la no processo específico.³⁸

Apesar de o Superior Tribunal de Justiça já ter assentado que a curadoria especial, nas hipóteses do Código de Processo Civil, inclui-se dentre as funções institucionais da Defensoria Pública à vista do disposto no art. 4º, XVI, da Lei Complementar n. 80/94, este dispositivo faz referência aos “casos previstos em lei”. Por seu turno, o parágrafo único do art. 9º do CPC/1973 atribui a curadoria especial ao “representante judicial de incapazes ou de ausentes”. Esta função era, até 1988, ordinariamente exercida pelas curadorias de ausentes do Ministério Público, todavia, passou-se a considerar como função “atípica”, motivo pelo qual se adotou como política institucional a extinção das curadorias dos ausentes nas legislações estaduais.

Agora, o parágrafo único do art. 72 do CPC/2015 assenta: a “curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei”, o que satisfaz o lapso legislativo existente. A Defensoria Pública constitui um órgão de defesa e a função, já desempenhada, a ela naturalmente compete.

O regime de nomeação de curadores especiais dentre advogados subsistirá nos juízos em que não houver Defensoria Pública instalada, encontrando limite temporal em 2022 diante do disposto no art. 98, §1º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Com a vigência do CPC/2015, torna-se contrária à lei a nomeação de advogados para o exercício da curadoria especial, o que, no mínimo, impedirá a remuneração do profissional quando houver Defensoria Pública instalada, ressalvado, por evidente, a colidência na posição dos curatelados. Ao término do prazo concedido para a universalização da Defensoria Pública, mesmo não tendo sido cumprida a determinação constitucional, não se justificará, no plano da legalidade, que o Estado remunere ou continue remunerando serviços profissionais, salvo em hipótese de peculiar insuficiência.

É equivocado manter a expressão “nomear” nos arts. 72, 671 e 752, §2º, do Código de Processo Civil, eis que contraditório com a exclusividade do

³⁸ BEGA, Carolina Brabila. Curadoria especial: tutela da vulnerabilidade processual: análise da efetividade dessa atuação. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-18022013-105924/>>, acessado em 02/05/2014.

exercício pela Defensoria Pública e porque a atuação em curadoria decorre de imperativo legal. A sua falta no processo é vício essencial que infringe norma cogente³⁹ e de interesse público e, por consequência, acarreta nulidade absoluta, a ser conhecida de ofício e a qualquer tempo⁴⁰. O argumento gramatical de que os dispositivos mencionados carregam uma nomeação imperativa não convence diante da relatividade conferida ao modo verbal ou aos advérbios na aplicação prática do Direito no Brasil, subsistindo, até mesmo, entendimento sumulado por tribunal superior em descompasso com a relação da ação verbal com o seu destinatário⁴¹.

Considerado inexistir faculdade jurisdicional, a nomeação pelo magistrado está em sentido figurado. Uma interpretação literal conflitaria com a autonomia e a indivisibilidade da Defensoria Pública. O curador especial não será o defensor público designado pelo juiz, mas o agente que oficie perante o juízo conforme os termos e normas internas da Instituição. Como consequência, a despeito de nomeado “A”, é perfeitamente normal que outros agentes atuem no processo em substituição ou sucessão do afastado eventual ou removido.

No que tange à autonomia, há interessante conflito legislativo: caso o defensor público discorde do magistrado quanto à hipótese de atuação, não está submetido ao comando judicial. De acordo com o art. 4º, §8º, da Lei Complementar n. 80/94, caso o defensor público compreenda não ser hipótese de atuação institucional, a controvérsia será decidida pelo Defensor Público-Geral. A análise acerca da prevalência da especialidade sobre a hierarquia normativa é deixada propositalmente em aberto.

A prerrogativa da inamovibilidade e a garantia do exercício das atribuições pelo defensor natural impedem a destituição pelo juízo do agente responsável pela curadoria. Eventual inércia ou omissão somente podem ser apuradas no âmbito correicional nos termos do arts. 105, IX e XI, e 129, II e V, da Lei Complementar n. 80/94.

³⁹ “Direito cogente (impositivo, proibitivo) é o direito que a vontade dos interessados não pode mudar. Uma vez composto o suporte fático, a regra jurídica incide, ainda que o interessado ou todos os interessados não o queiram.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado, t. I, p. 56, §18.1)

⁴⁰ “A violação de normas imperativas, ao contrário do que ocorre com a anulabilidade, deve ser declarada de ofício pelo magistrado. Enquanto, porém, a ofensa a lei reclamada pelo interesse público provoca nulidade insanável, a infração de preceito imperativo ditado em consideração a interesse de parte impele o juiz a atentar o suprimento, antes de declarar a nulidade.” (LACERDA, Galeno. Despacho saneador, 3. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 160)

⁴¹ Nos termos da Súmula 261 do Superior Tribunal de Justiça, a “incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”, por outro lado, o art. 65 do Código Penal, que regra a espécie, refere que circunstâncias atenuantes por ele veiculadas *sempre* reduzem a pena.

No exercício da função, notadamente na curadoria especial própria, é cabível o manejo de todas as defesas e exceções que poderiam ser opostas pelo réu presente, inclusive quanto ao *conteúdo*. O art. 341, parágrafo único, do CPC/2015 não inovou no que tange à inexistência do dever de o curador especial apresentar impugnação especificada dos fatos, convencionalmente designada contestação por negativa geral, tal faculdade é subsidiária, sendo cabível apenas quando não houver questões de fato ou de direito a serem questionadas à vista dos elementos constantes dos autos⁴². A amplitude da defesa ganha expressão no art. 4º, V, da Lei Complementar n. 80/94⁴³. Outrossim, por se tratar de função desempenhada em obediência ao princípio constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), não se cogita do adiantamento de custas e despesas processuais, entendimento já sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça e que passou a constar no art. 91 do CPC/2015.

Por fim, a curadoria especial não se confunde com quaisquer espécies de representação legal, ainda que se trate do réu ausente, não se aplicando o art. 22 do Código Civil. Enquanto aquela decorre de circunstâncias processuais definidas nos arts. 72, 671 e 752, §2º, do CPC/2015, o curador provisório do direito material se justifica diante da incerteza da sobrevivência daquele que desapareceu de seu domicílio. Da mesma forma, a curadoria exercida pela Defensoria Pública se diferencia da curatela do art. 245, §§4º e 5º, do CPC/2015, a qual, a despeito de restrita “à causa”, deverá observar na escolha do curador “a preferência estabelecida em lei”, e tal ordem somente pode ser extraída do art. 1775 do CC. Assim, a hipótese consiste curadoria material, ainda que o representante (no sentido próprio) detenha poderes limitados.

3.3 A IMPUNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FATOS

Um ponto que merece atenção devido à sua atipicidade e que deve ser analisado distintamente da curadoria especial é o disposto no art. 341, parágrafo único, do CPC/2015, pelo qual o “*ônus da impugnação especificada*

⁴² “Em razão do curador exercer um múnus público, ele não fica, assim, preso à matéria de direito, podendo, inclusive, pedir perícia e arrolar testemunhas. A Curadoria Especial atua como representante processual do réu, podendo contestar por negação geral, quando não houver nenhuma defesa. Pode, inclusive, oferecer embargos do devedor. Apesar do curador não conhecer os fatos narrados na inicial, isso não impede que tenha condições de contestá-los, porque a própria inicial traz os fatos que o curador perquire facilmente.” (PIMENTA, *op. cit.*, p. 126)

⁴³ LC 80/94. Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;

dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial”.

Primeiro, apesar de o dispositivo estar regulamentado na resposta, não se inova quanto à aplicabilidade no processo de execução ou na ação monitória. Isto porque, nos embargos à execução, o art. CPC/2015 repete em essencial o que já dispunha o art. 598 do CPC/1973 e a Súmula 196 do Superior Tribunal de Justiça. O entendimento já estável, acerca da sua extensão aos embargos monitórios, foi também sufragado pelo art. 702, §1º, do CPC/2015.

Esses delineamentos são ordinários no que tange à função da curadoria especial. O peculiar reside na dispensa do ônus da impugnação específica tanto o “defensor público” como ao “curador especial”. É provável que a distinção entre os sujeitos da norma causará celeuma pois, a primeira vista, se a curadoria especial é (e será, no futuro) necessariamente desempenhada pelos defensores públicos, não haveria motivo para que o parágrafo os tratasse como figuras distintas. Todavia o faz, impondo-se analisar se a dispensa do ônus da impugnação específica se aplica não só ao defensor público-curador como à qualquer defesa levada a efeito pelos defensores públicos, ainda que assista a réu presente.

O efetivo alcance da norma dependerá da avaliação empírica, ou seja, apenas com a vigência será possível aferir os seus efeitos concretos⁴⁴. Isto não impede cogitar, no plano teórico, de fundamentos favoráveis e contrários à interpretação literal.

O primeiro, mais simples, é o próprio *método literal* de interpretação. A obrigação de citá-la, a despeito das fundadas críticas que sofre, decorre da apuração científica, e deixar de referir um sistema racional, apriorístico e suficientemente fundamentado valorizaria em demasia um *belief bias* contemporâneo. Assim, na medida em que o parágrafo único do art. 341 do CPC/2015 distingue os sujeitos do curador especial e do defensor público, e o primeiro *sempre* é o defensor público, trata de categorias distintas.

O *método lógico-proposicional* leva à mesma conclusão. Considerados os objetos defensor público (p), curador especial (q) e advogado dativo (r), temos que $p \supset q$, mas $p \not\sqsubset r$ e $q \neq r$, logo $q \not\sqsubset r$ ou

⁴⁴ “(...) tem-se de levar em conta que a regra jurídica, a lei, viveu e vive *lá fora* – foi para ser ouvida e lida pelos que não de observá-la e é para ser lida, hoje, por eles. Nem o que estava na psique dos que a criaram, nem o que está na psique dos que hoje a criam, têm outro valor além do que serve à explicitação do que é que foi ouvido e lido por aqueles a que foi dirigida, ou o é por aqueles a quem hoje se dirige.” (PONTES DE MIRANDA, Tratado de direito privado, Tomo I, Prefácio, XII)

$r \square q$. Assim, se a proposição do art. 341, caput, do CPC/2015 fixa a regra da manifestação precisa sobre as alegações de fato constante na inicial (a) e o parágrafo único cria exceções (N), então $NaApqr$, caso contrário, não seria possível construir uma *função de verdade* com base nas proposições atômicas, e qualquer dos designados, em qualquer situação, terá dispensado o encargo do *caput*.

Uma interpretação sistemática e teleológica também ampara a vantagem processual a todas as figuras designadas. Parte-se da figura mais estudada: a curadoria especial, qualificada como uma das dimensões do princípio do devido processo legal. Como já exposto, os benefícios processuais que lhe são inerentes decorrem da lei e visam equilibrar o artifício *como se (als orb)* concedido ao autor (de que o réu citado por edital teve conhecimento da lide) em uma ficção abstrativa⁴⁵, sendo imprescindível, para interromper a suspensão momentânea de validade do processo, que se forme o contraditório e exercite-se a ampla defesa através da correção do *erro*⁴⁶. O processo heurístico atinente à curadoria especial pode ser perfeitamente transferido para a atuação dos defensores públicos, o que, então, lhes eximiria do ônus de impugnação específica dos fatos.

Isso porque: a) a Defensoria Pública e a curadoria especial (em maior ou menor substância) decorrem do princípio do devido processo legal material⁴⁷, b) ambas são abstrações jurídicas e b) se destinam a alcançar objetivos constitucionais maiores.

⁴⁵ “Já observamos que as ficções subsumidas nesta classe têm em comum a negligência de importantes elementos da realidade. O que motiva a criação dessas ficções é que os fatos, na maioria dos casos, são demasiado emaranhados; assim, devido à sua enorme complexidade, a elaboração teórica se revela muito difícil. As funções lógicas não podem trabalhar com tranquilidade, uma vez que ainda é impossível discernir os fios que formam o tecido da realidade. Se então o material é extremamente complexo e emaranhado, de modo que o pensamento não logra desenlaçar os seus fios, e se os fatores causais almejados são provavelmente de natureza demasiado complexa, o que impede a sua identificação imediata, o pensamento lança mão de um determinado artifício: negligenciar, de forma provisória e por ora, toda uma série de características e apreender unicamente os fenômenos mais importantes.” (VAIHINGER, Hans. A filosofia do como se: sistema de ficções teóricas, práticas e religiosas da humanidade, na base de um positivismo idealista. S.E. Chapecó: Argos, 2011, p. 135)

⁴⁶ “A correção que opera nas divisões artificiais se limita à simples observação de que não se deve considerar tal sistema artificial como real, mas como sistema provisório que está a serviço de finalidades heurísticas e práticas. Todavia, nem sempre esse processo avança sem maiores esforços: há casos em que o primeiro erro feito pelo pensamento na divisão artificial precisa ser compensado por outro de natureza oposta. (...) É evidente que a mesma correção deve ser feita nas ficções abstrativas e negligenciadoras; os elementos negligenciados precisam recuperar os seus direitos depois, de modo que não haja erros.” (VAIHINGER, Hans, ob. cit., p. 267)

⁴⁷ As soluções pontuais e práticas levadas a efeito pelo magistrado no curso do processo, mesmo que previstas em lei, mas inseridas no campo da discricionariedade, dizem respeito à isonomia, que, nada mais é do que o direito a um julgamento justo, como já salientado, uma emanção do devido processo legal (“allgemeines Prozessgrundrecht”).

Por outro lado, o defensor público e a curadoria especial estariam amalgamados, porque se concederia ao primeiro mais uma (e mais poderosa) vantagem processual que viria em reforço a um *déficit* em princípio já contornado com a concessão de prazo em dobro e, portanto, injustificada.

Sob a ótica posição material, a impugnação específica dos fatos não é compatível com a vulnerabilidade ou hipossuficiência, cujo desequilíbrio é ou deve ser enfrentado através da dinâmica probatória. A rigor, exceto em situações peculiares (ilegitimidade, incapacidade ou erro de identificação), a parte contestante tem conhecimento de quais fatos narrados na inicial ocorreram e quais não (*quid nil*)⁴⁸, eventual dificuldade pode surgir com o ônus estático de produzir provas⁴⁹. O art. 373, §1º, do CPC/2015, solucionou – pelo menos no plano legal – tal dificuldade, permitindo que a redistribuição *ope iudicis* dos encargos.

A faculdade de o defensor público apresentar resposta dispensada a impugnação específica dos fatos falha, ainda, sob um critério de fundamentação mútua (instrumento discursivo que não se confunde com o princípio da isonomia). Não sendo coerente que a parte autora, também assistida por defensor público, não detenha tratamento similar (ou compensado). Recordar-se que a leitura da atuação da Defensoria Pública deve ser sempre pautada pela sua finalidade constitucional, isto é, o acesso do hipossuficiente à justiça. Sob o critério da fundamentação mútua, o resultado coerente do discurso será uma declaração válida e aplicável a todo e qualquer caso⁵⁰, ou seja, *sempre* que a parte está assistida por defensor público é pressuposta a hipossuficiência e o tratamento a ambas deve ser *logicamente equivalente*. A considerar que o art. 341, parágrafo único, do

⁴⁸ Ou, em se tratando de defesa indireta de mérito, a parte pode deduzir na resposta, em um jogo a partir da fórmula latina do processo penal, as seguintes defesas: *quis nec!*, *ne quid!*, *quod nom!*, *solus!*, *sine core!*, *nullo modo!*, *nunquam!*.

⁴⁹ “durante un largo lapso y aun luego de haber sido plenamente incorporado al lenguaje procesal el concepto de ‘carga probatoria’, se diseñaron las reglas de la carga de la prueba como algo estático, conculcando así, a nuestro entender, el espíritu de su primer mentor, quien siempre concibió a su teoría del proceso como si fuera una consideración dinámica e los fenómenos procedimentales. Ocurrió entonces que, adoptando una visión excesivamente estática de la cuestión, los doctrinarios ‘fijaron’ (y aquí este verbo debe ser entendido de un modo literal) las reglas de esta carga de la prueba de una manera demasiado rígida, y sin miramientos – además – para las circunstancias del caso; circunstancias que, eventualmente, podrían llegar a aconsejar alguna otra solución.” (PEYRANO, Jorge W. et alii. Cargas probatorias dinámicas 1. ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 15)

⁵⁰ “Uma das ideias mais fascinantes e, simultaneamente, mais duvidosas, unida com o conceito de coerência, é aquela de um sistema no qual cada declaração apoia cada. Que essa ideia não deve ser tomada textualmente é fácil de reconhecer. Se *p* é suficiente para fundamentar *q*, o que, segundo o conceito de fundamentação aqui empregado, pressupõe que *q* resulta logicamente de *p*, então pode *q* somente então ser suficiente para fundamentar *p*, se *p* e *q* são equivalentes. A ideia de um sistema, no qual cada declaração apoia cada, termina, portanto, na ideia de um sistema que contém somente declarações logicamente equivalentes e, nesses sentido, somente uma declaração.” (ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo, 4 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 124).

CPC/2015 tenha por escopo assegurar uma isonomia sob este fundamento, no caso de ambas as partes estarem assistidas por defensores públicos, o resultado da sua aplicação será estabelecer uma desigualdade entre desiguais pressupostamente no mesmo grau.

Essas constatações são algumas, e não exaustivas, bases para se questionar o alcance do dispositivo legal. Uma resposta simplista – ditada por qualquer um que não assuma a posição de intérprete – é afirmar *erro* do legislador. A isto se objeta: a) Onde estaria o erro? Poderia estar tanto na presença do defensor público apartado do curador especial quanto na omissão de dispositivo similar que flexibilizasse a indicação dos fatos na petição inicial quando formulada por defensor público ou, ainda, a preclusão ao aditamento posterior. Da maneira como formulado

3.4 SOLUÇÃO E SUPERAÇÃO DE CONFLITOS

Os §§2 e 3º do art. 3º do CPC/2015 mereciam, do legislador, ser tratados de forma autônoma. Os seus preceitos não tratam do litígio, mas da solução de conflitos e residem nas normas fundamentais do processo civil e não da jurisdição. São prescrições simbólicas e, como tal, multifacetadas.

Conflito é um conceito muito mais amplo no qual a *lide* está inserida. Observa-se que o CPC/2015 o adotou como uma categoria diversa destinada a representar as divergências extraprocessuais. A expressão é utilizada em situações específicas e sempre distinta de *lide* ou *litígio*⁵¹.

Dos dispositivos já citados, ressalta-se um primeiro indicativo desta característica, o §3º do art. 3º, do CPC/2015, refere que a solução consensual dos conflitos é uma conduta a ser incentivada “inclusive no curso do processo judicial”.

O art. 139, VI, do CPC/2015, confere ao magistrado o poder de dilatar prazos processuais e alterar a ordem da produção de provas com vistas “às necessidades do conflito”. A despeito de o *caput* fazer referência à direção do processo, o inciso não prevê poderes em vista de peculiaridades da marcha processual – estes estão previstos nos incisos II, IV e IX –, mas da relação jurídica de direito material subjacente, o que se deduz da ênfase subsequente a “maior efetividade à tutela do direito”.

⁵¹ O termo *lide* é utilizado na acepção precisa de *mérito* (CPC/2015, arts. 113, II; 303; 305; 505 e 509, §4º) enquanto se adota *litígio* de forma mais ampla, ora para designar a *lide* ora para o *processo* (CPC/2015, arts. 47; 77, II; 89; 109; 113, §1º; 313, §2º, II; 345, II; 418; 421; 447, §3º, IV; 565; 628, §2º e 648, II).

O inciso V do mesmo artigo vincula-se ao art. 359 do CPC/2015, estabelecendo a obrigação de conciliar “independente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de *conflitos*”.

Uma das inovações interessantes está no permissivo à instauração de procedimento para produção antecipada de provas sem a necessidade de processo principal posterior, admitindo-se que o objetivo da parte interessada seja “viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” (CPC/2015, art. 381, II).

Por fim, na regulamentação das ações possessórias e petitórias que envolvam o litisconsórcio passivo multitudinário faz-se referência a *conflito* (CPC/2015, art. 554, §3º, e art. 565, §4º) e não a *lide*, a despeito de tratar de procedimento desenvolvido na esfera jurisdicional. Em curtas palavras, isto se justifica porque em tais situações o conceito clássico de lide ainda adotado pela nova legislação, é insuficiente para designar o caráter indivisível do direito coletivo homogêneo de um conjunto de pessoas direta ou potencialmente afetadas pelas consequências práticas da demanda.

Ao se reconhecer a dualidade entre conflito e lide e oportunizarem-se meios para solucioná-los como fenômenos diversos, assegura-se que o processo não consiste a única forma de acessar a Justiça. De acordo com Joel Dias Figueira Júnior:

“Os métodos alternativos de solução dos conflitos são melhor compreendidos quando enquadrados no movimento universal de acesso à justiça, à medida que aparecem como novos caminhos a serem trilhados facultativamente pelos jurisdicionados que necessitam resolver seus litígios, de forma diferenciada dos moldes tradicionais da prestação de tutela oferecida pelo Estado-Juíz. A expressão *Alternative Dispute Resolution* (ADR) tem sido comumente concebida não apenas no sentido técnico, mas, sobretudo, nos expedientes *não judiciais* destinados à resolução de conflitos.”⁵²

O Supremo Tribunal Federal alocou a Defensoria Pública como instrumento fundamental do acesso à justiça, em exegese cada vez mais densificada quanto ao importante papel por ela exercido enquanto função do Estado⁵³. É significativo que o art. 4º da Lei Complementar n. 80/94

⁵² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e execução. S.E., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 114.

⁵³ “É preciso reconhecer, desse modo, que assiste a toda e qualquer pessoa – especialmente quando se tratar daquelas que nada têm e que de tudo necessitam – uma prerrogativa básica que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades. Torna-se imperioso proclamar, por isso mesmo, que toda pessoa tem direito a ter direitos, assistindo-lhe, nesse contexto, a prerrogativa de ver tais direitos efetivamente

estabeleça, com o reforço da Lei Complementar n. 132/09, como primeiras funções: a) a orientação jurídica e a defesa dos necessitados em *todos os graus* (todas as dimensões?), b) priorizar a solução extrajudicial dos litígios e dos conflitos de interesses; c) a difusão e educação em direitos e d) o atendimento interdisciplinar através de seus órgãos e servidores.

Quando o art. 175 do CPC/2015 abre a possibilidade de que, regulamentadas por lei específica, outros órgãos institucionais pratiquem a conciliação e mediação extrajudicial, dispensa-se legislação de caráter nacional ou federal (CF, art. 22, I), pois se está a tratar de procedimentos (CF, art. 24, IX) . É imprescindível o incentivo aos legisladores estaduais para a criação procedimentos próprios ou híbridos, de atuação conjunta da Defensoria Pública com outros órgãos, para incentivar e facilitar a solução consensual de conflitos, tal como a Lei Estadual n. 1504/89 do Rio de Janeiro, que regula a homologação judicial do acordo sobre a prestação de alimentos. A validade da lei estadual foi objeto de questionamento através da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2922/RJ⁵⁴, julgada improcedente.

Pode-se salientar dos votos o reconhecimento da importância das Defensorias Públicas para a solução extrajudicial dos conflitos e como instrumento para o acesso dos necessitados à Justiça, com a ênfase à necessidade de o Estado reforçar, e não restringir, este papel:

De acordo com o Min. Gilmar Mendes, relator:

“A vertente extrajudicial da assistência jurídica permite a prestação de orientações (informação em direito), a realização de mediações, conciliações e arbitragem (resolução alternativa de litígios), entre outros serviços, evitando, muitas vezes, a propositura de ações judiciais. Tudo isso vai ao encontro da desjudicialização e desburocratização da efetivação dos direitos, uma nova faceta do movimento pelo acesso à justiça (...)

Achei que esse caso era interessante, porque reforça o papel da Defensoria Pública numa área que é extremamente sensível, do ponto de vista social. Nós temos um grande problema com a falta, nós sabemos da seriedade que ocorre, que as ações demoram indefinidamente e elas deixam de ter, de certa forma, o caráter alimentício. Então há esse esforço que me pareceu digno de nota. Seria muito fácil seguir a linha da Defensoria e da Procuradoria e dizer se trata de lei processual ou civil.”

implementados em seu benefício, o que põe em evidência – cuidando-se de pessoas necessitadas (CF, art. 5º, LXXIV) – a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública.” (Supremo Tribunal Federal, AI 598212-ED, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014).

⁵⁴ Supremo Tribunal Federal, ADI 2922, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2014.

Em voto-vista, o Min. Luis Fux, relator do projeto final do CPC/2015, destacou:

“Em suma, o propósito da Lei em causa, além de instituir regras procedimentais específicas, consiste em reforçar simbolicamente o papel da Defensoria Pública no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, através da reafirmação, ainda que meramente didática, de função tão sensível do ponto de vista social como é a busca pela efetivação das prestações alimentícias em prol dos desamparados, e nisso não há qualquer inconstitucionalidade a ser declarada por esta Suprema Corte.”

A isso se acrescentam os enunciados 43, 45 e 47 das Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade⁵⁵ (de agora em diante, *Regras de Brasília*). Emitidas na XIV Conferência Judicial Ibero-americana em 2008, estabelecem preceitos a serem observados para reformas legislativas destinadas à sua efetivação. Apesar de a nova redação do art. 4º da Lei Complementar n. 80/94 ter sido apresentada no projeto de lei original (PLP 28/2007), não se deixa de notar o paralelismo entre os diplomas.

Na Seção 5 das Regras de Brasília está prevista a adoção de meios alternativos de resolução de conflitos, notadamente voltadas para pessoas em situações de vulnerabilidade.

A leitura do enunciado 43⁵⁶, em conjunto com o art. 3º do CPC/2015 e com o art. 4º, II, da Lei Complementar n. 80/94, soa harmônica. De acordo com a declaração, o poder público deverá *impulsionar* as formas alternativas, assim consideradas “a mediação, a conciliação, a arbitragem e outros meios” antes e durante a tramitação do processo. Isto não só ressoa na legislação processual como, também, reside dentre as funções prioritárias da Defensoria Pública a teor do art. 4º da Lei Complementar n. 80/94.

É certo que a educação em direitos não constitui matéria processual, mas não está dela desvinculada. A função jurisdicional em um Estado Democrático de Direito somente se justifica enquanto a atividade se propõe a entregar uma solução justa e, de forma ideal, compreendida pelo seu

⁵⁵ CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA. Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/45322>>. Acessado em 02/05/2015.

⁵⁶ Regras de Brasília. “(43) Impulsionar-se-ão as formas alternativas de resolução de conflitos naqueles casos em que seja apropriado, tanto antes do início do processo como durante a tramitação do mesmo. A mediação, a conciliação, a arbitragem e outros meios que não impliquem a resolução do conflito por um tribunal, podem contribuir para melhorar as condições de acesso à justiça de determinados grupos de pessoas em condição de vulnerabilidade, assim como para descongestionar o funcionamento dos serviços formais de justiça.”

destinatário⁵⁷. O enunciado 45 expõe o direito à difusão e a informação acerca da existência dos meios alternativos. Na quadra atual, o acesso à mediação e à arbitragem, em seus termos legítimos, é um privilégio de certos estamentos, a quem não convém transferir a solução de conflitos à função jurisdicional, seja pela incompatibilidade do tempo do processo com o tempo econômico, seja pela desconfiança no preparo técnico dos magistrados para lidar com questões específicas.

No panorama atual, as únicas formas de solução consensual às quais o jurisdicionado “médio” tem acesso são as audiências de conciliação, obrigatórias no rito dos Juizados Especiais Cíveis e realizadas de regra nas demandas envolvendo questões de família. Assim, institucionalizar de forma eficiente os procedimentos dependerá de ações em diversos eixos além da normatização pelo Conselho Nacional de Justiça e criação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos (CPC/2015, art. 165, caput, e §1º) e do incentivo aos atores oficiais do processo à sua prática. Exigir-se-ia uma conscientização massiva da população acerca dos institutos, bem como capilarizar territorialmente e facilitar o seu acesso, evitando qualquer formalidade ou burocracia, de modo que seja uma opção mais simples para os conflitantes acessarem o sistema consensual do que o ajuizamento de uma demanda. Deve haver ênfase na preparação, o treinamento e a constante atualização dos facilitadores ou mediadores, tornando a sua atuação confiável para os usuários do sistema.

Era possível, entretanto, a adoção de fórmulas mais ousadas. O dever de o Estado *promover*, “sempre que possível”, a composição extrajudicial de conflitos entre particulares é de tessitura muito frágil e com pouca força normativa. Não se pretende aqui estampar inconformidade porque o §2º do art. 165 do CPC/2015 não possui densidade suficiente de modo a se instrumentalizem demandas obrigando o poder público a cumpri-lo, fazendo despesas com centros de conciliação ou os subsidiando; mas, sim, que a intenção do legislador poderia ter sido apresentada em um texto unívoco, direto e imperativo: “O Estado priorizará a solução consensual dos conflitos”, o que, de certa maneira, traria reflexos inclusive para o disposto no art. 174.

O §3º foi tímido quanto a seus destinatários. A solução dos conflitos deveria ser expresso como um dever geral para as partes e mesmo para “todos os sujeitos do processo”. Tal espírito pode ser obtido de normas

⁵⁷ A limitada estrutura “normas legais-analogia-costumes-princípios gerais de direito-igualdade”, prevista no art. 126 do CPC/1973, ora insuficiente para explicar a complexidade do fenômeno jurídico e determinar suas consequências foi substituída pelo art. 8º no CPC/2015: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

paralelas, como do direito à solução célere do litígio, dos deveres de cooperação, lealdade e urbanidade, ou mesmo da obrigação de declarar, na petição inicial e na resposta, o interesse em conciliar, da conciliação ou mediação obrigatória nas ações de família, ou do sancionamento pela ausência injustificada ao ato de conciliação. Mesmo a presença de tais preceitos e penalizações não substituem uma prescrição de caráter geral e fundamental.

3.5 ASSISTÊNCIA JURÍDICA E GRATUIDADE DA JUSTIÇA

O CPC/15 passou a regular a concessão da “*gratuidade da justiça*”, derogando expressa e tacitamente a Lei n. 1.060/50⁵⁸, de modo que pouco resta deste venerando diploma legal que não se encontra em conflito com a legislação atual. É bem marcante que os arts. 98 a 102 tratam da “*insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios*”, ou seja, do acesso gratuito aos meios de solução de conflito geridos pelo Poder Judiciário, sem incorrer no equívoco de tratá-lo como hipossuficiência.

A estrutura do CPC/2015, ao tratar da relação entre a concessão da gratuidade da justiça, é inegavelmente superior às propostas que tiveram tramitação durante a fase legislativa. Tratar-se-á do novo texto após algumas considerações acerca do teor das propostas formuladas no curso dos projetos.

O art. 91 do PLS 166/2010 era defeituoso. O dispositivo do projeto prescrevia que “*a representação processual pela Defensoria Pública se dará por mera juntada de declaração de hipossuficiência da parte (...)*”. A primeira parte desta primeira proposta era questionável sob dois aspectos: a) permitia concluir que a declaração de hipossuficiência equivaleria ao instrumento de mandato, em conflito com o que dispõe o art. 128, I, da Lei Complementar n. 80/94; b) vinculava a representação pela Defensoria Pública dar-se-ia exclusivamente na hipótese de hipossuficiência econômica (pois outra finalidade não teria a declaração). O segundo ponto discutível da proposta consistia na necessidade de o órgão de atuação assinar a declaração, o que poderia acarretar responsabilização no caso de erro ou até mesmo má-fé da parte assistida quanto aos seus rendimentos, impondo a adoção de cautelas exageradas as quais prejudicariam a massiva maioria dos usuários do serviço.

⁵⁸ CPC/2015. Art. 1.072. Revogam-se: (...) III – os arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950;

Já o art. 160, parágrafo único, do PL 8046/2010, avançou. Os vícios originais foram eliminados e a sua redação era satisfatória: “*A representação processual pela Defensoria Pública gera a presunção relativa de hipossuficiência da parte*”. Por si só foi suficiente o uso de uma formulação correta e correspondente ao instituto. A despeito de os órgãos adotarem critérios rigorosos – definidos com mais apuro pelos regimentos administrativos internos do que pela lei – para apurar o enquadramento do hipossuficiente econômico, é sempre presente a possibilidade de falha (e não falta), por isto é justificado que a presunção estabelecida pela assistência fosse *relativa* como previa a proposta e que, no caso de falha (e não falta), o agente não viesse a ser responsabilizado *externa corporis*.

Por outro lado, quando o CPC/15 trata da gratuidade da justiça em momento nenhum faz referência à Defensoria Pública. O silêncio, que só pode ser intencional à vista das observações anteriores, é um alerta para o abismo que separa a função da ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados – função precípua da Defensoria Pública – e o benefício da gratuidade da justiça. Não há mais uma distinção de espécie (direito administrativo – direito processual), mas de classe (direito constitucional – direito processual).

A omissão do art. 1.072 do CPC/15 acerca do art. 5º da Lei n. 1060/50 não significa que ainda esteja em vigência. O *caput*, que fixa o prazo de setenta e duas horas para o juiz decidir acerca do benefício, conflita com o 226, I e II, do CPC/2015: se o juiz proferir despacho determinando que a parte comprove o preenchimento dos pressupostos para a concessão da gratuidade, deverá fazê-lo em cinco dias; quando decidir pelo deferimento ou indeferimento, o fará em dez dias. Já os §§1º a 4º do art. 5º da Lei n. 1060/50 estão em processo de inconstitucionalização progressiva na medida em que se estruturam as Defensorias Públicas dos Estados e da União. Por fim, o §5º, único que trata da Instituição, inserido posteriormente à Constituição de 1988 pela Lei n. 7871/89 e que já se encontrava em parte revogado pelo art. 128, I, da Lei Complementar n. 80/94, tem o derradeiro estertor do que subsistia (em relação a quem exercesse a atividade de defensor público, tal como os serviços de prática universitária) com o art. 186 e §3º do CPC/15.

Assim, confere-se autonomia às prerrogativas da contagem em dobro dos prazos e da intimação pessoal – antes concedidas pela defesa do necessitado sob o pálio da legislação de regência da assistência judiciária gratuita –, e não há mais justificativa técnica para, no âmbito do processo civil, que sejam fundamentadas no art. 5º, §5º, da Lei n. 1060/50.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pretensão de adequar o processo à *evolução da estrutura social*, remover *institutos arcaicos e exigências bizantinas*, buscar *melhor distribuição da justiça*, afastar o *formalismo* e alcançar uma *prestação jurisdicional célere*, através de uma lei nova é um discurso ideal e, desta forma, carece de exequibilidade por si só.

Para que a nova legislação alcance seu objetivo, menos se depende das intenções que lhe foram creditadas e mais de quem a interpreta e aplica. A lei, apenas, é inútil, e as justificativas apresentadas quando da edição de novos códigos passam a impressão pessimista de descompasso entre o texto vigente e os fenômenos jurídicos. É possível identificar dois temas que sempre pautaram a reforma da legislação adjetiva: a busca da celeridade da prestação jurisdicional e a adequação do processo ao direito material. O primeiro, como referido nas considerações iniciais, é ancilar e talvez não seja debelado, o início da solução talvez esteja em admitir que o processo judicial demora; o segundo depende, para ser enfrentado, de uma legislação prospectiva, razoavelmente aberta, sob pena de ser vencida pela acelerada evolução do mundo moderno e restar defasada no primeiro dia após sua publicação. Seria irreal exigir do legislador o domínio da arte divinatória, mas, além de uma técnica de trabalho, seria significativo se o próprio objetivo do CPC/2015 fosse o de “resolver problemas”. A complexidade da tarefa pode ser observada pelo seu caráter histórico:

“(…) não foi de caráter meramente técnico a crise do nosso Direito Judiciário. As profundas transformações operadas em todos os campos da atividade humana, particularmente as transformações sociais e políticas, concorreram para manifestar a extensão dessa crise, pois levaram os benefícios da ordem jurídica a terrenos que a velha aparelhagem judiciária não estava capacitada para alcançar. O processo em vigor, formalista e bizantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces.”

A leitura da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939⁵⁹, da qual foi extraído o trecho acima, causa o mal-estar do enfrentamento a um problema insolúvel. O legislador processual não pode se deter na sua capacidade de adequar o seu discurso ideal com o real, ou seja, nas possibilidades de apreender um conjunto teórico-técnico harmônico e de o traduzir nos ritos de um processo ideal em texto legislativo. A tarefa é bem

⁵⁹ CPC/1939. Exposição de Motivos. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>

mais tormentosa na medida em que, alcançado tal objetivo, o resultado extrínseco de sua atividade intelectual será um novo discurso ideal, desta vez para o aplicador, a quem, em última instância, incumbirá obter a razão prática do direito.

A gravidade do encargo é declarada pelos organizadores do projeto do CPC/2015, conforme apontam na respectiva Exposição de Motivos:

“Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.”

Não se trata, portanto, da entrega de uma obra finalizada, mas de um instrumento que se integrará a um contexto, não apenas buscando se adequar ao panorama atual do Direito Privado como também, como Direito Público que é.

A inovação não está, portanto, na lei, mas no poder de o novo se integrar no meio jurídico. O intérprete é completamente livre e os seus enunciados são tão capazes de lapidar o texto como de conspurcá-lo. O risco está em se manter em obras de maior envergadura uma interpretação estática, sem maiores reflexões a partir de uma leitura constitucional e dos objetivos instituídos, mantendo-se tradições e a repetição de temas antigos.

Nesse contexto, deixar o estudo sobre a função da Defensoria Pública no CPC/2015 pode ser prejudicado. Se há a intenção declarada de se constitucionalizar o processo, é necessário que se aplique o que há na Constituição; se está a se desenvolver uma teoria de *diálogo de fontes* com contornos próprios no sistema jurídico brasileiro, então que se reconheça, como se tem feito no trato do tema, a multiplicidade de fontes. A dimensão teórica da Defensoria Pública como garantia constitucional não pode ser menosprezada; ainda subsiste a leitura vinculada do conceito de necessitado à hipossuficiência material e o mais longe que se vai naquilo que se destina a um público maior é uma distinção entre funções típicas e atípicas (a qual deve ser combatida); ainda se cogita de *procuração* para conferir poderes especiais ao defensor público; ainda se aponta que o Código está equivocado ao lhe atribuir a promoção dos direitos humanos...

Assim, de modo a não estabelecerem na nova legislação *códigos* (no sentido semiológico)⁶⁰ indesejados, é imprescindível a apropriação do discurso. É certo que o emitente do significado adotará uma ideologia na expressão do conceito sem, necessariamente, que o código o registre⁶¹. Portanto, mesmo diante do impulso modificador, subsiste a possibilidade de se manter uma interpretação da Defensoria Pública no contexto do CPC/1973, o qual, como dito antes, não comportava o conceito de atuação instrumentalizada para a proteção ampla e integral do necessitado. Estas leituras podem ocorrer pela segurança do familiar ou pela tranquilidade da repetição, mas, também, porque as palavras detêm poder, e sustentar que elas obrigam o Estado apenas a fornecer um “advogado para o pobre” é mais tolerável do que reconhecer o seu significado, para alguns uma inconveniência⁶².

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**, 4 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALVES, Cleber Francisco e PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à Justiça em preto e branco: Retratos institucionais da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BEGA, Carolina Brabila. **Curadoria especial: tutela da vulnerabilidade processual: análise da efetividade dessa atuação**. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-18022013-105924/>>, acessado em 02/05/2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**,

⁶⁰ “Quando um código associa os elementos de um sistema veiculante aos elementos de um sistema veiculado, o primeiro se torna expressão do segundo, o qual, por seu turno, torna-se o conteúdo do primeiro.” ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. 4. ed., São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 39)

⁶¹ *Idem*, *ibid.*, p. 245.

⁶² “Uma teoria dos códigos (que parecia tão independente dos estados do mundo, sempre disposta a nomeá-los apenas através de signos) demonstra neste ponto o seu poder propriamente heurístico; revela, mostrando as conexões secretas e ocultas de um dado sistema cultural, os modos como o trabalho de produção signica pode respeitar ou trair a complexidade deste retículo semântico, adequando-o ao (ou separando-o do) trabalho humano de transformação dos estados do mundo.” (*Idem*, *ibid.*, p. 253)

_____. **História constitucional do Brasil**. 3 ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

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

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, DF: Senado Federal. 1934.

_____, Decreto lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm; acesso em 27/04/2015.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm; acesso em 01/04/2015.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm; acesso em 01/04/2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. S.E., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CERVANTES, Miguel de. **Don Quijote de la Mancha**, Barcelona: Editorial Juventud S.A., 1968.

DERRIDA, Jacques. **Força da Lei**, S. E., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECO, Umberto. **Tratado geral de semiótica**. 4. ed., São Paulo: Perspectiva, 2003.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. S.E., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, **Dicionário de ciências sociais**. 1. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986.

LACERDA, Galeno de. **Despacho saneador**, 3. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

_____. **O novo direito processual civil e os feitos pendentes**. S.E., Rio de Janeiro: Forense, 1974.

GALLIEZ, Paulo. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.

RIBEIRO, Darcy Guimarães e JOBIM, Marco Felix (org.). **Desvendando o novo CPC**. S.E. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PEYRANO, Jorge W. et alii. **Cargas probatorias dinâmicas** 1. ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, 3. ed., 2. tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 5. ed., Rio de Janeiro, Forense: 1997.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier projet du code civil**. Paris, 21 jan. 1801. Disponível em <http://dx.doi.org/doi:10.1522/030032830>, acessado em 07/04/2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski e LONGO, Luis Antonio (orgs.). Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas *em A constitucionalização do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

SECOUSSE, Denis François. **Ordonnances des roys de France: contenant les ordonnances du Roy Jean, depuis le commencement de l'annee 1355. jusqu'a sa mort arrivee de le 8. Avril 1364**, vol. 3, Paris: Imprimerie Royale, 1732, disponível em <https://books.google.com.br/books?id=JNRYAAAAcAAJ>, acessado em 08/04/2015.

VAHINGER, Hans. **A filosofia do como se: sistema de ficções teóricas, práticas e religiosas da humanidade, na base de um positivismo idealista**. S.E. Chapecó: Argos, 2011.

A FORÇA DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Elpídio Donizetti*

RESUMO: Embora o Brasil possua um sistema jurídico essencialmente baseado na *Civil Law*, é possível constatar que os precedentes judiciais estão sendo aos poucos adotados pela legislação processual civil com a finalidade de imprimir maior segurança jurídica aos jurisdicionados e maior celeridade ao trâmite processual. O sistema do *Common Law* também vem sofrendo modificações, estreitando suas relações com o *stare decisis* e aproximando-se, cada vez mais, do ordenamento brasileiro. No Novo Código de Processo Civil é possível perceber a intenção do legislador em aproveitar os fundamentos do *Common Law* e do *stare decisis* com o objetivo de privilegiar a busca pela uniformização e estabilização da jurisprudência e garantir a efetividade do processo.

PALAVRAS-CHAVE: *Civil Law*. *Common Law*. *Stare Decisis*. Precedentes Judiciais. Novo Código de Processo Civil.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 *Civil Law* e a questão da segurança jurídica. 3 A convivência com o *Stare Decisis*. 4. Distinção: métodos e resultados da aplicação do *Distinguishing*. 5. Incorporação do “*Overruling*” e modulação dos efeitos das decisões. 6. A evolução dos precedentes judiciais no direito brasileiro. 7 A força normativa dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. 7.1 Fundamentação dos atos judiciais. 7.2 Precedente judicial e uniformização da jurisprudência. 7.2.1 Modificação do entendimento. 7.2.2 Efeitos e modulação. 7.4 Precedentes e Julgamento de Improcedência Liminar. 7.5 Precedentes e a Reclamação Constitucional. 7.6 Precedentes e o incidente de resolução de demandas repetitivas. 7.7 Precedentes e assunção de competência. 8 Conclusão. 9 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro sempre foi filiado à Escola da *Civil Law*, assim como os dos países de origem romano-germânica. Essa Escola considera que a lei é a fonte primária do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, o instrumento apto a solucionar as controvérsias levadas ao conhecimento do Poder Judiciário.

* Sócio-fundador do Escritório Elpídio Donizetti Advogados, desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, professor e palestrante. Integrante da comissão de juristas nomeada pelo Senado Federal para elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

As jurisdições dos países que adotam o sistema da *Civil law* são estruturadas preponderantemente com a finalidade de aplicar o direito escrito, positivado. Em outras palavras, os adeptos da *Civil Law* consideram que o juiz é o intérprete e aplicador da lei, não lhe reconhecendo os poderes de criador do Direito. Exatamente em razão das balizas legais, a faculdade criadora dos juízes que laboram no sistema da *Civil Law* é bem mais restrita daquela que vemos no sistema da *Common Law*.

No Brasil, o art. 5º, II da Constituição Federal de 1988, comprova a existência do sistema legal adotado ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Do referido dispositivo advém o princípio da legalidade, que além de proteger o indivíduo em face do Estado, legitimando somente as imposições que respeitem as leis previamente estabelecidas no ordenamento, também serve como instrumento norteador da atividade jurisdicional.

Agora, em razão da adoção do sistema do *stare decisis*, há que se repensar a compreensão do termo “lei”, empregado na Constituição de 1988. Se até recentemente “lei” significava apenas as espécies legislativas, agora, em razão da força obrigatória dos precedentes, há que se contemplar também o precedente judicial, mormente aquele que, em razão do *status* da Corte que o firmou, tem cogência prevista no próprio ordenamento jurídico.

Em que pese a lei ainda ser considerada como fonte primária do Direito¹, não é possível conceber um Estado exclusivamente legalista. Seja porque a sociedade passa por constantes modificações (culturais, sociais, políticas, econômicas, etc) que não são acompanhadas pelo legislador, seja porque este nunca será capaz de prever solução para todas as situações concretas e futuras submetidas à apreciação judicial, não se pode admitir um ordenamento dissociado de qualquer interpretação jurisdicional. Igualmente não se pode negar a segurança jurídica proporcionada pelo ordenamento previamente estabelecido (positivismo jurídico). Essas as razões por que os dois sistemas se aproximam. Os países de cultura anglo saxônica cada vez mais legislam por intermédio da lei e, em contrapartida, os países de tradição germano-românica estabelecem a força obrigatória dos precedentes judiciais.

Essa aproximação, para não dizer simbiose dos dois sistemas, principalmente no que se refere à *Civil Law* em relação à adoção do *stare decisis*, é notada pela doutrina em sua maioria. Como exemplo, permito-me citar o Professor Luiz Guilherme Marinoni.

¹ O sistema jurídico brasileiro nem de longe é legalista, uma vez que a escolha da lei como parâmetro de apreciação do Direito pressupõe um joeiramento com o arcabouço principiológico previsto na Constituição Federal. Assim, estando a lei em desconformidade com o princípio, o juiz está autorizado a afastar a legislação. Por outro lado, em havendo precedente com força obrigatória – como, por exemplo, o oriundo de julgamento de recurso repetitivo –, o juiz deve se abstrair da lei na qual eventualmente tenha o precedente se embasado, aplicando-se tão somente o julgamento do tribunal.

Não há dúvida que o papel do atual juiz do civil law e, principalmente, o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do common law, especialmente a da realizada pelo juiz americano (2012, p. 4).

O sistema do *Common law*, também conhecido como sistema anglo-saxão, distingue-se do *Civil law* especialmente em razão das fontes do Direito. Como dito, no *Civil law* o ordenamento consubstancia-se principalmente em leis, abrangendo os atos normativos em geral, como decretos, resoluções, medidas provisórias etc. No sistema anglo-saxão os juízes e tribunais se espelham principalmente nos costumes e, com base no direito consuetudinário, julgam o caso concreto, cuja decisão, por sua vez, poderá constituir-se em precedente para julgamento de casos futuros. Esse respeito ao passado é inerente à teoria declaratória do Direito e é dela que se extrai a ideia de *precedente judicial*².

No sistema do *Civil law*, apesar de haver preponderância das leis, há espaço para os precedentes judiciais. A diferença é que no *Civil law*, de regra, o precedente tem a função de orientar a interpretação da lei, mas não obriga o julgador a adotar o mesmo fundamento da decisão anteriormente proferida e que tenha como pano de fundo situação jurídica semelhante. Contudo, cada vez mais, o sistema jurídico brasileiro assimila a teoria do *stare decisis*. Não são poucos os casos previstos no CPC/73 que compelem os juízos inferiores a aplicar os julgamentos dos tribunais, principalmente do STF e do STJ. À guisa de exemplo, citem-se as súmulas vinculantes, o julgamento em controle abstrato de constitucionalidade e o julgamento de recursos repetitivos. No Novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015) essa vinculação é ainda mais expressiva.

A igualdade, a coerência, a isonomia, a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais constituem as principais justificativas para a adoção do sistema do *stare decisis* ou em bom Português, o sistema da força obrigatória dos precedentes. Se por um lado não se pode negar a quebra dos princípios acima arrolados pelo fato de que situações juridicamente idênticas sejam julgadas de maneira distintas por órgãos de um mesmo tribunal, também não se pode fechar os olhos à constatação de que também a pura e simples adoção do precedente e principalmente a abrupta mudança da orientação jurisprudencial é capaz de causar grave insegurança jurídica. Exemplifico. Celebrado o negócio jurídico sob a vigência de

² “Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodvm, 2013, p. 385).

determinada lei, não poderá a lei posterior retroagir para alcançar o ato jurídico perfeito e acabado, exatamente porque celebrado em conformidade com o ordenamento em vigor. Esse é o sentido que até então se tem emprestado à disposição do inciso XXXVI do art. 5º da CF/88. Em decorrência da força obrigatória dos precedentes, as pessoas devem consultar a jurisprudência antes da prática de qualquer ato jurídico, uma vez que a conformidade com as normas – na qual se incluem os precedentes judiciais – constitui pressuposto para que o ato jurídico seja reputado perfeito. As cortes de justiça, a seu turno, ao julgar, por exemplo, a validade de um ato jurídico, terão que verificar a jurisprudência imperante à época. Afinal, *tempus regit actum*.

Não se pode comparar a busca pela tutela jurisdicional com um jogo de loteria, mas também é preciso compatibilizar a força dos precedentes judiciais e a necessidade de individualização do Direito. Se existir fundamento suficiente para afastar um entendimento já consolidado, deve o magistrado exercer plenamente o seu livre convencimento, sem qualquer vinculação a julgamentos anteriores. Caso contrário, será necessário que se busque, preferencialmente junto aos tribunais superiores, a interpretação uniformizada sobre o tema. Aliás, pode haver precedente com força cogente, de modo que o juiz dele não poderá se afastar.

2 CIVIL LAW E A QUESTÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Os adeptos do sistema *Civil law* difundiram a ideia de que a segurança jurídica estaria necessariamente atrelada à observância pura e simples da lei. A subordinação e a vinculação do juiz à lei constituiriam, portanto, metas necessárias à concretização desse ideal.

Ocorre que a lei, por ser interpretada de vários modos, inclusive a partir de percepções morais do próprio julgador, não se mostra suficiente a assegurar aos jurisdicionados a mínima segurança jurídica que se espera de um Estado Democrático de Direito.

O que se pretende, então, com a adoção de um sistema de precedentes, é oferecer soluções idênticas para casos idênticos e decisões semelhantes para demandas que possuam o mesmo fundamento jurídico, evitando, assim, a utilização excessiva de recursos e o aumento na quantidade de demandas.

É importante esclarecer que o que forma o precedente é apenas a razão de decidir do julgado, a sua *ratio decidendi*. Em outras palavras, os fundamentos que sustentam os pilares de uma decisão é que podem ser invocados em julgamentos posteriores. As circunstâncias de fato que deram embasamento à controvérsia e que fazem parte do julgado não têm o condão

de tornar obrigatória ou persuasiva a norma criada para o caso concreto³. Além disso, os argumentos acessórios elaborados para o deslinde da causa (*obiter dictum*) não podem ser utilizados com força vinculativa por não terem sido determinantes para a decisão⁴, tão pouco as razões do voto vencido e os fundamentos que não foram adotados ou referendados pela maioria do órgão colegiado.

Embora constitua praxe na prática jurídica brasileira, a utilização de voto vencido para fundamentação de um pedido ou mesmo de trechos de ementas sem qualquer vinculação à tese jurídica que solucionou a controvérsia originária não pode servir de subsídio ao magistrado no julgamento de caso supostamente semelhante. Não é incomum nos depararmos com petições invocando decisões consolidadas como fundamentação para casos que não possuem qualquer semelhança com o precedente invocado. Do mesmo modo, não é incomum nos depararmos com juízes que, premidos pela pregação da eficiência e celeridade, lançam em suas decisões trechos de acórdãos de tribunais superiores sem justificar o porquê da aplicação da mesma tese jurídica.

Assim, antes de adotarmos um sistema de precedentes, é necessário que se promova a familiarização e compreensão do tema entre os operadores do direito e que se deem condições ao magistrado para que este exerça o seu livre convencimento sem a costumeira preocupação com metas, mas sim com o critério de justiça adotado e com a necessária qualidade de seus julgados.

3 A CONVIVÊNCIA COM O STARE DECISIS

Alguns precedentes têm verdadeira eficácia normativa, devendo, pois, ser observados obrigatoriamente pelos magistrados ao proferirem suas decisões.

O *stare decisis*⁵, entendido como precedente de respeito obrigatório, corresponde à norma criada por uma decisão judicial e que, em razão do *status* do órgão que a criou, deve ser obrigatoriamente respeitada pelos órgãos de grau inferior.

A existência desse precedente obrigatório pressupõe, a um só tempo,

³ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 14.

⁴ DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodvm, 2013, p. 388.

⁵ *Stare decisis et non quieta movere* – termo completo – significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido” (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004).

atividade constitutiva (de quem cria a norma) e atividade declaratória, destinada aos julgadores que tem o dever de seguir o precedente.

No Brasil, podemos dizer que vige o *stare decisis*, pois além de o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal terem o poder de criar a norma (teoria constitutiva, criadora do Direito), os juízos inferiores também têm o dever de aplicar o precedente criado por essas Cortes (teoria declaratória).

A atividade do STJ e do STF⁶ de forma alguma está vinculada ao direito consuetudinário (*Common law*). Não há obrigatoriedade de respeito ao direito dos antepassados, como ocorre principalmente no sistema inglês. É nesse ponto que podemos diferenciar o nosso ordenamento do sistema anglo-saxão.

No Brasil, embora de forma mitigada, aplica-se o *stare decisis*, porém, totalmente desvinculado da ideia de que o juiz deve apenas declarar o direito oriundo de precedente firmado em momento anterior, obviamente, com os acréscimos decorrentes de circunstâncias fáticas diversas. Nos países de tradição anglo-saxônica podemos dizer que o juiz, nas suas decisões, deve respeitar o passado (natureza declaratória da atividade jurisdicional). O fato é que pode haver respeito ao passado (*Common law*) sem *stare decisis* (força obrigatória dos precedentes) e vice-versa. Na Inglaterra, por exemplo, o respeito ao *Common law* é mais visível, ao passo que nos EUA o *stare decisis* é mais evidente, sem tanto comprometimento com o direito dos antepassados.

O *stare decisis* constitui uma teoria relativamente nova. O *Common law*, ao contrário, é um sistema jurídico de longa data. Os juizes que operam nesse sistema sempre tiveram que respeitar o direito costumeiro, mas apenas de uns tempos para cá é que passaram a obedecer aos precedentes judiciais. Isso não significa, obviamente, que os juízes não possam superar tais precedentes.

Atualmente, com a evolução do sistema do *Common law* e principalmente em razão da conveniência de uniformização das decisões judiciais – decisões iguais para casos idênticos –, adotou-se a força normativa dos precedentes. Também com a *Civil law* esse fenômeno pode ser observado. Vale ressaltar, entretanto, que a utilização dos precedentes judiciais – pelo menos no “*Civil law* brasileiro” – não tem o condão de revogar as leis já existentes. A rigor, a atividade dos juízes e tribunais é interpretativa e não legislativa. Assim, por mais que haja omissão ou que a lei preexistente não atenda às peculiaridades do caso concreto, o Judiciário não poderá se substituir ao Legislativo. Na prática, contudo não é o que se verifica. Em nome de determinados princípios, aplicados sem qualquer explicação sobre a sua

⁶ Menciono apenas esses tribunais, pois são eles que hoje possuem legitimidade para criar normas de aplicação obrigatória em todo o território nacional (Exemplos: súmulas vinculantes e decisões firmadas em julgamentos de recursos repetitivos).

incidência ao caso concreto, o julgador se afasta completamente da lei, criando com suas decisões verdadeiras normas jurídicas.

4 DISTINÇÃO: MÉTODOS E RESULTADOS DA APLICAÇÃO DO DISTINGUISHING

Os precedentes vinculantes não devem ser aplicados de qualquer maneira pelos magistrados. Há necessidade de que seja realizada uma comparação entre o caso concreto e a *ratio decidendi* da decisão paradigmática. É, preciso, em poucas palavras, considerar as particularidades de cada situação submetida à apreciação judicial e, assim, verificar se o caso paradigma possui alguma semelhança com aquele que será analisado.

Essa comparação, na teoria dos precedentes, recebe o nome de *distinguishing* – como é sempre recomendável o uso da língua pátria: distinção –, que, segundo Cruz e Tucci (2004, p. 174), é o método de confronto “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”.

Se não houver coincidência entre os fatos discutidos na demanda e a tese jurídica que subsidiou o precedente, ou, ainda, se houver alguma peculiaridade no caso que afaste a aplicação da *ratio decidendi* daquele precedente, o magistrado poderá se ater à hipótese *sub judice* sem se vincular ao julgamento anterior. No sistema anglo saxônico o juiz embasará suas decisões no direito consuetudinário. No Brasil, o juiz prioritariamente deve aplicar o precedente com força obrigatória. Não havendo precedente ou sendo o caso de afastar o precedente invocado, em razão da distinção levada a efeito, deve-se aplicar a lei – não sem antes fazer o confronto com os princípios constitucionais. E, na hipótese de obscuridade ou lacuna da lei, deverá recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Como se pode perceber, apesar da noção de obrigatoriedade, os precedentes não devem ser invocados em toda e qualquer situação. Há muitos casos em que os fatos não guardam relação de semelhança, mas exigem a mesma conclusão jurídica. Noutros, os fatos podem até guardar similitude, mas as particularidades de cada caso os tornam substancialmente diferentes.

Assim, até mesmo nas hipóteses em que se está diante de um precedente vinculante, o julgador poderá fazer o *distinguished* do caso que lhe é submetido, buscando, assim, a individualização do direito.

O mais importante nessa *distinção* é que haja motivação (art. 93, IX, CF). Essa motivação quer dizer que as decisões judiciais não devem apenas se reportar a artigos de lei, a conceitos abstratos, a súmulas ou ementas de julgamento. Elas devem expor os elementos fáticos e jurídicos em que o magistrado se apoiou para decidir. Na fundamentação das decisões judiciais o

juiz deve identificar exatamente as questões que reputou como essenciais ao deslinde da causa, notadamente a tese jurídica escolhida. Isso porque “a fundamentação será a norma geral, um modelo de conduta para a sociedade, principalmente para os indivíduos que nunca participaram daquele processo, e para os demais órgãos do Judiciário, haja vista ser legitimante da conduta presente” (LOURENÇO, p. 3).

5 INCORPORAÇÃO DO “OVERRULING” E MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES

A atividade interpretativa do julgador não encontra fundamento apenas na lei. Princípios e entendimentos jurisprudenciais são exemplos do que normalmente o magistrado leva em consideração no momento de proferir uma decisão.

Ocorre que a atividade interpretativa tende a se modificar ao longo dos anos. A constante evolução da sociedade e a necessidade de sistematização dos princípios, de modo a considerá-los em conexão com outras normas do ordenamento, são formas que possibilitam a mudança no sentido interpretativo nas normas.

Assim, por mais que se almeje do Judiciário soluções com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia, não há como fossilizar os órgãos jurisdicionais, no sentido de vincular eternamente a aplicação de determinado entendimento.

Por tais razões é que a doutrina – amparada nas teorias norte-americanas – propõe a adoção de técnicas de superação dos precedentes judiciais. Neste espaço trataremos do *overruling*⁷, técnica que se difere do *distinguishing*, na medida em que este se caracteriza pelo confronto do caso à *ratio decidendi* do paradigma, visando aplicar ou afastar o precedente, enquanto aquele corresponde à revogação do entendimento paradigmático consubstanciado no precedente.

Por meio dessa técnica (*overruling*) o precedente é revogado ou superado em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação. O paradigma escolhido se aplicaria ao caso sob julgamento, contudo, em face desses fatores, não há conveniência na preservação do precedente.

Além de revogar o precedente, o órgão julgador terá que construir uma nova posição jurídica para aquele contexto, a fim de que as situações geradas pela ausência ou insuficiência da norma não se repitam. Ressalve que somente o órgão legitimado pode proceder à revogação do precedente.

⁷ Significa anulação, revogação.

Exemplo: um precedente da Suprema Corte dos EUA somente por ela poderá ser revogado. O mesmo se passa com os precedentes do STF ou do STJ.

Quando um precedente já está consolidado, no sentido de os tribunais terem decidido de forma reiterada em determinado sentido, a sua superação não deveria ter eficácia retroativa, eis que todos os jurisdicionados que foram beneficiados pelo precedente superado agiram de boa-fé, confiando na orientação jurisprudencial pacificada. Essa, lamentavelmente, não é a regra que rege o nosso sistema. Na aplicação do princípio *tempus regit actum* leva-se em conta tão somente a lei – num sentido estrito – vigente à época do ato jurídico, e não a jurisprudência. Em face da adoção do *stare decisis* há que se repensar essa prática; há que se fazer – repita-se – uma releitura do dispositivo constitucional garantidor da segurança jurídica, sob pena de grave insegurança.

Assim, pelo menos no Brasil, se há revogação de um precedente e a construção de uma nova tese jurídica, esta passará a reger as relações constituídas anteriormente à decisão revogadora – é o que se denomina retroatividade plena –, sem levar em conta a jurisprudência “vigorante” à época do aperfeiçoamento do ato jurídico. Respeitam-se tão somente as relações acobertadas pela coisa julgada e às vezes o direito adquirido, olvidando-se que tais garantias gozam de idêntico *status* constitucional. As normas – num sentido amplo – do tempo da constituição é que devem reger o ato, e não somente a lei.

E por falar em coisa julgada, podemos afirmar que, atualmente, o entendimento que prevalece no âmbito do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a jurisprudência não deve retroagir para atingir a coisa julgada. Ou seja, mesmo que haja mudança de entendimento da Corte Suprema, as situações já consolidadas não deverão ser revistas, mesmo que o “pano de fundo” se refira a matéria constitucional⁸.

Apesar de estarmos tratando de entes distintos (precedente e jurisprudência)⁹, a ideia que se pretende extrair do julgado da Suprema Corte é a seguinte: a coisa julgada não pode ser relativizada para atingir situações já consolidadas sob o fundamento de violação à literal disposição de lei (art. 485, V, CPC/73; art. 966, CPC/2015). Assim, um precedente revogado não deverá a retroagir para atingir situações jurídicas definitivamente decididas, sobre a qual já se formou a *res judicata*.

⁸ STF, Recurso Extraordinário nº. 590.809, julgado em 22/10/2014.

⁹ Precedente é a norma obtida no julgamento de um caso concreto que se define como a regra universal passível de ser observada em outras situações. O termo jurisprudência é utilizado para definir as decisões reiteradas dos tribunais, que podem se fundamentar, ou não, em precedentes judiciais. A jurisprudência é formada em razão da aplicação reiterada de um precedente.

Em síntese, para os processos em andamento, bem como para os que serão instaurados, vale a regra da retroatividade – desimportante é o momento da constituição da relação jurídica deduzida no processo. Para os que já estejam resguardados pela imutabilidade da coisa julgada vale a regra da irretroatividade.

Superada essa análise inicial acerca da sistemática vigente no ordenamento brasileiro, não podemos deixar de considerar que a impossibilidade de se conferir efeitos prospectivos (não retroativos) é capaz de, em alguns casos, gerar mais insegurança do que segurança jurídica. Quem hoje aciona o Judiciário achando que tem um determinado direito porque seu vizinho, em situação semelhante, conseguiu uma sentença favorável há poucos meses, pode, daqui a um ano, por exemplo, ter esse mesmo direito negado pelo Poder Judiciário.

Para evitar essas situações é que considero que a superação do precedente pode admitir, excepcionalmente, a adoção de efeitos prospectivos, não abrangendo as relações jurídicas entabuladas antes da prolação da decisão revogadora¹⁰. Tal proposição evitaria situações nas quais o autor, vencedor nas instâncias inferiores justamente em virtude destas estarem seguindo o entendimento das cortes superiores, fosse surpreendido com a mudança brusca desse mesmo entendimento. Com uma certa obsessão, reafirmo que o importante mesmo é o tempo da relação jurídica de direito material deduzida no processo, e não o tempo processual. Se o precedente judicial passa a figurar como uma das espécies normativas, a par da lei e dos princípios, o ato jurídico, constituído em consonância com essa normatividade, deve estar imune a qualquer alteração jurisprudencial sobre a matéria.

Vale reafirmar que essa ideia se coaduna com a previsão contida no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, segundo a qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Isso porque, o que a Constituição não permite é que os atos normativos do Estado atinjam situações passadas. Nesse ponto, é perfeitamente compreensível o entendimento firmado no Supremo. Entretanto, estabelecendo-se um paralelo entre o dispositivo constitucional e o sistema de precedentes, pode-se dizer que a Constituição também não admite que as soluções apontadas pelo Judiciário para uma mesma questão de direito sejam dadas das mais diversas formas dentro de um curto espaço de tempo. Em outras palavras, o que a Constituição quer garantir é certa previsibilidade do resultado de determinadas demandas, de forma a proporcionar aos jurisdicionados maior segurança jurídica, seja por ocasião da formação do ato jurídico, seja no momento de se buscar a tutela jurisdicional.

¹⁰ Esse entendimento só seria aplicável às situações não acobertadas pela coisa julgada.

Podemos dizer, então, que no âmbito do nosso sistema jurídico, afora outros objetivos, os precedentes judiciais visam “alcançar a exegese que dê certeza aos jurisdicionados em temas polêmicos, uma vez que ninguém ficará seguro de seu direito ante jurisprudência incerta”.¹¹

Oportuno observar que a previsibilidade do resultado de certas demandas não acarretará a “fossilização” do Poder Judiciário, pois os processos que digam respeito a questões de fato continuarão a ser decididos conforme as provas apresentadas no caso concreto. Além disso, os tribunais poderão modificar precedentes já sedimentados, desde que o façam em decisão fundamentada.

No Brasil a eficácia prospectiva (*prospective overruling*) pode ser verificada no controle de constitucionalidade. É que o art. 27 da Lei nº. 9.868/99 possibilita que a Corte, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos daquela declaração ou decida que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Trata-se de medida excepcional e que deve ser utilizada levando em consideração o fim almejado pela nova norma, o tipo de aplicação que se mostra mais correta e o grau de confiança que os jurisdicionados depositaram no precedente que irá ser superado. De qualquer forma, não se pode negar que, em nome da segurança jurídica, a decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade poderá resguardar até mesmo o ato formado segundo um regramento reputado inconstitucional. O que dizer então de um ato constituído segundo precedentes legitimamente firmados?

6 A EVOLUÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Há alguns anos o Brasil vem anunciando um novo Direito Processual, que coloca em destaque a atuação paradigmática dos órgãos jurisdicionais, notadamente dos tribunais superiores. Nas palavras de Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. (2012, p. 363), essa nova perspectiva “se volta a solucionar com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia as demandas de massa, as causas repetitivas, ou melhor, as causas cuja relevância ultrapassa os interesses subjetivos das partes”.

Em análise superficial pode-se pensar que os precedentes judiciais no Brasil surgiram apenas após a promulgação da Emenda Constitucional nº. 45/2004, que introduziu em nosso ordenamento os enunciados de súmula vinculante, editadas exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia,

¹¹ STJ, Recurso Especial nº. 14.945-0/MG, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Diário da Justiça de 13 de abril de 1992.

é possível considerar que há mais de vinte anos o Direito Brasileiro vem adotando o sistema da obrigatoriedade dos precedentes, dependendo da hierarquia do órgão decisor. Basta lembrar que a Lei nº. 8.038, de 28 de maio de 1990, permitiu ao relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidir monocraticamente o pedido ou o recurso que tiver perdido o objeto, bem como negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal (art. 38).

Além da legislação apontada, a Emenda Constitucional nº. 03/1993, que acrescentou o §2º ao art. 102 da Constituição Federal e atribuiu efeito vinculante à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Declaratória de Constitucionalidade, pode ser considerada marco normativo da aplicação dos precedentes judiciais no Brasil.

No Código de Processo Civil de 1973, diversos dispositivos aprovados ao longo dos anos demonstram que a teoria dos precedentes também ganhou corpo no âmbito processual. Exemplos: art. 285-A; art. 481, parágrafo único; art. 557; art. 475, §3º; e art. 518, §1º.

O marco mais reconhecido para o estudo dos precedentes judiciais é, no entanto, a Emenda Constitucional nº. 45/2004, que além de ter promovido a denominada reforma no Poder Judiciário e inserido em nosso ordenamento as chamadas súmulas vinculantes, introduziu a repercussão geral nas questões submetidas a recurso extraordinário (art. 102, §3º, da Constituição). A repercussão geral, matéria também tratada no Código de Processo Civil, sempre existirá quando o recurso extraordinário impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (art. 543-A, §3º, CPC/73; art. 1.035, §3º, CPC/2015). Por aí se nota a força dos precedentes formados no âmbito do STF.

Como se pode perceber, a gradativa ênfase ao caráter paradigmático das decisões dos tribunais superiores nos dá a noção da importância do tema, sobretudo quando pensamos nos precedentes como instrumentos que podem conferir efetividade aos princípios elencados no texto constitucional, como o da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI), da isonomia (art. 5º, *caput*) e da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX).

7 A FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em estudo aprofundado sobre os precedentes judiciais no Brasil, Tiago Asfor Rocha Lima explica que o nosso sistema de precedentes ainda está incompleto e depende de “algumas imprescindíveis correções para que dele se possa extrair a finalidade esperada” (2013, p. 480).

De fato, não é incomum encontrarmos resistência na doutrina e nos tribunais acerca da aplicação dos precedentes judiciais. No entanto, em razão da lenta velocidade pela qual se processam as alterações legislativas no Brasil, a tendência é que a jurisprudência ganhe musculatura, a fim de que possa solucionar as situações que não podem ser resolvidas por meio da aplicação literal da lei.

Com vistas ao aperfeiçoamento do *stare decisis* brasileiro, o Novo Código de Processo Civil (NCPC ou CPC/2015) – Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015 – contemplou importantes mecanismos referentes ao sistema de precedentes judiciais e, conseqüentemente, de uniformização e estabilização da jurisprudência pátria. Vejamos brevemente cada um deles.

7.1 FUNDAMENTAÇÃO DOS ATOS JUDICIAIS

Ao estabelecer os elementos, requisitos e efeitos da sentença, o novo CPC detém minuciosamente no conceito de fundamentação dos atos judiciais, dispondo que:

Art. 486 (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – 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.

De acordo com o dispositivo, não basta que o julgador invoque o precedente ou a súmula em seu julgado. É necessário que ele identifique os fundamentos determinantes que o levaram a seguir o precedente. Ou seja, cabe ao magistrado, ao fundamentar sua decisão, explicitar os motivos pelos quais está aplicando a orientação consolidada ao caso concreto. Podemos dizer que é aqui que se encontram os parâmetros para a prática do *distinguishing*.

Da mesma forma, consoante redação do inciso VI, se o juiz deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, deverá demonstrar que há distinção entre o precedente e a situação concretamente apresentada ou que o paradigma invocado já foi superado.

7.2 PRECEDENTE JUDICIAL E UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

No §2º do art. 926¹² do Novo Código de Processo Civil, o legislador traz novamente a aplicação do *distinguishing* ao proibir a edição de súmulas que não se atenham aos detalhes fáticos do precedente que motivou a sua criação. Busca-se prevenir, desta forma, a consolidação inadequada de súmulas e, por conseguinte, a errônea aplicação dos precedentes aos casos sob julgamento.

No artigo art. 927, o legislador, por sua vez, buscou adequar os entendimentos jurisprudenciais em todos os níveis jurisdicionais, de modo a evitar a dispersão da jurisprudência e, conseqüentemente, a intranquilidade social e o descrédito nas decisões emanadas pelo Poder Judiciário:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A fim de que não paire dúvidas, é bom que se repita a expressão contida no *caput* do dispositivo: “os juízes e tribunais observarão”. Não se trata de faculdade, e sim de imperatividade. De início pode-se pensar que o CPC/2015 está afastando a independência dos juízes e o princípio da persuasão racional, que habilita o magistrado a valer-se do seu convencimento para julgar a causa. Entretanto, ontologicamente, não há diferença entre a aplicação da lei ou do precedente, a não ser pelo fato de que, de regra, este contém mais elementos de concretude do que aquela. Tal como no sistema positivado, também no *stare decisis* o livre convencimento do juiz incide sobre a definição da norma a ser aplicada – aqui por meio do confronto da *ratio decidendi* extraída do paradigma com os fundamentos do caso sob julgamento –, sobre a valoração das provas e finalmente sobre a valoração dos fatos pelo paradigma escolhido, levando-se em conta as circunstâncias peculiares da hipótese sob julgamento.

Assim, havendo precedente sobre a questão posta em julgamento, ao juiz não se dá opção para escolher outro parâmetro de apreciação do Direito. Somente lhe será lícito recorrer à lei ou ao arcabouço principiológico para valorar os fatos na ausência de precedentes. Pode-se até utilizar de tais

¹² CPC/2015, Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. (...) §2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

espécies normativas para construir a fundamentação do ato decisório, mas jamais se poderá renegar o precedente que contemple julgamento de caso idêntico ou similar. Essa força normativa cogencial encontra a sua racionalidade no fato de que cabe ao STJ interpretar a legislação infraconstitucional e ao STF dar a última palavra sobre as controvérsias constitucionais. Assim, por mais que o julgador tenha outra compreensão da matéria *sub judice*, a contrariedade só terá o condão de protelar o processo por meio de sucessivos recursos e, conseqüentemente, de adiar a resolução da controvérsia.

A vinculação, entretanto, se restringe à adoção da regra contida na *ratio decidendi* do precedente. Tal como se passa no sistema de leis, não se cogita da supressão da livre apreciação da prova ou da decisão da lide atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos. Não custa repetir que ao juiz permite-se não seguir o precedente ou a jurisprudência, hipótese em que deverá demonstrar, de forma fundamentada, que se trata de situação particularizada que não se enquadra nos fundamentos da tese firmada pelo tribunal.

Além da devida fundamentação é importante que se exija o enfrentamento de todos os argumentos razoáveis apresentados pelas partes. Caso contrário, ter-se-á verdadeira restrição ao acesso à Justiça.

Sobre esse ponto é necessário fazer uma importante observação no tocante à atuação dos advogados. É de suma importância que os operadores do direito conheçam os precedentes e a jurisprudência, notadamente dos tribunais superiores. É que como primeiro juiz da causa, caberá ao advogado indicar ao julgador o precedente a ser aplicado, demonstrando, obviamente, a semelhança entre o caso submetido a julgamento ou, se for o caso, a distinção entre o paradigma apontado e o caso concreto. Essa postura evitará o ajuizamento de ações e recursos desnecessários, e tornará mais segura a consulta acerca das possíveis conseqüências de uma demanda.

7.2.1 MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO

Os §§ 2º a 4º do art. 927 do CPC/2015 trazem regras que deverão ser observadas caso haja necessidade de modificação do entendimento sedimentado.

Segundo o novo Código, a superação do precedente poderá ser precedida de audiências públicas que servirão para democratizar o debate e legitimar as novas decisões sobre o tema em discussão. Nessas audiências poderão participar pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

A modificação do precedente poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou na

alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida. Independentemente do motivo, o importante é que o órgão jurisdicional responsável pela revisão da tese confira amplitude ao debate a fim de que os prejuízos eventualmente causados por um precedente obsoleto ou alheio à realidade não sejam repetidos.

7.2.2 EFEITOS E MODULAÇÃO

Outra questão relevante se refere aos efeitos da modificação dos precedentes. Regra geral, o entendimento das cortes superiores se aplica aos casos em andamento, ou seja, às demandas pendentes de julgamento, não importando a jurisprudência vigorante à época da formação jurídica em juízo deduzida.

Por outro lado, aquelas ações que já tenham sido decididas sob a égide do entendimento anterior não deverão sofrer com a modificação do precedente, em respeito à imutabilidade da coisa julgada.

Como forma de evitar prejuízos em razão da mudança brusca de entendimento das cortes superiores, o CPC/2015 dispõe que “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica” (art. 927, §3º).

Essa modulação vale para os processos que ainda estejam em andamento, bem como para aqueles que de futuro vierem a ser ajuizados, não se admitindo relativizar a coisa julgada em decorrência de alteração de precedente judicial.

7.4 PRECEDENTES E JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA LIMINAR

O Novo Código de Processo Civil promove uma verdadeira ampliação das possibilidades de improcedência liminar e, ao que me parece, um direcionamento da posição do legislador aos entendimentos consolidados no âmbito dos tribunais superiores. Vejamos, nesse sentido, o teor do art. 332:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

O julgamento liminar de improcedência fundamentado nos incisos I e II objetiva reduzir o percentual de recursos especiais e extraordinários para discussão de questões já pacificadas, que poderiam ter sido definitivamente decididas em instâncias ordinárias.

Vale ressaltar que a orientação consolidada do STF ou do STJ deve ser aplicada somente quando não houver nenhuma prova a ser produzida além daquela já constante dos autos. Também nos casos em que houver divergência entre a jurisprudência do STJ e do STF – o que não é incomum acontecer –, deve o magistrado dar prosseguimento ao feito até que se uniformizem os entendimentos, sem prejuízo do julgamento do pedido o conflito não seja solucionado a tempo.

O inciso III trata, por sua vez, do incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987 do CPC/2015) e do incidente de assunção de competência (art. 947, CPC/2015). O primeiro é um instrumento que tem por finalidade criar uma decisão paradigma, cuja tese jurídica deverá ser aplicada em todos os processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito. O segundo não exige a repetição de diversos processos para se criar uma decisão paradigma, mas permite que o relator submeta o julgamento ao órgão colegiado de maior abrangência dentro do tribunal quando a causa envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social. A decisão em ambos os incidentes vinculará o julgador, de modo que este poderá julgar liminarmente improcedente o pedido que não observar a tese já consolidada.

Quando o pedido se fundar em normas presentes na legislação local, o magistrado poderá analisá-lo de acordo com o entendimento do tribunal ao qual se encontra vinculado (inciso V). Assim, se o pedido contrariar entendimento sumulado do respectivo tribunal, o juiz poderá extinguir o feito, com resolução do mérito, com fundamento no art. 332.

Importa lembrar que o juiz não está autorizado a julgar liminarmente procedente o pedido, mesmo que este esteja de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores. É que os incisos do dispositivo em comento abarcam apenas hipóteses de julgamento liminar de **improcedência**, não sendo permitida a sua aplicação para julgamento em sentido contrário.

7.5 PRECEDENTES E A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Na esteira das disposições constitucionais (art. 102, I, “I” e art. 105, I, “f”, ambos da CF/88), a Reclamação é cabível para preservar a competência do STF e do STJ, assim como para garantir a autoridade das decisões por eles prolatadas. Também é possível ajuizar Reclamação para garantir a autoridade das súmulas vinculantes (art. 103-A, §3º, CF/88). A medida não se

aplica, contudo, às súmulas convencionais da jurisprudência dominante do próprio Supremo ou da Corte Cidadã.

Apesar de mais comum no âmbito das Cortes Superiores, a Reclamação é essencial como instrumento de defesa judicial das decisões proferidas pelas cortes estaduais, no exercício da função de guardiãs das Constituições estaduais. Assim, podemos dizer que, simetricamente, a Reclamação prevista no texto constitucional pode ser utilizada no âmbito dos Estados, a depender de regulamentação na constituição local.

Existe também a possibilidade excepcional e transitória de reclamação para o STJ contra acórdão de turma recursal quando: (i) houver afronta à jurisprudência pacificada em recurso repetitivo (art. 543-C, CPC/73); (ii) houver violação de súmula do STJ; ou (iii) for teratológica. Nesses casos a reclamação tem cabimento até que seja criada a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal¹³

O NCPC alarga as hipóteses de cabimento da reclamação constitucional ao prever que ela poderá ser ajuizada para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de **precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência** (art. 988, IV, CPC/2015). Agora, estando a tese jurídica firmada em recurso repetitivo (recurso especial ou extraordinário), pode o jurisdicionado ou o próprio Ministério Público propor a reclamação a fim de “chamar à atenção” da instância inferior para a necessidade de se observar a decisão consolidada.

Além disso, como o art. 947, §3º do CPC/2015 dispõe que o acórdão proferido em incidente de assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários do tribunal, se as decisões firmadas no incidente não forem observadas, também caberá a propositura de reclamação.

O único óbice à aplicação da reclamação é a coisa julgada (§5º), que deve ser compreendida aqui como a coisa julgada material, ou seja, aquela que confere à decisão contornos de indiscutibilidade e imutabilidade. Esse já era, inclusive, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁴

7.6 PRECEDENTES E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Uma das maiores novidades trazidas pelo novo CPC é o incidente de resolução de demandas repetitivas ou IRDR (arts. 976 a 987). Esse

¹³ Conferir Informativo 527 do Superior Tribunal de Justiça.

¹⁴ Súmula nº 734/STF: “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”.

procedimento será admitido quando for identificada controvérsia com potencial de ocasionar a multiplicação de causas fundadas na mesma questão de direito, circunstância que pode provocar insegurança jurídica e ofensa à isonomia, frente à possibilidade de coexistirem decisões conflitantes.

O incidente apresenta-se como método de solução de demandas múltiplas (*macro-lides*), em que se parte de um caso concreto entre contendores individuais, cujo debate permite visualizar uma pretensão apta a repetir-se. É, assim, mais uma medida para minimizar os efeitos decorrentes do excessivo número de processo em trâmite no Judiciário brasileiro e viabilizar um tratamento igualitário aos jurisdicionados.

No IRDR o acórdão, por exemplo, do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal servirá de parâmetro para o julgamento de todos os processos – presentes e futuros, individuais ou coletivos – que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, ou seja, vinculará os órgãos de primeiro grau e o próprio tribunal. O acórdão passará a ser o precedente que irá reger os processos em tramitação, bem como aqueles que venham a ser instaurados. Ao julgador caberá fazer a subsunção dos fatos a essa norma jurídica editada pelo tribunal.

O incidente poderá ser instaurado em primeira instância, inclusive no âmbito dos juizados especiais. O pedido deve ser dirigido ao Presidente do Tribunal e pode ser feito: (i) pelo próprio juiz ou relator (nas causas de competência originária ou recursal), através de ofício; (ii) pelas partes de qualquer processo que contenha a controvérsia, esteja a demanda em trâmite no tribunal ou no primeiro grau de jurisdição, através de simples petição; (iii) pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, também por petição.

O ofício ou a petição será encaminhado ao relator do órgão indicado pelo regimento interno do tribunal como competente pela uniformização da jurisprudência. O relator poderá inadmitir o incidente quando ausentes os pressupostos legais. Caso contrário, ou seja, se houver admissão, o incidente acarretará o efeito mencionado no art. 982, I do CPC/2015, qual seja a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso.

Ressalte-se que a suspensão não poderá se eternizar caso haja demora na resolução da controvérsia. Prova disso é que o Código prevê prazo máximo de um ano para julgamento do incidente. Admite-se, contudo, a prorrogação desse prazo, mas desde que haja justificativa, em decisão fundamentada, por parte do relator.

Ainda quanto à suspensão dos feitos, pode haver interesse em que esta se estenda por todo o território nacional. Por exemplo, uma empresa de telefonia que presta serviços em todos os Estados da federação, figurando como parte em um processo que tem por fundamento a questão jurídica

debatida num incidente resolução de demandas repetitivas em curso no TJMG, poderá requerer ao tribunal competente para conhecer de recurso extraordinário ou recurso especial (STF ou STJ) a suspensão de todos os processos que versem sobre questão idêntica, em curso em órgãos judiciários de todo o país. A segurança jurídica e principalmente a isonomia entre os usuários de Minas Gerais e da Bahia, por exemplo, recomenda a suspensão.

Observado o interesse, permite-se que as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública requeiram ao tribunal competente a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que tratem da mesma questão objeto do incidente já instaurado.

A suspensão pode ser requerida perante o STF ou STJ, antes ou depois de interposto o recurso extraordinário ou recurso especial. O cabimento do recurso e, por conseguinte, a competência, serão definidos pela matéria em debate no incidente, se constitucional ou infraconstitucional.

Nesse procedimento o Ministério Público atuará como *custos legis*, intervindo obrigatoriamente sempre que não for o autor do pedido. Além disso, deverá assumir a titularidade da ação, nas hipóteses de desistência ou de abandono, uma vez que tais circunstâncias não impedirão o exame do mérito do incidente. Frise-se que na proposta da Câmara dos Deputados havia previsão no sentido de que o Ministério Público “*poderia*” assumir o incidente. Com a substituição pelo termo imperativo “*deverá*” (art. 976, §2º), a conclusão que se pode chegar é a de que o Ministério Público não pode se esquivar de assumir a causa, mesmo que, posteriormente, venha pleitear a desistência do incidente por considerar, por exemplo, ausentes o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Por se tratar de julgamento cujo efeito da decisão ultrapassará o interesse das partes que figuram no processo objeto da suscitação do incidente, o relator ouvirá, além das partes, outros interessados na controvérsia. É, em síntese, uma forma de aplicação do instituto do *amicus curiae*, sendo que com uma diferença: no CPC/2015 a norma é imperativa. O relator “*ouvirá*” órgãos e entidades com interesse na controvérsia (art. 983). Não se trata de faculdade, mas de dever que tem por fim legitimar a decisão do incidente.

O acórdão proferido no IRDR não ficará restrito aos fundamentos do pedido de instauração do incidente. Abrangerá todos os fundamentos concernentes à tese jurídica definida, tenham sido eles suscitados pelo subscritor do requerimento de instauração, pelas partes, pelo Ministério, ou qualquer outro interessado na questão jurídica, inclusive o *amicus curiae* e participantes da audiência pública (art. 986, §2º).

Contra a decisão que julgar o mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas será possível a interposição de recurso especial ou

recurso extraordinário, a depender da existência de violação à lei federal ou de violação direta disposição à Constituição (art. 984, *caput*).

Interposto o recurso, os autos serão remetidos ao tribunal competente. Ele será dotado de efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral da questão constitucional eventualmente discutida. Em caso de apreciação do mérito pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, a tese jurídica firmada terá sua abrangência ampliada, passando a ser aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem no território nacional.

Tal é a força do entendimento firmado no incidente de resolução de demandas repetitivas que, como já referido neste artigo, nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, poderá julgar liminarmente improcedente o pedido que contrariá-lo (art. 332, III).

Além disso, se juízos vinculados ao Tribunal no qual se julgou o incidente não aplicarem a tese jurídica definida no incidente de resolução de demandas repetitivas, caberá reclamação para o tribunal competente (art. 985, §1º).

7.7 PRECEDENTES E O INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

O incidente de assunção de competência, previsto no art. 555, §1º, do CPC/73 e no art. 947 do CPC/2015, permite que o relator submeta o julgamento de determinada causa ao órgão colegiado de maior abrangência dentro do tribunal, conforme dispuser o regimento interno. A causa deve envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, de forma a justificar a apreciação pelo plenário, órgão especial ou outro órgão previsto no regimento interno para assumir a competência para julgamento do feito.

Conforme se deduz do art. 555 do CPC/73, a assunção de competência somente tem lugar no julgamento da apelação ou do agravo, ou seja, nos tribunais de segundo grau. Já de acordo com o CPC/2015, em qualquer recurso, na remessa necessária ou nas causas de competência originária, poderá ocorrer a instauração do incidente¹⁵.

Assim, quando o Novo Código entrar em vigor, em qualquer julgamento jurisdicional cível levado a efeito nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, nos TRF's, no STJ e no STF, atendidos os pressupostos legais, será admissível a assunção de competência.

¹⁵ CPC/2015, Art. 947. "É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos"

Outra relevante novidade está no §3º do art. 947 do CPC/2015¹⁶, que garante a vinculação de todos os juízes e órgãos fracionários do respectivo tribunal ao entendimento firmado no incidente de assunção de competência. Trata-se, portanto, de um precedente de força obrigatória, cuja inobservância pode ensejar a propositura de reclamação na forma do art. 988, IV, do CPC/2015.

8 CONCLUSÃO

As técnicas que valorizam os precedentes judiciais e, conseqüentemente, a celeridade processual, a isonomia e a segurança jurídica, devem servir para aprimorar o sistema processual civil e jamais para engessar a atuação interpretativa dos juízes e tribunais pátrios ou para limitar o direito de acesso à justiça.

O processo deve estar aberto ao diálogo e à troca de experiências. Não se pode cogitar em Estado Democrático de Direito sem um ordenamento coerente. A função e a razão de ser dos nossos tribunais é proferir decisões que se amoldem ao ordenamento jurídico e que sirvam de norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário.

A adoção dos precedentes não significa, portanto, “eternização” das decisões judiciais. O juiz deverá continuar a exercer o seu livre convencimento e a agir conforme a sua ciência e consciência, afastando determinada norma quando ela não for capaz de solucionar efetivamente o caso concreto. Tudo vai depender da motivação. É através dela que se avaliará o exercício da função jurisdicional e, conseqüentemente, a eficiência do sistema de precedentes adotado pelo Novo Código de Processo Civil.

9 REFERÊNCIAS

ATAIDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. **O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos** (Coord. Fredie Didier e Antonio Adonias Aguiar Bastos). Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. **Curso de Direito Processual Civil**: vol. 2. Salvador: Juspodvdm, 2013.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁶ CPC/2015, Art. 947, §3º. “O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese”.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente Judicial como fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC**. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em 27 out. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O precedente na dimensão da igualdade**. Disponível em: < <http://marinoni.adv.br/artigos.php#>>. Acesso em 27 out. 2014.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 1. ed. em e-book baseado na 2. Ed. Imprensa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DOG MÁTICA DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: UMA PERSPECTIVA COMPARADA A PARTIR DO DIREITO ESTADUNIDENSE

Fernando Vogel Cintra¹

RESUMO: O presente trabalho coloca e busca responder duas questões. A primeira questão colocada é determinar como o Poder Judiciário dos Estados Unidos da América concretizou a ideia da *stare decisis*. A segunda questão é investigar quais são as possibilidades jurídicas geradas pela dogmática dos precedentes, no quadro normativo a entrar em vigor com o novo Código de Processo Civil brasileiro. No final, apresentam-se algumas conclusões obtidas via comparação de direito, indicando-se alguns problemas da regulação positivada pelo novo Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual civil estadunidense. *Stare decisis*. Direito processual civil brasileiro. Precedentes. Defensoria Pública.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Doutrina dos precedentes no direito estadunidense. 2.1 Jurisprudência da SCOTUS acerca da *stare decisis*. 2.2 Restrições à *stare decisis*. 2.3 Jurisprudência do estado da Louisiana sobre *jurisprudence constante*. 3 Dogmática dos precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro. 3.1 Mandamento de uniformização da jurisprudência. 3.2 Concretização do mandamento de uniformização. 3.3 Definição de julgamento de caso repetitivo. 4 Conclusões. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A discussão jurídica sobre precedentes não é nova no Brasil. Sobretudo por ocasião da última reforma do poder judiciário, consubstanciada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, debateu-se muito acerca da introdução do instituto da súmula vinculante. Depois disso, Marcelo Alves Dias de Souza², Luiz Guilherme Marinoni³ e outros doutrinadores abordaram o tema dos precedentes, sob diversas perspectivas. No âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça, acórdão⁴ proferido em 2009 chegou a exigir “o

¹ Bacharel em filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em filosofia contemporânea pela UFRGS. Bacharel em direito pela UFRGS. *Master of Laws* (LL.M.) pela University of Southern California (Gould School of Law) – USC. Doutorando em direito pela UFRGS. Advogado licenciado. Analista processual da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul.

² SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

⁴ REsp 1088045/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/09/2009, DJe 23/10/2009.

desenvolvimento de uma doutrina brasileira de *stare decisis et non quieta movere*". A pretensão do presente trabalho é, pois, oferecer uma contribuição para o debate, sem o intuito de esgotá-lo, adotando como ponto de partida a perspectiva do direito comparado.

O presente trabalho coloca e busca responder, pois, a duas questões. A primeira questão é esta: como o Poder Judiciário dos Estados Unidos da América concretizou a ideia da⁵ *stare decisis*?

A segunda questão é esta: quais são as possibilidades jurídicas geradas pela dogmática dos precedentes, no quadro normativo a entrar em vigor com o novo Código de Processo Civil brasileiro?

A fim de guiar a resposta à primeira questão, será sintetizada a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (abreviada, no que se segue, por SCOTUS⁶) acerca da doutrina dos precedentes, bem como a jurisprudência da Suprema Corte do Estado da Louisiana acerca do assunto.

Para a resposta da segunda questão, serão analisadas algumas normas relevantes do novo Código de Processo Civil, tais como positivadas pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Nessa conexão, convém discorrer brevemente sobre os limites de uma comparação de direito como a que é aqui proposta. Os *argumentos comparativos* podem ser enquadrados no marco de uma teoria da argumentação jurídica, como a desenvolvida por Robert Alexy.

Alexy distingue entre dois aspectos da justificação ou fundamentação de proposições jurídicas, a justificação interna e a justificação externa. Na *justificação interna*, trata-se de determinar se a proposição se segue logicamente das premissas aduzidas para a justificação. O objeto da *justificação externa* é a correção dessas premissas⁷.

No contexto da justificação externa, Alexy distingue entre seis grupos de regras e formas da justificação externa: (1) as regras e formas da interpretação, (2) a argumentação "dogmática" (ou "doutrinária"), (3) o emprego de precedentes, (4) a argumentação prática geral e (5) a argumentação empírica, bem como (6) as formas de argumento jurídicas especiais⁸.

Pois bem. No âmbito de (1) acima, Alexy situa os cânones da interpretação, os quais, por sua vez, podem ser resumidos em seis grupos: na

⁵ Adota-se, no presente trabalho, o artigo feminino para a locução "stare decisis", já que as palavras "ideia", "doutrina" e "teoria" pertencem, na língua portuguesa, ao gênero feminino.

⁶ Abreviação de *Supreme Court of the United States*.

⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. P. 273.

⁸ *Ibidem*. P. 285.

interpretação (i) semântica, (ii) genética, (iii) histórica, (iv) comparativa, (v) sistemática e (vi) teleológica⁹.

Portanto, os argumentos comparativos, entendidos como aqueles concernentes às soluções praticadas nos ordenamentos jurídicos de outras sociedades para o mesmo problema jurídico discutido, têm seu lugar no âmbito das regras e formas da interpretação, as quais estão situadas no âmbito da justificação externa de proposições jurídicas. Com isso está assegurada também a *racionalidade* dos argumentos comparativos. No entanto, a demonstração de tal proposição, que aqui é simplesmente afirmada, não é possível nem conveniente empreender no presente trabalho, tendo de ser, por isso, pressuposta.

2 DOCTRINA DOS PRECEDENTES NO DIREITO ESTADUNIDENSE

O tratamento jurídico dado ao tema dos precedentes, no âmbito dos Estados Unidos da América, está intimamente ligado à chamada doutrina da *stare decisis*¹⁰ – sem nisso, contudo, se esgotar. É que a doutrina da *stare decisis* está vinculada a alguns outros conceitos fundamentais de adjudicação no âmbito do *common law* estadunidense, tais como *distinguishing*, *overruling*¹¹, *pure prospectivity*¹², *retroactivity*, *nonretroactivity* e outros.

No dizer de Edward Allan Farnsworth¹³ e também de Edward Dominic Re¹⁴, uma decisão judicial tem duas funções em um sistema de *common law*. A primeira, que não é, obviamente, peculiar ao *common law*, é definir e dispor sobre a controvérsia diante da corte. Está ligada, pois, à doutrina da *res judicata*, ou coisa julgada. Essa função não será objeto de exame no presente trabalho.

A segunda função de uma decisão judicial, para Farnsworth e para Re, e que seria característica ao *common law*, é estabelecer um precedente de modo que um caso semelhante surgindo no futuro será provavelmente decidido na mesma maneira. Essa doutrina é frequentemente chamada pelo seu nome latino, *stare decisis* – de *stare decisis et non quieta movere*

⁹ *Ibidem*. P. 289.

¹⁰ FARNSWORTH, Edward Allan. *An Introduction to the Legal System of the United States*. 4ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. P. 58, nota de rodapé 11.

¹¹ Cf. BLACK'S LAW DICTIONARY. 7ª ed. Editado por Bryan A. Garner. St. Paul: West Group, 1999. P. 1129-1130: "Rejeitar. 1. Decidir contrariamente; rejeitar <o juiz rejeitou todas as objeções do réu>. 2. (Dito de uma corte) rejeitar ou colocar de lado (um precedente), decidindo expressamente que ele não deve mais ser o direito aplicável <em *Brown v. Board of Education*, a Suprema Corte rejeitou *Plessy v. Ferguson*>."

¹² STEPHENS, Pamela J. The New Retroactivity Doctrine: Equality, Reliance and Stare Decisis. *Syracuse Law Review*. Nova Iorque, v. 48, p. 1515-1575, 1998. P. 1516.

¹³ FARNSWORTH, Edward Allan. *An Introduction to the Legal System of the United States*. 4ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. P. 58.

¹⁴ RE, Edward Dominic. *Stare Decisis*. In: FEDERAL JUDICIAL CENTER. *Education and Training Series*. Washington: Federal Judicial Center, 1975. P. 1.

(observar as decisões e não perturbar pontos fixados)¹⁵. É com essa segunda função que se ocupa o presente estudo.

Sabe-se que a parte vinculante do precedente é chamada de *holding* ou *ratio decidendi*¹⁶, ao passo que os fundamentos que não são necessários para justificar a decisão alcançada recebem o nome de *obiter dictum*¹⁷.

Ainda segundo Farnsworth, como tradição, a doutrina da *stare decisis* não foi reduzida a uma regra escrita e não é encontrada em constituição, lei, ou prestação de compromisso¹⁸. No dizer de Re, a *stare decisis* foi recebida nos EUA como parte da tradição do *common law*¹⁹.

Sendo assim, as justificativas para a doutrina do precedente nos EUA devem ser buscadas na própria *case law*, isto é, na jurisprudência. Sendo a Suprema Corte dos Estados Unidos o órgão judiciário máximo do país, a teor do Artigo III, Seção 1 da Constituição dos Estados Unidos da América, é nessa corte que serão buscadas as decisões que deram conteúdo à ideia de *stare decisis*.

É de notar-se que, nos EUA, a intensidade da vinculação ao precedente é menor do que no Reino Unido²⁰. Com isso, abre-se também a porta para a possibilidade de *restrições à stare decisis*, que serão analisadas no item 2.2 deste trabalho. A esse respeito, vale referir a seguinte passagem do *Justice Benjamin N. Cardozo*²¹:

Nestes dias, há uma boa dose de discussão sobre se a regra de adesão ao precedente deveria ser abandonada de vez. Eu mesmo não iria tão longe. Eu penso que a adesão ao precedente deve ser a regra e não a exceção. Eu já tive ocasião de elaborar sobre algumas das considerações que a sustentam. A essas eu posso adicionar que o trabalho dos juízes seria aumentado até quase o ponto de ruptura se cada decisão anterior pudesse ser reaberta em cada caso, e um não pudesse dispor a sua camada

¹⁵ FARNSWORTH, Edward Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. 4ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. P. 58.

¹⁶ *Ibidem*. P. 62, nota de rodapé 17. Outrossim, face às limitações inerentes a um trabalho desta natureza, não é possível expandir sobre as controvérsias em torno da noção de *ratio decidendi*. Ver, para tanto, o trabalho de Marcelo Alves Dias de Souza, já referido. Convém reter, no mínimo, a diferença entre os sentidos descritivo e prescritivo de *ratio decidendi*: “o sentido descritivo de *ratio decidendi* põe em relevo ou quer saber, tão-somente, do ‘modus’ como o juiz do precedente chegou a sua decisão. Já o sentido prescritivo de *ratio decidendi* põe em relevo ou identifica a proposição jurídica, derivada do precedente, que vincula ou obriga a decisão do caso posterior; em outras palavras, identifica a proposição de Direito prescrita pelo caso anterior ao caso posterior e que, neste caso, deve ser seguida”. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. P. 134.

¹⁷ FARNSWORTH, Edward Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. 4ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. P. 62, nota de rodapé 18.

¹⁸ *Oath of office*.

¹⁹ RE, Edward Dominic. *Stare Decisis*. In: FEDERAL JUDICIAL CENTER. **Education and Training Series**. Washington: Federal Judicial Center, 1975. P. 2.

²⁰ CARDOZO, Benjamin N. **The Nature of the Judicial Process**. 22ª impressão. Clinton: Yale University Press, 1964. P. 158.

²¹ *Ibidem*. P. 149.

de tijolos sobre a fundação segura das camadas dispostas por outros que vieram antes dele.²²

Ainda nesse contexto, convém detalhar um pouco mais o contraste entre a doutrina inglesa do precedente e a doutrina estadunidense do precedente, tal como interpretado por Rupert Cross e J.W. Harris. Esses autores referem duas razões para que as regras norte-americanas sejam mais frouxas do que as inglesas: o número de jurisdições estaduais separadas nos EUA e a frequência comparativa com que as cortes norte-americanas têm de lidar com questões constitucionais momentosas²³.

Talvez o exemplo mais dramático do primeiro aspecto levantado pelos autores acima citados seja o caso do estado da Louisiana, que perfilha um sistema de *civil law* no interior dos EUA, como será abordado no item 2.3 do presente trabalho.

O segundo aspecto, por seu turno, liga-se diretamente à existência de um texto constitucional positivado, nos EUA, por oposição à situação observada no Reino Unido. Esse aspecto não passou despercebido do *Justice Brandeis* por ocasião do julgamento do caso *Burnet*, como será esclarecido logo adiante, no próximo item.

2.1 JURISPRUDÊNCIA DA SCOTUS ACERCA DA *STARE DECISIS*

Cumprir iniciar esta seção fazendo a ressalva de que, em função dos limites inerentes a um trabalho desta natureza, não será possível examinar todos os precedentes da SCOTUS acerca da *stare decisis*. Por essa razão, serão escolhidos os mais importantes, deixando outros menos relevantes de lado²⁴.

Colin Starger, escrevendo sobre os “precedentes acerca de precedentes”, sustenta que, antes do início do século XX, se opiniões da Corte chegavam a discutir a *stare decisis*, elas tipicamente se referiam ao conceito como uma “máxima” ou “princípio” que abstratamente pesava em favor do seguimento de decisões anteriores. Ainda que a máxima

²² “In these days, there is a good deal of discussion whether the rule of adherence to precedent ought to be abandoned altogether. I would not go so far myself. I think adherence to precedent should be the rule and not the exception. I have already had occasion to dwell upon some of the considerations that sustain it. To these I may add that the labor of judges would be increased almost to the breaking point if every past decision could be reopened in every case, and one could not lay one’s course of bricks on the secure foundation of the courses laid by others who had gone before him.”

²³ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. Oxford: Clarendon Press, 1991. P. 19.

²⁴ Entre os casos significativos que não poderão ser aqui abordados, mas que vale a pena mencionar a título de referência, estão os seguintes: *Pennsylvania v. Union Gas Co.*, 491 US 1 (1989), *Hohn v. United States*, 524 US 236 (1998), *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003), *Pearson v. Callahan*, 129 S. Ct. 808 (2009), e *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778 (2009).

comandasse respeito, sua autoridade e significado eram derivados da tradição do *common law* e não de pronunciamentos da Corte²⁵.

Esse cenário mudou para sempre com a entrada em cena do *Justice Louis Brandeis*²⁶. Em uma série de opiniões divergentes que culminaram com sua opinião divergente em *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 US 393 (1932), o *Justice Brandeis* desenvolveu uma análise da *stare decisis* baseada em um rigoroso estudo empírico das práticas efetivas de rejeição (*overruling*) de precedentes adotadas pela Corte²⁷.

Em *Burnet*, pois, um caso envolvendo a tentativa do governo federal de impor tributos sobre uma empresa chamada “Coronado Oil & Gas Company”, a maioria da Suprema Corte acabou afirmando o precedente instituído anteriormente por *Gillespie v. Oklahoma*, 257 U.S. 501 (1922). Todavia, o *Justice Brandeis* divergiu da opinião da maioria, sendo nisso acompanhado pelo *Justice Cardozo*, em uma opinião divergente que fez uma análise minuciosa da prática efetiva da Corte com relação à *stare decisis*:

A *stare decisis* é geralmente a política sábia, porque na maioria dos assuntos é mais importante que a regra aplicável seja fixada do que ela seja fixada corretamente. [...] Isso é comumente verdadeiro mesmo quando o erro é assunto de grave preocupação, desde que a correção possa ser obtida pela legislação. Mas em casos envolvendo a Constituição Federal, em que a correção por meio de ação legislativa é praticamente impossível, esta Corte frequentemente rejeitou suas decisões anteriores. A Corte defere para as lições da experiência e para a força do melhor raciocínio, reconhecendo que o processo de tentativa e erro, tão frutífero nas ciências físicas, é apropriado também na função judicial²⁸. (285 US 393, 406)²⁹

Com o passar dos anos, a opinião divergente do *Justice Brandeis* veio a assumir uma autoridade canônica³⁰, de sorte que passou a ser considerada

²⁵ STARGER, Colin. The dialectic of *stare decisis* doctrine. In: PETERS, Christopher J. **Precedent in the United States Supreme Court**. Dordrecht: Springer, 2013. P. 20.

²⁶ *Ibidem*. P. 21.

²⁷ *Ibidem*. P. 21.

²⁸ “*Stare decisis* is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right. [...] This is commonly true even where the error is a matter of serious concern, provided correction can be had by legislation. But in cases involving the Federal Constitution, where correction through legislative action is practically impossible, this Court has often overruled its earlier decisions. The Court bows to the lessons of experience and the force of better reasoning, recognizing that the process of trial and error, so fruitful in the physical sciences, is appropriate also in the judicial function”

²⁹ Cabe fazer breve referência, nessa conexão, à obra de Karl Popper, um dos mais importantes filósofos da ciência do século XX, e que postulou a falseabilidade como critério de delimitação das teorias científicas, nestes termos: “o critério de delimitação lógico-indutivo, a delimitação por meio do conceito de sentido positivista, é equivalente com a exigência, de que todas as proposições científico-empíricas (todas as “sentenças com sentido”) devam ser *decidíveis finalmente*: elas devem ter uma tal forma, que *tanto a sua verificação quanto a sua falsificação* seja logicamente possível” POPPER, Karl. **Logik der Forschung**. 10ª ed., melhorada e aumentada. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1994. P. 14.

³⁰ STARGER, Colin. The dialectic of *stare decisis* doctrine. In: PETERS, Christopher J. **Precedent in the United States Supreme Court**. Dordrecht: Springer, 2013. P. 29.

como a exposição oficial da doutrina da *stare decisis* pela Suprema Corte. Em *Smith v. Allwright*, 321 US 649 (1944), por exemplo, a Corte baseou-se na opinião divergente do caso *Burnet* para rejeitar o precedente de *Grove v. Townsend*, 295 US 45 (1935).

Em *Swift & Co. v. Wickham*, 382 US 111 (1965), a Corte rejeitou um precedente que havia sido decidido apenas três anos antes, isto é, *Kesler v. Department of Public Safety of Utah*, 369 US 153 (1962). Na fundamentação, a Corte assentou: “nós acreditamos que considerações sobre *stare decisis* não devem nos deter de seguir esse curso [rever o problema]. A menos que seja inexoravelmente comandado por lei, um princípio procedimental dessa importância não deve ser mantido nos livros em nome da *stare decisis* depois que haja se comprovado inoperável na prática; as consequências malélicas para litigantes e cortes a partir da perpetuação de uma regra inoperável são muito grandes”³¹.

Algumas décadas depois, em *Arizona v. Rumsey*, 467 US 203 (1984), a Corte manteve o precedente de *Bullington v. Missouri*, 451 US 430 (1981), muito embora o estado do Arizona, que era o peticionário do *writ of certiorari*³², tivesse convidado a Corte a rejeitar *Bullington*. Escrevendo a opinião da maioria, a Justice O'Connor sustentou que “embora a adesão ao precedente não seja rigidamente requerida em casos constitucionais, qualquer desvio da doutrina da *stare decisis* demanda justificação especial”³³ (*Rumsey*, 467 U.S. 212). No entender de Colin Starger, essa expressão “justificação especial” não desempenhou nenhum papel na decisão de *Rumsey*; no entanto, oito anos depois, em *Payne* (ver adiante), a necessidade de uma justificação especial seria expressamente requerida pela opinião divergente do Justice Marshall³⁴ e, a partir disso, passou a exercer importância cada vez maior no debate doutrinário sobre o tema.

Em *Payne v. Tennessee*, 501 US 808 (1991), portanto, a Corte rejeitou suas decisões em *Booth v. Maryland*, 482 U. S. 496 (1987), e *South Carolina v. Gathers*, 490 U. S. 805 (1989), as quais eram no sentido de que a Oitava Emenda à Constituição dos EUA vedava a admissão de evidências sobre o impacto do crime causado às vítimas, durante a fase de aplicação da

³¹ “We believe that considerations of *stare decisis* should not deter us from this course. Unless inexorably commanded by statute, a procedural principle of this importance should not be kept on the books in the name of *stare decisis* once it is proved to be unworkable in practice; the mischievous consequences to litigants and courts alike from the perpetuation of an unworkable rule are too great.”

³² Cf. BLACK'S LAW DICTIONARY, 7ª ed. Editado por Bryan A. Garner. St. Paul: West Group, 1999. P. 220: “**Certiorari** [latim jurídico: “ser mais completamente informado”]. Uma ordem extraordinária emitida por uma corte de apelação, discricionariamente, determinando a uma corte inferior que remeta os autos do caso para revisão. A Suprema Corte dos EUA usa o *certiorari* para revisar a maioria dos casos que ela decide ouvir. – Abreviado como *cert.* – Também chamado *writ de certiorari.*”

³³ “Although adherence to precedent is not rigidly required in constitutional cases, any departure from the doctrine of *stare decisis* demands special justification.”

³⁴ STARGER, Colin. The dialectic of *stare decisis* doctrine. In: PETERS, Christopher J. **Precedent in the United States Supreme Court**. Dordrecht: Springer, 2013. P. 35.

pena, em um julgamento capital. Consequentemente, a Corte passou a admitir o uso desse tipo de evidência.

Na qualidade de autor da opinião da maioria, o *Chief Justice* Rehnquist sustentou duas teses importantes para os propósitos deste trabalho: (i) a primeira, que “considerações a favor da *stare decisis* têm seu ápice em casos envolvendo direitos de propriedade e de contratos, em que interesses de confiança estão envolvidos [...]”; o oposto é verdade em casos como o presente, envolvendo regras de processo e evidência³⁵ (*Payne*, 501 U.S. 828); (ii) a segunda, que os casos *Booth* e *Gathers* estavam “maduros” para serem rejeitados porque haviam sido “decididos pela mais estreita das margens, sobre divergências vigorosas desafiando os alicerces básicos dessas decisões”³⁶.

Por seu turno, o *Justice* Marshall, em sua opinião divergente, fez uma defesa enérgica da necessidade de uma “justificação especial” para a rejeição de precedentes (citando, nisso, *Rumsey*) – e não apenas, por exemplo, a simples mudança da composição da Corte. No dizer de Colin Starger, a expressão “justificação especial” passou a ser o “eixo linguístico em torno do qual o debate acerca da *stare decisis* girava”³⁷.

No ano seguinte, a Corte decidiu o caso em que, na visão de Laurence Tribe³⁸, se debateu de modo mais extensivo a ideia de *stare decisis*: foi *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 US 833 (1992). Tratava-se, aí, da discussão sobre a constitucionalidade de leis do estado da Pensilvânia restringindo a prática de abortos (Robert P. Casey era então o governador do estado). Nesse contexto, a Corte foi novamente convidada a reabrir a discussão sobre o célebre caso *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973), que havia autorizado o aborto em certas circunstâncias.

Dispondo do caso, a Corte disse que “após considerar as questões constitucionais fundamentais resolvidas por *Roe*, princípios de integridade institucional e a regra da *stare decisis*, nós somos levados a concluir isto: o ponto essencial de *Roe v. Wade* deve ser retido e mais uma vez reafirmado”³⁹ (505 US 833, 846). É interessante fazer menção às palavras com as quais a maioria encerra sua opinião (505 US 833, 901):

³⁵ “Considerations in favor of *stare decisis* are at their acme in cases involving property and contract rights, where reliance interests are involved [...]; the opposite is true in cases such as the present one involving procedural and evidentiary rules”.

³⁶ STARGER, Colin. The dialectic of *stare decisis* doctrine. In: PETERS, Christopher J. **Precedent in the United States Supreme Court**. Dordrecht: Springer, 2013. P. 37.

³⁷ *Ibidem*. P. 38.

³⁸ TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. Vol. I. 3ª ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000. P. 82-

³⁹ “After considering the fundamental constitutional questions resolved by *Roe*, principles of institutional integrity, and the rule of *stare decisis*, we are led to conclude this: the essential holding of *Roe v. Wade* should be retained and once again reaffirmed.”

Nossa Constituição é um pacto que vai desde a primeira geração de americanos até nós, e então às futuras gerações. É uma sucessão coerente. Cada geração deve aprender novamente que os termos escritos da Constituição incorporam ideias e aspirações que devem sobreviver a mais épocas do que uma. Nós aceitamos nossa responsabilidade e não nos esquivamos de interpretar o significado pleno do pacto à luz de todos os nossos precedentes. Nós invocamos-os mais uma vez para definir a liberdade garantida pela própria promessa da Constituição, a promessa de liberdade⁴⁰.

A partir de *Casey*, portanto, e dos reiterados desafios buscando rejeitar o precedente firmado por *Roe*, a doutrina passou a discutir a ideia de “super-precedente” ou “super-*stare decisis*”. No entender de Michael Sinclair, dizer que um caso é um “super-precedente” significa que ele é judicialmente imperturbável, um monumento de precedência que não pode ser negado, semelhantemente a possuir a força de lei da *stare decisis* vertical de um modo horizontal⁴¹. Nesse contexto, seria possível sustentar que *Roe* seria um “super-precedente” e, portanto, inderrogável.

Em *Dickerson v. United States*, 530 US 428 (2000), a Corte manteve a célebre decisão do caso *Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966). Segundo a Corte, “não importa se nós concordaríamos com o raciocínio de *Miranda* e sua regra resultante, se estivéssemos abordando a questão na primeira ocasião, os princípios da *stare decisis* pesam intensamente contra rejeitá-lo agora” (530 US 428, 443).

Finalmente, em *Citizens United v. Federal Election Com'n*, 130 S. Ct. 876 (2010), a Corte debruçou-se sobre a questão do financiamento de campanhas eleitorais. Na parte dispositiva, rejeitou *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990), e *McConnell v. Federal Election Comm'n*, 540 U.S. 93 (2003), determinando que o governo pode regular o discurso político de corporações por meio de exigências de *disclaimer* e *disclosure*, mas não pode suprimir esse discurso de um modo geral.

Em *Citizens United*, a Corte deixou, pois, assentado que:

Nosso precedente deve ser respeitado, a menos que as mais convincentes das razões demonstrem que a adesão a ele nos coloca em um curso de erro certo. “Além da operabilidade, os fatores relevantes na decisão sobre aderir ao princípio da *stare decisis* incluem a antiguidade do precedente, os interesses de

⁴⁰ “Our Constitution is a covenant running from the first generation of Americans to us and then to future generations. It is a coherent succession. Each generation must learn anew that the Constitution’s written terms embody ideas and aspirations that must survive more ages than one. We accept our responsibility not to retreat from interpreting the full meaning of the covenant in light of all of our precedents. We invoke it once again to define the freedom guaranteed by the Constitution’s own promise, the promise of liberty.”

⁴¹ SINCLAIR, Michael. Precedent, Super-Precedent. *George Mason Law Review*. Arlington, v. 14:2, p. 363-411, 2007. P. 365.

confiança em jogo, e, é claro, se a decisão foi bem fundamentada.” (130 S. Ct. 876, 911)⁴²

Prosseguindo, a Corte concluiu que o exame desses critérios recomendava a rejeição de *Austin*, por não ter sido bem fundamentado (*not well reasoned*).

A opinião concorrente do *Chief Justice* Roberts manifestou, de modo claríssimo, o caráter de princípio, e não de regra, da *stare decisis*. Afirmou, citando *Lawrence*, que a *stare decisis* não é um comando inexorável, nem uma fórmula mecânica de adesão à última decisão – senão a segregação seria legal, leis sobre salário mínimo seriam inconstitucionais, e o governo poderia grampear suspeitos criminais comuns sem antes obter mandados judiciais (130 S. Ct. 876, 920). Roberts disse que a *stare decisis* é um “*principle of policy*”⁴³: “na consideração sobre reexaminar uma decisão errônea anterior, nós devemos ponderar a importância de ter questões constitucionais *decididas* contra a importância de tê-las *decididas corretamente*” (130 S. Ct. 876, 920).

Por seu turno, o *Justice* Stevens, em opinião concordante em parte e divergente em parte, defendeu a visão da “justificação especial”. Disse que a opinião da maioria violava o princípio da *stare decisis* ao não oferecer a justificação especial que seria necessária para rejeitar *Austin*.

2.2 RESTRIÇÕES À STARE DECISIS

No item anterior, viu-se que a jurisprudência da SCOTUS nunca trabalhou a ideia de *stare decisis* como um comando inexorável. Sendo assim, compete agora examinar quais restrições à *stare decisis* foram reconhecidas pela Corte ao longo do tempo.

O caso *Payne*, citado acima, apresentou uma importante opinião divergente pelo *Justice* Marshall. Nela, foram elencadas algumas restrições à aplicabilidade da *stare decisis*: (i) o advento de “mudanças ou desenvolvimentos subsequentes no direito” que solapam o fundamento da

⁴² “Our precedent is to be respected unless the most convincing of reasons demonstrates that adherence to it puts us on a course that is sure error. ‘Beyond workability, the relevant factors in deciding whether to adhere to the principle of stare decisis include the antiquity of the precedent, the reliance interests at stake, and of course whether the decision was well reasoned’.”

⁴³ É bem conhecida a distinção que Ronald Dworkin faz entre regras (*rules*), políticas (*policies*), e princípios (*principles*). No entanto, com relação à diferença entre políticas e princípios, o próprio Dworkin salienta que “a distinção pode ser colapsada construindo um princípio como afirmando um objetivo social (i.e. o objetivo de uma sociedade em que nenhum homem lucra com seus próprios erros), ou construindo uma política como afirmando um princípio (i.e. o princípio de que o objetivo que a política abarca é valioso) ou adotando a tese utilitarista de que princípios de justiça são afirmações disfarçadas de objetivos (garantir a maior felicidade para o maior número)”. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 17^a impr. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1999. P. 22-3. Nesse contexto, pode-se dizer que a adoção pelo *Chief Justice* Roberts em sua opinião da expressão “*principle of policy*” aponta para uma ambiguidade, sem se comprometer necessariamente nem com uma visão nem com outra.

decisão (citando *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 US 164 (1989)); (ii) a necessidade de “colocar [uma decisão] em concordância com a experiência e com fatos recentemente descobertos (citando *Burnet*); (iii) e uma demonstração de que um precedente particular se tornou um “detrimento à coerência e à consistência no direito” (citando, novamente, *Patterson*). No entanto, isso era uma opinião divergente e, por conseguinte, não revestida da autoridade da Corte.

Já em *Casey* a maioria da Suprema Corte reconheceu claramente que a regra da *stare decisis* não era um “comando inexorável” (505 US 833, 854) e estava aberta a restrições.

A Corte trabalhou então a ideia de restrições de duas maneiras: uma mais geral e outra mais específica. Falando em termos gerais, a Corte disse que, “quando essa Corte reexamina uma decisão anterior, seu julgamento é costumeiramente informado por uma série de considerações prudenciais e pragmáticas concebidas para testar a consistência de rejeitar uma decisão anterior com o ideal de estado de direito, e medindo os custos respectivos de reafirmar e rejeitar um caso anterior”⁴⁴ (505 US 833, 854). Em outras palavras, a Corte aponta para a prática de alguma espécie de ponderação ou balanceamento⁴⁵.

Em seguida, a Corte ofereceu alguns critérios específicos para rejeitar ou afirmar uma decisão anterior. Nesse sentido, a Corte pode perguntar-se: (a) se a regra provou ser intolerável simplesmente por desafiar a operabilidade prática - *Swift & Co. v. Wickham*, 382 US 111 (1965); (b) se a regra está sujeita a um tipo de confiança que emprestaria dificuldades especiais às consequências da rejeição e adicionaria inequidade ao custo do repúdio - *United States v. Title Ins. & Trust Co.*, 265 US 472 (1924); (c) se princípios de direito relacionados se desenvolveram tanto de modo a tornar a regra velha em não mais do que o remanescente de uma doutrina abandonada - *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 US 164 (1989); ou (d) se os fatos mudaram de tal maneira, ou passaram a ser vistos de modo tão diferente, que roubaram a regra velha de aplicação significativa ou justificação - *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 US 393 (1932).

2.3 JURISPRUDÊNCIA DO ESTADO DA LOUISIANA SOBRE JURISPRUDENCE CONSTANTE

Em termos científicos, constitui um achado relevante para os propósitos do atual trabalho a singularidade histórica que levou o estado de

⁴⁴ “[...] when this Court reexamines a prior holding, its judgment is customarily informed by a series of prudential and pragmatic considerations designed to test the consistency of overruling a prior decision with the ideal of the rule of law, and to gauge the respective costs of reaffirming and overruling a prior case.”

⁴⁵ Foge ao escopo do presente trabalho averiguar as semelhanças e diferenças entre a doutrina alemã da *ponderação* e a doutrina estadunidense do *balanceamento*.

Louisiana a ostentar um sistema jurídico de *civil law* no interior de uma federação de estados que segue o *common law*. Tal peculiaridade, como é de imaginar-se, já levou a questionamentos que desaguaram no poder judiciário do referido estado.

Consoante Mary Garvey Algero, pois, o valor do precedente na Louisiana, assim como o valor do precedente na França, na Itália, na Espanha, aumenta com o nível da corte prolatora da decisão dentro da hierarquia do sistema judiciário⁴⁶. Ainda segundo Algero, a Constituição da Louisiana outorga à Suprema Corte da Louisiana jurisdição supervisória sobre casos cíveis, bem como criminais, e as cortes de apelação da Louisiana têm jurisdição recursal sobre os casos cíveis e criminais que surgem nas cortes dentro de seus circuitos⁴⁷. Em função dessa estrutura judiciária e do poder de revisão, diz Algero, as cortes inferiores estão cientes do fato de que se elas não seguirem uma interpretação do direito da Louisiana proveniente de uma corte superior, elas correm o risco de reforma. Semelhantemente, advogados e litigantes estão cientes de que as cortes tendem a decidir casos consistentemente com suas próprias decisões e com as decisões das cortes para as quais suas decisões são apeláveis⁴⁸.

Passando ao exame de alguns casos, tem-se que, em *Johnson v. St. Paul Mercury Insurance Company*, 236 So. 2d 216 (1970), a Suprema Corte estadual decidiu um caso sobre responsabilidade civil extracontratual decorrente de um acidente automobilístico.

Nesse caso, a Corte estadual manifestou-se nestes termos:

Na Louisiana, as cortes não estão vinculadas pela doutrina da *stare decisis*, mas existe um reconhecimento neste estado da doutrina da *jurisprudence constante*. Diferentemente da *stare decisis*, essa última doutrina não contempla adesão a um princípio de direito anunciado e aplicado em uma única ocasião no passado. Entretanto, quando, por meio de repetidas decisões em uma longa linha de casos, uma regra de direito foi aceita e aplicada pelas cortes, esses julgamentos assumem a dignidade da *jurisprudence constante*; e à regra de direito sobre a qual eles se baseiam é conferido grande peso nas decisões subsequentes⁴⁹ (236 So. 2d 216, 218).

⁴⁶ ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. *Louisiana Law Review*. Baton Rouge, v. 65, n. 2, p. 775-822, 2005. P. 800.

⁴⁷ *Ibidem*. P. 800.

⁴⁸ *Ibidem*. P. 800.

⁴⁹ "In Louisiana, courts are not bound by the doctrine of *stare decisis*, but there is a recognition in this State of the doctrine of *jurisprudence constante*. Unlike *stare decisis*, this latter doctrine does not contemplate adherence to a principle of law announced and applied on a single occasion in the past. However, when, by repeated decisions in a long line of cases, a rule of law has been accepted and applied by the courts, these adjudications assume the dignity of *jurisprudence constante*; and the rule of law upon which they are based is entitled to great weight in subsequent decisions"

Prosseguiu, no entanto, nestes termos, de modo a atenuar o conteúdo do que recém exposto: “assim, embora esta Corte tenha o poder de modificar e rejeitar suas decisões anteriores, ela não faz isso a menos que seja claramente demonstrado que tenha ocorrido erro e que injustiça se seguirá a uma continuação da regra de direito” (236 So. 2d 216, 219).

Em *Ardoin v. Hartford Acc. & Indem. Co.*, 360 So. 2d 1331 (1978), discutia-se se um ato de um especialista médico que causa dano para seu paciente constituía uma falha que obrigava o médico a reparar o dano ou não. A corte inferior havia adotado o entendimento anteriormente exposto pela própria Suprema Corte estadual em *Meyer v. St. Paul-Mercury Indemnity Co.*, 73 So. 2d 781 (1953).

Ocorre que a Suprema Corte da Louisiana admoestou o comportamento das cortes inferiores, nos seguintes termos: “ao decidir a questão perante nós, as cortes inferiores não seguiram o processo de referir-se primeiramente ao código e outras fontes legislativas, mas trataram a linguagem de uma decisão judicial como fonte de direito primária”⁵⁰ (360 So. 2d 1331, 1334). E prosseguiu: “o erro básico nesse método de interpretação é que ele não apenas ignora os primeiros princípios de nosso direito, mas também assume que a jurisprudência é equivalente à legislação, em vez de tratá-la como interpretação judicial que pode ou não refletir adequadamente o sentido das leis para propósitos contemporâneos”⁵¹ (360 So. 2d 1331, 1336).

Em *Doerr v. Mobil Oil Corp.*, 774 So. 2d 119 (2000), um caso versando sobre uma *class action* ajuizada por causa de uma descarga de hidrocarbonetos de uma refinaria da requerida no rio Mississippi, a Suprema Corte estadual rejeitou o precedente de *Ducote v. Koch Pipeline Co.*, LP, 730 So. 2d 432 (1999), e remeteu o processo para novos procedimentos na justiça de primeira instância.

No tocante à *jurisprudence constante*, a Corte esclareceu que as decisões judiciais não têm a intenção de ser fonte autoritativa de direito na Louisiana (774 So. 2d 119, 128).

Por fim, em *Willis-Knighton Medical v. Sales Tax Com'n*, 903 So. 2d 1071 (2005), tratava-se de um caso buscando o reembolso de tributos de venda e uso pagos sob protesto. A Corte afirmou a decisão da corte de apelação. Na opinião da maioria, foi rejeitada a pretensão de basear-se na *jurisprudence constante*, ao argumento de que, “para os juízes da Louisiana, decisões judiciais anteriores não são nada mais que interpretações do direito” (903 So. 2d 1071, 1087, nota de rodapé 16). “Como resultado, erros anteriores na interpretação judicial não ‘insulam’ o juiz de retornar à própria

⁵⁰ “In deciding the issue before us the lower courts did not follow the process of referring first to the code and other legislative sources but treated language from a judicial opinion as the primary source of law.”

⁵¹ “The basic error in this method of interpretation is that it not only ignores the first principles of our law but it also assumes that jurisprudence is equivalent to legislation instead of treating it as judicial interpretation which may or may not adequately reflect the meaning of the laws for contemporary purposes.”

legislação a fim de determinar seu correto sentido” (903 So. 2d 1071, 1087, nota de rodapé 16).

A Corte, citando *Doerr*, concedeu que a *jurisprudence constante* carrega considerável autoridade persuasiva, mas não é o direito (903 So. 2d 1071, 1088).

3 DOGMÁTICA DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Na presente seção, examina-se a dogmática dos precedentes positivada pelo novo Código de Processo Civil brasileiro, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, e que entrará em vigor no direito brasileiro na data de 17 de março de 2016, por força do art. 1.045 da lei⁵².

Insta consignar que o presente trabalho é uma versão atualizada de um esforço anterior, em que o autor examinava o direito ainda não positivado, isto é, em fase de elaboração legislativa. Desse modo, fica o registro histórico de que o texto final do novo CPC é uma versão modificada do Substitutivo da Câmara ao Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 (nº 8.046/2010 na Câmara Federal). O projeto do novo CPC possuía como autor original o Senador José Sarney (PMDB-AP), havendo sido apresentado inicialmente em 08/06/2010. O Substitutivo, por seu turno, era subscrito pelo então Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Henrique Alves (PMDB-RN), sendo datado de 27/03/2014. Por fim, cumpre salientar que as alterações propostas pelo Substitutivo eram maiores do que as alterações finalmente introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.105/2015.

Pois bem. O texto do novo CPC faz referência expressa a *precedentes* no art. 489, §1º, incisos V e VI; art. 926, §2º; art. 927, §5º; art. 988, IV; e art. 1.042, §1º, II. Vale notar que, no art. 1.040, o texto legal também emprega a expressão *acórdão paradigma*, o que remete a uma expressão já de largo uso tanto no âmbito do STJ⁵³, quanto do STF⁵⁴. A propósito da palavra “paradigma”, oportuno fazer referência a um dos autores que mais contribuiu para sua disseminação na linguagem, Thomas Kuhn⁵⁵, quem, ao falar sobre a natureza da ciência normal, no contexto de sua investigação sobre a estrutura das revoluções científicas, consignou:

⁵² Cf., em sentido análogo, AgRg no REsp 750.643/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 07/06/2010.

⁵³ Cf., apenas a título de exemplo, AgRg na Rcl 19.671/BA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2014, DJe 24/10/2014.

⁵⁴ Cf., apenas a título de exemplo, Rcl 6534 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 25/09/2008, DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008 EMENT VOL-02337-01 PP-00160 RTJ VOL-00206-03 PP-01036 RT v. 98, n. 879, 2009, p. 162-170 RF v. 104, n. 400, 2008, p. 360-370.

⁵⁵ KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. Second edition, enlarged. Chicago: Chicago University Press, 1972. P. 23.

Em seu uso estabelecido, um paradigma é um modelo ou padrão aceito, e esse aspecto de seu sentido permitiu-me, na falta de palavra melhor, apropriar “paradigma” aqui. [...] Em uma ciência, por outro lado, um paradigma é raramente um objeto de replicação. Em vez disso, como uma decisão judicial aceita no *common law*, ele é um objeto de articulação e especificação adicional sob condições novas ou mais restritivas.

Falando agora em termos sistemáticos, a regulação dogmática dos precedentes é apresentada nos artigos 926 a 928, que integram o Capítulo I – Disposições Gerais, do Título I – Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais, do Livro III – Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais. As normas veiculadas por esses três artigos serão analisadas separadamente no presente trabalho.

Nota-se que a regulação está situada como um primeiro capítulo contendo normas gerais sobre os processos nos tribunais. Segue-se-lhe um segundo capítulo contendo normas que também são de cunho geral, isto é, o Capítulo II – Da Ordem dos Processos no Tribunal. Após isso, o novo CPC traz mais oito capítulos contendo normas específicas sobre procedimentos de competência originária dos tribunais, quais sejam: incidente de assunção da competência (art. 947), incidente de arguição de inconstitucionalidade (arts. 948 a 950), conflito de competência (arts. 951 a 959), homologação de sentença estrangeira e concessão de *exequatur* à carta rogatória (arts. 960 a 965), ação rescisória (arts. 966 a 975), incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987), e reclamação (arts. 988 a 993).

Ora, sabe-se que, no marco de uma teoria semântica das normas, no sentido de Robert Alexy, os critérios para identificação de normas não devem ser buscados no nível da proposição normativa, mas sim no nível das normas. Um tal critério deixa-se formular com ajuda das modalidades deonticas fundamentais da obrigação, da proibição e da permissão⁵⁶. Sendo assim, a dogmática positivada com o objetivo de regular os precedentes no direito processual civil brasileiro pode ser analisada em termos das obrigações, proibições e permissões a instituídas pelo novo CPC. Esse é o esforço que se buscará fazer na presente seção deste trabalho.

3.1 MANDAMENTO DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

O art. 926, *caput*, do novo CPC contém um mandamento de uniformização da jurisprudência. Na dicção do dispositivo: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Vê-se, pois, que o mandamento de uniformização está associado a mandamentos adicionais de estabilidade, de integração e de coerência.

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. P. 43-4.

Em termos de teoria das normas, vê-se com clareza tratar-se de um princípio no sentido de Robert Alexy⁵⁷. Cuida-se aqui, portanto, de buscar o maior grau fática e juridicamente possível de uniformização da jurisprudência, pois a aplicação desse princípio é de ser restringida por princípios que se colocam em sentido contrário.

Uma pergunta que se deixa colocar desde o início da análise é a pergunta pela constitucionalidade do art. 926, à luz dos arts. 2º e 99 da CRFB. Com efeito, detém o Congresso Nacional competência constitucional para impor tal mandamento de uniformização da jurisprudência, por via de lei ordinária, ou isso exigiria uma reforma constitucional? Na esteira do art. 22, I, combinado com 48, *caput*, da CRFB, tem-se que o Congresso Nacional possui competência para dispor sobre direito processual (o que inclui, por óbvio, direito processual civil). Mas persiste a dúvida: pode o Congresso Nacional obrigar os tribunais, que são órgãos do Poder Judiciário, a uniformizarem suas decisões?

Nesse contexto, convém lembrar o julgamento da ADI nº 2.356, que versou sobre a Emenda Constitucional nº 30/2000 e o parcelamento da liquidação de precatórios pela fazenda pública. O STF deferiu a medida cautelar para suspender a eficácia do art. 2º da EC nº 30/2000, que introduziu o art. 78 no ADCT da Constituição de 1988. Entre os fundamentos adotados, um foi que isso atentava “contra a independência do Poder Judiciário, cuja autoridade é insuscetível de ser negada, máxime no concernente ao exercício do poder de julgar os litígios que lhe são submetidos e fazer cumpridas as suas decisões, inclusive contra a Fazenda Pública, na forma prevista na Constituição e na lei.”

Mais uma tensão que emerge: em conexão com o princípio do federalismo, e à luz do art. 125 da CRFB, pode-se perguntar pela eventual invasão de competência da União na competência dos estados federados para organizarem sua justiça⁵⁸.

Outra questão que se deixa colocar desde já é pelo âmbito dos destinatários da norma. O termo “tribunais” compreende todos os tribunais listados no art. 92 da CRFB? Inclui o CNJ? Inclui o TCU, os Tribunais de Contas dos estados e do Distrito Federal e os Tribunais de Contas dos municípios?

Da leitura conjugada do art. 927, conclui-se que o mandamento se impõe não apenas aos tribunais, mas também aos juízes singulares.

Ainda outra questão polêmica pode ser levantada: os tribunais só estarão obrigados a uniformizar sua jurisprudência em matéria civil? Quanto ao ponto, importa considerar o art. 15 do novo CPC, o qual dispõe acerca da

⁵⁷ *Ibidem*. P. 75.

⁵⁸ A esse respeito, é muito interessante lembrar que o estado da Louisiana, nos EUA, exibe um sistema jurídico fortemente influenciado pelo *civil law* no interior de uma federação de estados regida pelo *common law*.

aplicação supletiva e subsidiária das normas do novo CPC aos processos eleitorais, trabalhistas e administrativos. Tem-se, assim, que os tribunais eleitorais (art. 92, V da CRFB) e trabalhistas (art. 92, IV da CRFB) estarão obrigados a uniformizar sua jurisprudência, salvo disposição em contrário na norma processual eleitoral ou trabalhista, respectivamente. Com relação aos tribunais administrativos, malgrado não terem fundamento normativo na CRFB, entende-se que também estarão obrigados a uniformizar sua jurisprudência, salvo disposição em contrário na norma processual administrativa.

E no tocante ao direito processual penal? Sabe-se que a aplicação do direito processual civil ao direito processual penal é, na melhor das hipóteses, suplementar, por força do art. 3º do CPP⁵⁹. Portanto, salvo melhor juízo, não parece haver fundamento normativo apto a impor aos tribunais brasileiros a obrigação de uniformizar sua jurisprudência em matéria penal⁶⁰.

Raciocínio análogo vale para o direito processual penal militar. De acordo com o art. 3º do CPPM, a própria legislação processual penal comum é que tem caráter supletivo com relação à legislação processual penal militar. Daí que não parece plausível impor aos tribunais militares (art. 92, VI da CRFB) a obrigação de uniformização de sua jurisprudência.

Prosseguindo a análise do texto legal, tem-se que o §1º do art. 926 dispõe sobre a obrigação de os tribunais editarem enunciados de súmula de sua jurisprudência dominante, de acordo com seus regimentos internos.

O §2º do art. 926, por seu turno, exhibe uma preocupação com o princípio da divisão de poderes (art. 2º da CRFB), ao proibir que os tribunais editem enunciados de súmula divorciados das circunstâncias fáticas trabalhadas nos casos já decididos. Cuida-se, com isso, de proibir que os tribunais legislem positivamente na via oblíqua, isto é, por meio de súmulas. Em outras palavras: se os tribunais possuísem o direito de editar enunciados de súmulas de modo a extrapolar as circunstâncias fáticas dos precedentes que lhe deram ensejo, poderiam violar o disposto no art. 48 da CRFB, segundo o qual cabe ao Congresso Nacional dispor sobre todas as matérias de competência da União. A norma veiculada pelo §2º do art. 926 ganha importância sobretudo à vista das súmulas vinculantes de que trata o art. 103-A da CRFB.

⁵⁹Cf. também, nessa conexão, Claus Roxin, para o qual “é frequentemente tentado, a partir dos diferentes direitos processuais desenvolver princípios gerais (uma assim chamada *doutrina do direito processual geral*) e a partir disso, então, derivar consequências para o direito processual penal, mas o ganho de uma tal maneira de consideração até agora permanece pequeno” ROXIN, Claus. **Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch**. 24ª ed., completamente reelaborada. Munique: Beck, 1995. P. 5.

⁶⁰ Confrontem-se, no entanto, os seguintes julgados: REsp 1128170/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 02/09/2014; REsp 1211481/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 15/04/2014.

No tocante aos mandamentos adicionais de estabilidade, de integração e de coerência, é lícito perguntar se fazem referência à obra do filósofo do direito estadunidense, Ronald Dworkin, mais especificamente ao trabalho intitulado *Law's Empire*. Sabe-se que, discorrendo aí sobre conceitos e concepções de direito, Dworkin elenca três concepções rivais do direito, o “convencionalismo”, o “pragmatismo legal”, e o “direito como integridade”, sendo que a última é a concepção por ele defendida. Sabe-se também que, para Dworkin, o direito como integridade aceita o direito e os direitos jurídicos sem reservas⁶¹. Ademais, supõe que as restrições jurídicas beneficiam a sociedade não só propiciando previsibilidade e correção procedimental, ou de outra maneira instrumental, mas também garantindo um tipo de igualdade entre os cidadãos que faz sua comunidade mais genuína e melhora sua justificação moral para o exercício do poder político que faz⁶². Por fim, a teoria do direito como integridade argumenta que os direitos e as responsabilidades fluem das decisões anteriores e assim contam como jurídicos, não apenas quando eles são explicitados nessas decisões, mas também quando eles se seguem dos princípios de moralidade pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem como meio de justificação⁶³.

A tarefa que caberá à jurisprudência nacional é, portanto, determinar se e *em que medida* o novo CPC está comprometido doutrinariamente com a teoria do direito como integridade de Dworkin.

3.2 CONCRETIZAÇÃO DO MANDAMENTO DE UNIFORMIZAÇÃO

Vê-se que o legislador se preocupou não só com a cominação da norma de uniformização com um caráter principiológico, mas também com detalhar seu modo de cumprimento por meio de regras. O art. 927 regula, pois, o procedimento que os tribunais estarão obrigados a seguir, a fim de concretizar o objetivo imposto pelo art. 926.

É muito importante ler o art. 927 em conjunto com o art. 489, §1º do novo CPC, que dispõe sobre as causas de ausência de fundamentação das decisões judiciais – causas que, *ex vi* do art. 1.022, parágrafo único, inc. II do texto legal, seriam hipóteses de omissão da decisão (sanável na via dos embargos de declaração), mas que, por força do art. 93, IX da CRFB, redundariam em causas de nulidade das decisões judiciais.

O inciso I do *caput* obriga juízes singulares e tribunais a seguir as decisões do STF prolatadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC, ADO e ADPF). À primeira vista, isso não

⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1986. P. 95.

⁶² *Ibidem*. P. 95-96.

⁶³ *Ibidem*. P. 96.

acrescenta muito ao que já disposto no art. 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/99 e no art. 10, §3º da Lei nº 9.882/99.

O inciso II do *caput* obriga juízes singulares e tribunais a seguir as súmulas vinculantes. No tocante ao ponto, convém lembrar que a Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como “Reforma do Judiciário”, positivou no texto constitucional o art. 103-A e seus parágrafos, que dispõe sobre a súmula vinculante. A EC nº 45/2004 já foi objeto de diversas ações diretas de inconstitucionalidade perante o STF⁶⁴; todavia, nenhuma questionando o art. 103-A ou seus parágrafos.

É interessante fazer aqui uma menção ao Agravo Regimental na Reclamação nº 3.979/DF⁶⁵, em que o STF abordou expressamente a diferença entre súmulas “ordinárias” e súmulas vinculantes. O Ministro Gilmar Mendes sustentou, em seu voto, que as súmulas “ordinárias” do STF estariam “voltadas a consolidar a jurisprudência da Corte e facilitar a remissão aos seus principais entendimentos consagrados”, ao passo que as súmulas vinculantes estariam

destinadas a vincular (compulsoriamente) o entendimento jurídico e a sua execução material, na Administração Pública (direta e indireta) e nos demais órgãos do Poder Judiciário (ou seja, todos os órgãos à exceção do próprio STF), à exegese que em matéria constitucional proferir e assim decidir classificar esta Corte. (p. 111)

Também é oportuno fazer referência aqui à Lei n. 11.417/2006, que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, e para os propósitos do presente trabalho, é crucial referir o art. 3º, VI da lei, ao dispor que o Defensor Público-Geral da União tem legitimidade para propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

O inciso III do *caput* obriga juízes singulares e tribunais a seguir os acórdãos prolatados em incidente de assunção de competência (art. 947), em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e seguintes), em recurso extraordinário repetitivo (art. 1.036 e seguintes) e em recurso especial repetitivo – formas processuais novas, introduzidas pelo novo CPC. A esse respeito, convém notar que o art. 947, §3º do texto legal faz o enlace com o inciso III do *caput* do art. 927, ao determinar a vinculação dos juízes e órgãos fracionários ao que decidido pelo órgão colegiado do tribunal, em sede de incidente de assunção de competência. Semelhantemente, o art. 985, em seu *caput*, incisos I e II, bem como em seu §1º, visa a garantir a observação dos

⁶⁴ ADIs nºs 3392, 3395, 3423, 3431, 3432, 3472, 3486, 3493, 3520 e 3529.

⁶⁵ Rcl 3979 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2006, DJ 02-06-2006 PP-00005 EMENT VOL-02235-01 PP-00107 LEXSTF v. 28, n. 332, 2006, p. 262-266 RB v. 18, n. 514, 2006, p. 35-36 RDDP n. 41, 2006, p. 179-181.

precedentes gerados por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas. A vinculatividade dos mesmos é assegurada na via da reclamação (art. 988 e seguintes).

O inciso IV do *caput* obriga juízes e tribunais a seguir as súmulas do STF em matéria constitucional e as súmulas do STJ em matéria infraconstitucional.

Por fim, o inciso V do *caput* obriga juízes e tribunais a seguir a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. A norma deve ser lida em conexão com o art. 932, inciso IV, “a” e inciso V, “a” do novo CPC, que dispõe sobre a incumbência do relator de observar as súmulas do próprio tribunal a que está vinculado – além, é claro, do determinado pelos incisos I a IV do art. 927.

Pois bem. O §1º do art. 927 faz referência ao art. 10 do novo CPC, segundo o qual o órgão jurisdicional, na formação do precedente, não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício. Demonstra, assim, preocupação com o princípio do contraditório, entendido este, juntamente com Antonio do Passo Cabral, como entabulando direitos da parte de informação-reação e de influência no processo, bem como deveres de colaboração e participação com o processo⁶⁶. Remete também ao art. 489, §1º do novo CPC, o qual regula as causas de ausência de fundamentação das decisões judiciais.

É curiosa a cláusula final do §1º: “quando decidirem com fundamento neste artigo”. À primeira vista, tal cláusula ensejaria a interpretação de que, quando os juízes e tribunais não decidissem com fundamento no art. 927 do novo CPC, não estariam obrigados a observar o art. 10, nem o art. 489, §1º do texto legal. Essa interpretação é, contudo, insustentável à vista do art. 93, IX da CRFB; ademais, estaria em contradição com o que disposto no próprio *caput* do art. 927 do novo CPC. Admitir que um juiz singular tivesse autoridade para prolatar uma decisão não fundamentada e inobservante de uma decisão do STF em sede de ADI seria uma consequência intolerável, no bojo do sistema processual positivado.

Ainda sobre o art. 489, §1º do novo CPC: de acordo com o inciso V, não será devidamente fundamentada a decisão judicial que invocar precedente sem identificar seus fundamentos determinantes e sem demonstrar que os fatos do caso se subsomem aos fundamentos determinantes do precedente. De modo paralelo, conforme o inciso VI, não será devidamente fundamentada a decisão judicial que deixar de seguir precedente invocado pela parte sem operar a distinção do caso concreto (*distinguishing*) ou a superação do entendimento (*overruling*).

⁶⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Princípio do contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (orgs.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

À primeira vista, portanto, pareceria que o juiz singular poderia prolatar uma sentença considerada devidamente fundamentada, desde que demonstrasse a superação do entendimento jurisprudencial; é dizer, pareceria que o juiz monocrático poderia operar a *overruling* de um precedente. Ocorre que, no bojo do quadro normativo positivado pelo novo CPC, tal possibilidade está imediatamente excluída, com base nos mandamentos de uniformização e de estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência.

O §2º do art. 927 dispõe sobre audiências públicas, o que poderia ser visto como uma abertura para o princípio democrático (art. 1º da CRFB) no âmbito do poder judiciário. Veja-se que, no art. 58, §2º, II da CRFB, o legislador constituinte originário já havia previsto a realização de audiências públicas, no âmbito das comissões do Congresso Nacional⁶⁷. Convém notar que o art. 983, §1º prevê a realização de audiência pública em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas, e o art. 1.038, II, também prevê a realização de audiência pública em sede de recursos extraordinário e especial repetitivos.

O §3º do art. 927 dispõe sobre a modulação dos efeitos da *overruling*. A regra finalmente positivada é menos permissiva que a regra que era proposta no Substitutivo, o que, sem dúvida, representa uma melhoria. Ainda assim, releva notar que a redação difere sutilmente da redação do art. 27 da Lei n. 9.868/99 e do art. 11 da Lei n. 9.882/99, os quais exigem “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” para autorizar a modulação de efeitos. A diferença está no interesse social: a regra do novo CPC permite a modulação dos efeitos na presença de um interesse social que não seja considerado excepcional, ao passo que a regra das Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99 exige um interesse social excepcional.

O §4º do art. 927 dispõe sobre a necessidade de fundamentação adequada e específica, em que se vê um reflexo infraconstitucional do art. 93, IX da CRFB. Refere os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. É interessante notar que a fundamentação

⁶⁷ Previsão espelhada pelo art. 90, II do Regimento Interno do Senado Federal, e detalhada no art. 93 do mesmo instrumento, nos seguintes termos:

“Art. 93. A audiência pública será realizada pela comissão para:

I – instruir matéria sob sua apreciação;

II – tratar de assunto de interesse público relevante.

§ 1º A audiência pública poderá ser realizada por solicitação de entidade da sociedade civil.

§ 2º A audiência prevista para o disposto no inciso I poderá ser dispensada por deliberação da comissão.

§ 3º No dia previamente designado, a comissão poderá realizar audiência pública com a presença de, no mínimo, 2 (dois) de seus membros.”

“adequada e específica” monta a uma forma qualificada de fundamentação. Isso levanta um questionamento sobre qual a relação disso com o art. 489, §1º do novo CPC: deve-se concluir que uma decisão que se abstenha de incorrer em qualquer uma das hipóteses ali elencadas seria uma decisão com fundamentação “simples”, mas não seria o suficiente para representar uma decisão com fundamentação qualificada?

Por fim, o §5º do art. 927 dispõe sobre a obrigação de os tribunais divulgarem seus precedentes, preferencialmente pela *internet*. A regra atende aos ditames do art. 93, IX da CRFB, que exige a publicidade de todos os julgamentos do poder judiciário.

2.3 DEFINIÇÃO DE JULGAMENTO DE CASO REPETITIVO

No art. 928, o novo CPC fornece uma definição do que conta como julgamento em casos repetitivos. Trata-se de três hipóteses: (a) decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e seguintes); (b) decisão proferida em recurso especial repetitivo (art. 1036 e seguintes); (c) decisão proferida em recurso extraordinário repetitivo (art. 1036 e seguintes).

Para os propósitos do presente trabalho, convém pontuar que, nos termos do art. 977, III do novo CPC, a Defensoria Pública tem legitimidade para pedir a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como para requerer a revisão da tese jurídica firmada, a teor do art. 986 do texto legal. Abre-se, portanto, para as Defensorias Públicas dos estados e da União a possibilidade jurídica de influenciar diretamente no desfecho de processos aptos a gerar precedentes.

É notável a ausência, no art. 928, do incidente de assunção de competência. É que, como esclarece o *caput* do art. 947, a instauração do incidente não pressupõe a repetição em múltiplos processos da relevante questão de direito. Isto é, um caso único, isolado, porém veiculador de relevante questão jurídica, já autoriza a instauração do incidente.

4 CONCLUSÕES

Trata-se, aqui, de responder as questões colocadas na introdução do presente trabalho, sem qualquer pretensão de esgotar o tema – o que, a bem da verdade, seria impossível, dadas as limitações inerentes a um trabalho como o presente.

No tocante à primeira questão, pois, constatou-se que a jurisprudência da SCOTUS não adota a doutrina do precedente, isto é, da *stare decisis*, como uma regra definitiva – segundo o modo de aplicação “ou-

tudo-ou-nada”⁶⁸. Em vez disso, o grau de cumprimento da *stare decisis* é variável, coadunando-se com sua natureza de princípio.

Assim, vê-se que, a partir de *Casey*, a SCOTUS trabalha com quatro hipóteses de restrição à aplicabilidade da *stare decisis*, indicados no item 2.2 deste trabalho.

Com relação aos critérios que permitem uma rejeição (*overruling*) de um precedente – ou seja, a não observância da *stare decisis* – constata-se uma oscilação ao longo do tempo, bem como divergências entre posicionamentos majoritários e minoritários da SCOTUS. Nesse contexto, podem-se construir três modelos rivais para a rejeição de precedentes: (i) qualquer precedente pode ser rejeitado, se ele houver sido incorretamente decidido (alternativamente: se ele houver sido mal fundamentado); (ii) um precedente só pode ser rejeitado com base em uma justificação especial – ou seja, não basta o precedente estar incorreto; exige-se algo mais, algo acima de uma consideração de correção ou incorreção; (iii) certos precedentes não podem ser rejeitados, nem mesmo com base em uma justificação especial, pois atingiram um *status* de “super-precedentes”.

Adotando a visão da maioria da Corte em *Citizens United*, pode-se dizer que a visão prevalente, hoje em dia, aproxima-se mais do modelo (i) acima. Qualquer precedente poderia ser rejeitado com base em sua incorreção; no entanto, a rejeição deve dar-se no caminho de uma ponderação.

Com respeito à modulação dos efeitos da rejeição de um precedente, convém remeter o leitor para as conclusões obtidas em um trabalho anterior⁶⁹. Assim, de modo extremamente resumido, pode-se dizer que, no início, os efeitos das decisões da Corte eram retroativos. Com o caso *Linkletter v. Walker*, 381 US 618 (1965), a Corte passou a negar os efeitos retroativos, desenvolvendo critérios distintos de modulação para o campo criminal (*Stovall v. Denno*, 388 US 293 - 1967) e para o campo cível (*Chevron Oil Co. v. Huson*, 404 US 97 - 1971). Contudo, na passagem da década de 1980 para 1990, a orientação da Corte mudou, primeiramente com *Griffith v. Kentucky*, 479 US 314 (1987), em que foi abandonada a possibilidade de modulação no âmbito criminal; e, depois, com o caso *Harper v. Virginia Dept. of Taxation*, 509 US 86 (1993), em que foi abandonada a possibilidade de modulação no âmbito cível.

No que se refere à jurisprudência da Suprema Corte do Estado da Louisiana, vê-se que o sistema de *jurisprudence constante* é muito mais

⁶⁸ DWORIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 17ª impr. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1999. P. 24; ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. P.

⁸⁸.

⁸⁹ CINTRA, Fernando Vogel. **Modulação dos Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Controle Difuso de Constitucionalidade**: contribuição para uma análise comparativa entre EUA e Brasil. Monografia de conclusão de curso. Porto Alegre, 2010.

próximo daquilo que tradicionalmente vigeu no Brasil. No entanto, os diferentes níveis hierárquicos das cortes geram dificuldades para a identificação e aplicação da “jurisprudência constante”.

Passando agora ao exame da dogmática dos precedentes positivada pelo novo Código de Processo Civil, constata-se que há uma primeira dúvida concernente à constitucionalidade de certas normas, à luz da divisão dos poderes e, mais especificamente, da independência do poder judiciário. Nessa conexão, deve ser lembrado que o instituto da súmula vinculante foi introduzido no direito brasileiro por meio de emenda constitucional – a qual, posto que várias vezes questionada perante o STF, nunca foi questionada especificamente no tocante ao instituto da súmula vinculante. Daí que se deve averiguar se o Congresso Nacional dispõe de competência constitucional para determinar as mudanças introduzidas pelo novo código.

À primeira vista, a obrigação de seguir os precedentes é bastante abrangente, envolvendo todos os juízes e tribunais pátrios. Mas como dito antes, essa obrigação não abrange os processos penais, nem os processos penais militares.

Muito interessantes afiguram-se as possibilidades geradas pelo incidente de assunção da competência do art. 947. É que, por meio dessa forma processual, um único caso que envolva relevante questão de direito, dotado de grande repercussão social, será apto a formar precedente. Nesse compasso, vale lembrar mais uma vez das palavras do *Justice Cardozo*⁷⁰:

O direito comum [*common law*] não trabalha a partir de verdades pré-estabelecidas de validade universal e inflexível para conclusões derivadas delas dedutivamente. **Seu método é indutivo, e recolhe suas generalizações a partir dos particulares.** O processo foi admiravelmente formulado por Munroe Smith: ‘em seu esforço para dar ao sentido social de justiça uma expressão articulada por meio de regras e de princípios, o método dos peritos em encontrar o direito tem sido sempre experimental. As regras e princípios da jurisprudência [*case law*] nunca foram tratados como verdades finais, mas como hipóteses de trabalho, continuamente retestadas nesses grandes laboratórios do direito, as cortes de justiça [...]’⁷¹.

⁷⁰ CARDOZO, Benjamin N. **The Nature of the Judicial Process**. 22ª impressão. Clinton: Yale University Press, 1964. P. 22-23.

⁷¹ “The common law does not work from pre-established truths of universal and inflexible validity to conclusions derived from them deductively. Its method is inductive, and it draws its generalizations from particulars. The process has been admirably stated by Munroe Smith: ‘In their effort to give to the social sense of justice articulate expression in rules and in principles, the method of the lawfinding experts has always been experimental. The rules and principles of case law have never been treated as final truths, but as working hypotheses, continually retested in those great laboratories of the law, the courts of justice [...]’.

Ou seja, o incidente de assunção de competência pode funcionar como verdadeiro mecanismo de indução e generalização no âmbito do direito brasileiro.

Também é notável o peso dado pelo legislador ao princípio do contraditório (art. 927, §1º) e ao princípio democrático (art. 927, §2º) na formação dos precedentes. Sabe-se que o poder judiciário apresenta, estruturalmente, um déficit de legitimidade, eis que seus membros não são eleitos pelo voto popular (à diferença dos membros do poder executivo e do poder legislativo). Nessa ordem de ideias, a ampliação do contraditório e da participação popular visa a emprestar mais legitimidade para os precedentes, de modo a justificar a força obrigatória que apresentam. Outrossim, essas normas podem ser vistas como dando concretude jurídica a uma das regras do discurso prático geral no sentido de Alexy, regra que é classificada como uma regra da razão, atinente à entrada de falantes no discurso: trata-se da regra segundo a qual “cada um que pode falar tem permissão de participar de discursos”⁷².

Com relação à modulação dos efeitos da rejeição de precedente (art. 927, §3º), nota-se que regulação proposta no Substitutivo era muito aberta, tendo sido aperfeiçoada com a publicação do texto final. A regulação do Substitutivo não impunha critérios para a modulação, deixando-a completamente ao arbítrio do órgão julgador. De acordo com o novo CPC, todavia, há critérios mínimos para admitir a modulação: *interesse social e no da segurança jurídica*. São critérios menos rigorosos que os positivados pelas Leis n^{os} 9.868/99 e 9.882/99, de sorte que os tribunais deverão tomar cuidados para que a modulação não venha a reduzir a segurança jurídica, a proteção da confiança e até a isonomia – o que representaria a produção de efeitos contrários aos desejados.

Isso porque, como se depreende da jurisprudência da SCOTUS, a modulação dos efeitos – mesmo quando há uma definição de critérios – pode levar à violação de duas “normas básicas de jurisdição constitucional”: (i) a natureza do *judicial review* retira da Corte a prerrogativa essencialmente legislativa de tornar as regras de direito retroativas ou prospectivas a seu talante; (ii) a aplicação seletiva de novas regras viola o princípio de que se devem tratar igualmente as partes que estão na mesma situação (479 US 314, 322).

Muito importante é a previsão do §4º do art. 927, exigindo a necessidade de fundamentação adequada e específica – portanto qualificada – para a rejeição de precedentes. Tal exigência apresenta-se como fundamental, sobretudo quando colocada em conexão com o conceito tripartite de direito de Alexy, no âmbito do qual a pretensão de correção é um

⁷² ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. P. 240.

dos três elementos. Para Alexy, tanto normas jurídicas individuais e decisões jurídicas individuais, quanto sistemas jurídicos como um todo levantam necessariamente uma pretensão de correção⁷³.

Seria, portanto, contrário ao próprio conceito de direito um sistema jurídico-dogmático de precedentes que não se abrisse para a pretensão de correção. Quanto ao ponto, convém referir a posição de Felipe Kirchner⁷⁴, o qual, referindo Maria Cláudia Cachapuz, sustenta que

não há uma dissociação necessária entre as funções de universalidade (necessária à estrutura aberta) e da particularidade (reservada à experiência concreta). Somente com a conciliação destas duas dimensões é que se dará a equalização entre a segurança da estrutura normativa e a imprescindível abertura ao caso fático em exame.

Desse modo, observa-se que o novo CPC busca institucionalizar a pretensão de correção dos precedentes pela imposição da necessidade de uma fundamentação melhor, ou mais correta, para a rejeição de um precedente estabelecido.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4^a ed. Freiburg: Verlag Karl Alber, 2005.

_____. **Theorie der Grundrechte**. 2^a ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

_____. **Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**. 3^a ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. **Louisiana Law Review**. Baton Rouge, v. 65, n. 2, p. 775-822, 2005.

BLACK'S LAW DICTIONARY. 7^a ed. Editado por Bryan A. Garner. St. Paul: West Group, 1999.

⁷³ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. 4^a ed. Freiburg: Verlag Karl Alber, 2005. P. 64.

⁷⁴KIRCHNER, Felipe. **Hermenêutica Contratual e Concreção**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2009. P. 191.

CABRAL, Antonio do Passo. Princípio do contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (orgs.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. P. 193-204.

CARDOZO, Benjamin N. **The Nature of the Judicial Process**. 22ª impressão. Clinton: Yale University Press, 1964.

CINTRA, Fernando Vogel. **Modulação dos Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Controle Difuso de Constitucionalidade**: contribuição para uma análise comparativa entre EUA e Brasil. Monografia de conclusão de curso. Porto Alegre, 2010.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. Oxford: Clarendon Press, 1991.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1986.

_____. **Taking Rights Seriously**. 17ª impr. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1999.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte do Estado da Louisiana. *Ardoin v. Hartford Acc. & Indem. Co.*, 360 So. 2d 1331 (1978).

_____. Suprema Corte do Estado da Louisiana. *Doerr v. Mobil Oil Corp.*, 774 So. 2d 119 (2000).

_____. Suprema Corte do Estado da Louisiana. *Johnson v. St. Paul Mercury Insurance Company*, 236 So. 2d 216 (1970).

_____. Suprema Corte do Estado da Louisiana. *Willis-Knighton Medical v. Sales Tax Com'n*, 903 So. 2d 1071 (2005).

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Arizona v. Rumsey*, 467 US 203 (1984).

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 US 393 (1932).

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Citizens United v. Federal Election Com'n*, 130 S. Ct. 876 (2010).

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Dickerson v. United States*, 530 US 428 (2000).

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Payne v. Tennessee*, 501 US 808 (1991).

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 US 833 (1992).

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Smith v. Allwright*, 321 US 649 (1944).

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Swift & Co. v. Wickham*, 382 US 111 (1965).

FARNSWORTH, Edward Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. 4ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.

KIRCHNER, Felipe. **Hermenêutica Contratual e Concreção**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2009.

KUHN, Thomas. **The Structure of Scientific Revolutions**. Second edition, enlarged. Chicago: Chicago University Press, 1972.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

POPPER, Karl. **Logik der Forschung**. 10ª ed., melhorada e aumentada. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1994.

RE, Edward Dominic. Stare Decisis. In: FEDERAL JUDICIAL CENTER. **Education and Training Series**. Washington: Federal Judicial Center, 1975.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.088.045, Relator Ministro Massami Uyeda, julgamento em 22/09/2009, Terceira Turma.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.356 (Medida Liminar), Relator Ministro Celso de Mello.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação nº 3.979/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 03/05/2006, Tribunal Pleno.

ROXIN, Claus. **Strafverfahrensrecht:** ein Studienbuch. 24^a ed., completamente reelaborada. Munique: Beck, 1995.

SINCLAIR, Michael. Precedent, Super-Precedent. **George Mason Law Review**. Arlington, v. 14:2, p. 363-411, 2007.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

STARGER, Colin. The dialectic of stare decisis doctrine. In: PETERS, Christopher J. **Precedent in the United States Supreme Court**. Dordrecht: Springer, 2013.

STEPHENS, Pamela J. The New Retroactivity Doctrine: Equality, Reliance and Stare Decisis. **Syracuse Law Review**. Nova Iorque, v. 48, p. 1515-1575, 1998.

TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. Vol. I. 3^a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000.

O NOVO ESTATUTO DO PROCESSO CIVIL E O PROCESSO ADMINISTRATIVO: UM DIÁLOGO POSSÍVEL

Evandro Homercher¹

RESUMO: Com a edição da Lei nº 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil se apresenta à sociedade. Como todo diploma desta envergadura, se há consenso, em igual medida o dissenso existe, o que representa a essência da democracia, especialmente em um Estado Constitucional. Mas dentre as inovações previstas no futuro Estatuto está sua utilização, quando presente situação de lacuna processual, no processo administrativo. Trata-se de uma disposição que necessita de reflexão, tanto dos operadores do direito, quanto dos agentes públicos, estes especialmente, tendo em vista os desdobramentos da referida norma no plano do processo administrativo de sua competência.

PALAVRAS-CHAVE: PLS 166/2010. Lei nº 13.105/2015. Novo Código de Processo Civil. Processo Administrativo. Artigo 15 do Novo Código de Processo Civil.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O Preâmbulo da Constituição: uma leitura necessária. 3 O *Direito Administrativo Processual* na reforma do Código de Processo Civil. 4 O artigo 15 do Novo Código de Processo Civil. 4.1 A efetividade do artigo 15 no plano do processo administrativo dos entes federados. 4.2 A questão da aplicação e recepção da lei federal de processo administrativo nas demais esferas da federação. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Se o tempo condiciona a existência da pessoa no mundo, não seria a lei imune ao tempo *social-histórico*². Foi o que fez a Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). A reforma era uma necessidade, não só em uma

¹ É Mestre em Direito, Especialista em Direito Público e Auditor Público Externo do TCE/RS. Este texto dedico à minha sobrinha Antônia, à Antônia da Cybele e ao Guilherme da Adriana. Para Maria Carolina, sempre. Novas gerações. Novas esperanças!

² OST. François. *O tempo e o direito*. Instituto Piaget. 1999.p.25.

perspectiva formal, estabelecer uma unidade contínua em razão das constantes modificações que lhe desfiguram a estrutura textual, mas fundamentalmente para (re) orientar a norma geral do processo civil aos valores e normas que a Lei Fundamental da República adotou.

Em tal contexto, bem andou o legislador ao dispor no novo CPC diretriz que possibilita um diálogo deste com o processo administrativo. Na atualidade, esta tipologia não pode ter sua inteligência reduzida a um instrumento formal, no qual o cidadão não reconheça legitimidade para solução de suas demandas perante a Administração Pública, muito menos concebido como inerente à atuação punitiva do Estado aos seus agentes públicos.

Olhares em tal sentido **a)** conduzem ao reducionismo do processo administrativo e **b)** não acolhem que aquela modalidade processual é radicada na própria Constituição da República. No Estado Constitucional, onde os Direitos Fundamentais limitam e configuram a forma de agir do Estado, o processo administrativo é um instrumento de concretização da cidadania.

A proposta deste escrito é analisar as potencialidades que o novo Estatuto do Processo Civil alcança ao cidadão e à administração pública, por meio de uma ligação mais estreita entre aquele diploma e o processo administrativo, ampliando o *locus* para solução de conflitos.

2 O PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO: UMA LEITURA NECESSÁRIA

Mesmo com dissensos quanto à eficácia da declaração preambular da Constituição, nela o poder constituinte originário **a)** pode falar sobre si mesmo, pode se *auto-referir*³ e **b)** está expressa sua ideologia – *die weltanschauung* - sentido de visão de mundo⁴. O Preâmbulo, mesmo que não fale tudo⁵, apresenta a grande narrativa do momento constituinte, suas aspirações e promessas, que se reproduzem, em maior ou menor medida, expressa ou implicitamente, no texto constitucional.

³ BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.41.

⁴ “Como salienta Zizek (1996a, p.13) ‘a ideologia nada tem a ver com a ilusão, com a representação equivocada e distorcida de seu conteúdo social’. Adota-se esse pressuposto teórico por considerar-se que toda compreensão está fundada em uma concepção de mundo. Não há conhecimento destituído de um conjunto de pré-compreensões que o alimenta. Em relação a tais representações de mundo, com certeza, o que se discute reside, exatamente, em criticar ou não tais elementos determinantes do conhecimento. Logo, torna-se importante vislumbrar que uma ideologia não é necessariamente falsa. Cf. OHLWEILER, Leonel. *A concepção dogmática do direito administrativo*: contributo para uma (re) construção hermenêutica. Revista de Informação Legislativa. n.167. Setembro de 2005, p.176.

⁵ “Todo Preâmbulo anuncia; não precisa anunciar tudo, nem, anunciando, restringe.” MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. v. I. (arts. 1-36). Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1947, p.195

As Diretrizes do Preâmbulo são fundamentais para apreensão do sentido da Lei Fundamental, e devem ser consideradas naqueles momentos em que o legislador busca inovar o ordenamento jurídico com obra de tamanha envergadura como a de um novo Código de Processo Civil ⁶:

A função do processo brasileiro, como deve ser a de todo o processo no mundo, é a de servir como meio e fim operantes para garantir aos cidadãos residentes no País a aplicação do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, tudo concebido como valores supremos de uma sociedade que se quer fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. São representações dos postulados consagrados no preâmbulo e no caput do art. 5º da Constituição Federal, que atendem os desejos da Nação Brasileira. (Grifo meu)

Tendo em conta esses marcos é que a proposta do CPC, na sua versão inaugural no Senado (Projeto de Lei do Senado nº 166/2010) já no artigo 1º assim expressava: *O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.* (Grifo meu).

Mas a redação do art. 1º do novo CPC contém uma adequação técnica, retirou a expressão *princípios* e inseriu a de *normas*. O que é correto, na medida em que a Lei Fundamental é um todo de regras e princípios, e não somente destes:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Mas importa é o acolhimento da orientação de que os Códigos devem ser *iluminados pelas Constituições* ⁷, em especial quanto à garantia dos direitos fundamentais do cidadão. Com o que mantemos, na integralidade, posição exposta preteritamente ⁸:

O art. 1º do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, tanto na sua redação original, quanto naquela do substitutivo, é denso de

⁶ DELGADO, José Augusto. *A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão*: as garantias do cidadão na justiça (separata). Coordenação do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Ed. Saraiva.p.78

⁷ ALVIM, Arruda. *Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo*. Revista de Informação Legislativa, nº 190. 2011. p.35. Disponível em www.senado.gov.br

⁸ HOMERCHER, Evandro T. O processo administrativo na reforma do Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado nº 166/2010). *Revista Interesse Público*, nº 65. 2011.

significado, de ordem a estabelecer não só um vetor à interpretação e aplicação das demais regras do diploma reformador, mas uma cláusula compromissória com os direitos e garantias do cidadão firmados na Lei Fundamental, gravando, na sua essencialidade, que a boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual, principalmente a proteção judicial efetiva, permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial⁹. Noutro aspecto, o texto alinha-se à efetividade dos direitos a prestação jurídica¹⁰. (...) Na remissão imperativa do artigo aos valores e princípios fundamentais da Constituição da República, está presente a pauta de que direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância¹¹, mas cuja abrangência não cinge-se ao Estado, mas vincula diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.^{12/13}. Na síntese de Perez Luño, os direitos fundamentais *tienden, por tanto, a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no solo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social*.¹⁴

3 O DIREITO ADMINISTRATIVO PROCESSUAL¹⁵ NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

⁹ HC 91524. Relator(a): Min. GILMAR MENDES

¹⁰ O direito à organização e ao procedimento envolve não só a exigência de edição de normas que dêem vida aos direitos fundamentais, como também a previsão de que elas sejam interpretadas de acordo com os direitos fundamentais que as justificam. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Saraiva. 2007.p.249. No texto há citação em rodapé referenciando Alexy e Sarlet.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 13 de novembro de 2011.

¹² RE 201819. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES.

¹³ O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos. A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário –, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op.cit.p.*, 235.

¹⁴ LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Colección Temas Clave de La Constitución Española. Ed. Tecnos. 8ª ed. P. 22.

¹⁵ A expressão utilizada por Carlos Ari Sunfeld. SUNFELD, Carlos Ari. *Introdução ao Direito Processual Público – O Direito Processual e o Direito Administrativo in Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo*. Ed. Malheiros. 2000.p.16.

O processo (judicial ou administrativo) é norma de atuação ¹⁶, é instrumento para assegurar o direito a ter direitos ¹⁷, na expressiva construção de Hannah Arendt, ou como consignado em voto do Ministro Celso de Mello: *O processo, assinalam ENRIQUE VESCOVI e EDUARDO VAZ FERREIRA, representa, em sua expressão formal, a própria garantia das garantias.*¹⁸ (Grifo do autor).

Na perspectiva administrativa, a literalidade do art. 5º, LV, da Constituição da República – *aos litigantes em processo...administrativo...são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes* - expõe a toda evidência a importância dessa tipologia processual no desenvolvimento e garantia dos direitos fundamentais do cidadão. O que é reforçado no preceito do inciso LXXVIII, do mesmo artigo, que assegura no âmbito administrativo a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A norma constitucional do art. 5º, LV, representa uma conquista cidadã, na medida em que o exercício do direito à defesa, quando presente situação que implique em restrições de direitos, não fica dependente de uma atuação exclusiva na esfera judicial, mas proporciona uma faculdade exercer-se de forma plena as prerrogativas decorrentes da cláusula do *due process of law* no plano administrativo, como reiteradamente afirma o Supremo Tribunal Federal ¹⁹. Uma perspectiva que decorre da própria natureza do Estado Constitucional, como bem posto por Pérez Luño ²⁰:

(...) o Estado constitucional se caracteriza por ser a forma política que consagra plenamente o caráter normativo, não meramente programático, da Constituição; por conseguinte, emana a justicialidade dos direitos constitucionais e a abertura de casos e procedimentos adequados para garantia da eficácia de tais direitos(...) dentre as transformações mais diretamente implicadas nesta transformação do Estado de Direito até sua forma constitucional, assume caráter relevante o papel dos direitos e garantias fundamentais que operam em seu centro.

Uma explicitude da importância do processo administrativo no asseguramento dos direitos individuais está na regra prevista no art. 5º, I, Lei

¹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol.1. Ed. Intelectus. 2003.p.46.

¹⁷ A expressão foi colhida em: LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. Companhia da Letras. 3ª reimpressão. 1999.p.154.

¹⁸ Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1105-7 –DF.

¹⁹ Veja-se, exemplificativamente, os seguintes julgados: ([MS 29.247](#), voto do min. **Marco Aurélio**, julgamento em 20-11-2012, Primeira Turma, *DJE* de 25-2-2013) - ([RE 337.179](#), voto do Rel. Min. **Marco Aurélio**, julgamento em 13-2-2012, Primeira Turma, *DJE* de 22-2-2012.) - ([RE 594.296](#), Rel. Min. **Dias Toffoli**, julgamento em 21-9-2011, Plenário, *DJE* de 13-2-2012, com repercussão geral.) .Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Ed. Eletrônica. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 31.07.2013.

²⁰ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. (trad) Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Livraria do Advogado. 2012.p.10.

do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009) que inviabiliza sua impetração quando interposto recurso administrativo com efeito suspensivo:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROLE DE LEGALIDADE DE ATO PRATICADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE RONDÔNIA. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. PREVISÃO EM LEI. CRITÉRIOS OBJETIVOS. ORDEM DENEGADA. I – O art. 5º, I, da Lei 12.016/2009 não configura uma condição de procedibilidade, mas tão somente uma causa impeditiva de que se utilize simultaneamente o recurso administrativo com efeito suspensivo e o mandamus. II – A questão da legalidade do exame psicotécnico nos concursos públicos reveste-se de relevância jurídica e ultrapassa os interesses subjetivos da causa. III – A exigência de exame psicotécnico, como requisito ou condição necessária ao acesso a determinados cargos públicos, somente é possível, nos termos da Constituição Federal, se houver lei em sentido material que expressamente o autorize, além de previsão no edital do certame. IV – É necessário um grau mínimo de objetividade e de publicidade dos critérios que nortearão a avaliação psicotécnica. A ausência desses requisitos torna o ato ilegítimo, por não possibilitar o acesso à tutela jurisdicional para a verificação de lesão de direito individual pelo uso desses critérios V–Segurança denegada.²¹ (Grifo meu).

Mesmo com envergadura constitucional, o processo administrativo carece de uma limitação fundada na **inexistência de uma organicidade nacional**²². Este quadro, sendo a ação administrativa serviente aos direitos fundamentais, traduz situação desconforme com os valores preconizados na Lei Fundamental desde o seu Preâmbulo. Se o constituinte originário firmou a importância daquela espécie processual na proteção/promoção dos direitos e garantias individuais da cidadania, não pode a mesma padecer da ausência de uma regulação que lhe uniformize, ao menos, suas diretrizes fundamentais.

Não obstante essa limitação – ausência de disciplina nacional – o novo Código de Processo Civil prevê no seu artigo 15 uma disposição fundamental, ainda que parcial, que pode unificar a interpretação de possíveis omissões constantes nos diplomas de processo administrativo dos entes federados: *Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais,*

²¹ Supremo Tribunal Federal. MS 30822, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI.

²² *Torna-se necessário editar lei geral, com normas fundamentais aplicáveis a todos os processos administrativos. Não que seja impossível a incidência direta dos preceitos constitucionais a respeito, com os desdobramentos assinalados na doutrina e jurisprudência. Contudo, mais claros se revelam tais desdobramentos, para o cidadão, para o servidor, para agentes públicos que vão operacionalizar os processos, para autoridades superiores, se uma lei geral explicitá-los. Essa lei geral de processo administrativo configurará, então, verdadeiro estatuto da cidadania administrativa.* MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6ªed. Ed. Revista dos Tribunais. 2002.p.215.

trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

4 O ARTIGO 15 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Na redação originária do PLS 166/2010, o artigo 15 do CPC estava assim redigido: *Na ausência de normas que regulem processos penais, eleitorais ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletivamente.* O texto sofreu modificação na Câmara dos Deputados:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. (Grifo meu)

A alteração foi defendida com os seguintes argumentos:

No art. 15, não há razão para a exclusão do processo trabalhista deste rol. A legislação processual trabalhista é complementada pelo CPC em diversos aspectos, como, por exemplo, as regras sobre penhora, ação rescisória, expropriação judicial, etc. Acolhe-se as Emendas n.ºs 109, 114 e 430/11. A alteração da parte final é por opção técnica: aplicação subsidiária visa ao preenchimento de lacuna; aplicação supletiva, à complementação normativa. Acolhe-se a proposta contida na Emenda n.º 80/11.

Mesmo que pautada pela excepcionalidade, previsão na lei nacional do processo civil de regra dirigida ao processo administrativo, o mérito está em avançar na sua harmonização legislativa, ainda que de forma pontual.

A compreensão do dispositivo inserto no futuro Estatuto do Processo pressupõe uma ação colaborativa do intérprete, entre o texto e os preceitos constitucionais que resguardam o cidadão, pois nas palavras de Peter Häberle: *A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade.*²³

É da competência privativa da União legislar sobre direito processual (art. 22,I, CF/88), mas não quando se trata de processo administrativo dos outros entes federados:

Assim, tanto o processo administrativo, quanto os procedimentos que lhe são inerentes são objetos precípuos de tratamento autônomo de cada qual das entidades da Federação brasileira e a referência à legislação processual que compete privativamente à União, por definição constitucional expressa, é tão-somente

²³ HÄBERLE, Peter. *HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL*: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. (trad) Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Reimpressão/2002.p.24.

aquela correspectiva à unidade do direito processual judicial (civil ou penal)²⁴

Em comentário observou J. Cretella Júnior²⁵:

Nenhuma competência tem o poder legislativo central, exclusivamente, para editar leis processuais que realizem o direito material, quando este é da competência do Estado-membro, como ocorre, por exemplo, com o direito administrativo ou com o direito financeiro. Se o Estado-membro tem competência para promulgar leis de direito material, tem também competência para, igualmente, realizá-lo, efetivá-lo, concretizá-lo, editando leis correspondentes de direito formal. Assim, não tem competência o poder legislativo central para legislar sobre o processo correspondente ao direito administrativo material, que é da competência do Estado-membro. Não legislando a União sobre direito administrativo material, não tem competência, ipso facto, para legislar sobre a parte processual do direito administrativo, correspondente àquele.

Se à União compete legislar sobre direito processual, mas lhe é vedado dispor sobre o direito formal²⁶ de outros entes federados^{27/28}, quais os efeitos práticos do art. 15 do novo Código de Processo Civil em relação ao processo administrativo das unidades da federação?

²⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 34. Número 136. 1997.p.7

²⁵ JÚNIOR, José Cretella. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2ª ed. V.III. Ed. Forense Universitária. 1991.p.1468.

²⁶ *Como Direito formal designam-se as normas gerais através das quais são regulados a organização e o processo das autoridades judiciais e administrativas, os chamados processo civil e penal e o processo administrativo*. KELSEN. Hans. *Teoria Pura do Direito*. Ed. Martins Fontes. 2000.p.256.

²⁷ SILVA, Almiro do Couto e. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA (PROTEÇÃO À CONFIANÇA) NO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO E O DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE ANULAR SEUS PROPRIOS ATOS ADMINISTRATIVOS: O PRAZO DECADENCIAL DO ART. 54 DA LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DA UNIÃO (LEI NO 9.784/99). *Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul*. 2004.p.71: 58. *As disposições constantes na Lei do Processo Administrativo da União não se aplicam aos Estados e Municípios. A União, além disso, não tem competência constitucional para legislar sobre processo administrativo das demais entidades que integram a Federação.*

²⁸ SANTOS, Maria Lourido. Noções Gerais acerca do Processo Administrativo e da Lei nº 9784/99. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 38. Número 149. p. 253: *Desse modo, percebe-se que a atual configuração da ordem constitucional não se coaduna com a idéia de que a disciplina legislativa do processo administrativo seja de competência privativa da União. Como se disse, o entendimento, oriundo da Teoria Geral do Processo, de que o direito processual limita-se à disciplina do processo no exercício da jurisdição está em harmonia com o Federalismo adotado em nossa Carta Magna.*

Na sua taxinomia jurídica a proposição do art. 15 é **norma subsidiária**²⁹, com a finalidade de superar possíveis vazios regulatórios, algo inerente ao sistema normativo³⁰:

Tudo andaria muito bem, se o legislador não fosse um ser humano e tivesse a capacidade de prever rigorosamente tudo quanto na vida comum pode acontecer. Mas, como a vida é muito mais rica do que a imaginação do legislador, na experiência comum surgem situações que, contrariando as expectativas, não comportam as soluções postas nos textos do direito positivo. Às vezes, porque não foram previstas, não se acham incluídas nas *fattispecie* legais e para elas nada está disposto; temos aí as lacunas da lei, para as quais a teoria jurídica oferece soluções aceitáveis. (Grifo do autor)

Como exposto no Parecer na Câmara dos Deputados: *A alteração da parte final é por opção técnica: aplicação **subsidiária** visa ao preenchimento de lacuna; aplicação **supletiva**, à complementação normativa.* (Grifo meu). Na essência, o artigo é uma **disposição legislativa sobre interpretação**³¹, com o que sua inserção no Código de Processo Civil não lhe altera a natureza, nem sua finalidade, sendo uma norma jurídica que se alinha aos regramentos postos na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Lei nº 12.376/2010), eis que a opção legislativa de remessa ao diploma processual civil, quando ausente norma de processo administrativo, encontra sintonia doutrinária:

Aqui, como nos demais capítulos que se seguirão, frequentes serão as invocações ao processo jurisdicional (civil). E isso se apresenta duplamente justificado: a teoria do processo é cientificamente uma, independentemente do ambiente estatal onde deva ela realizar-se; o diploma maior de sobredireito, a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 4º, fortemente recomenda o socorro subsidiário aqui abraçado.³²

Destarte, não deve o *valor* democrático do art. 15 ser emoldurado em razão do **condomínio legislativo**³³ que a Constituição elenca, mas compreendido na sua essência enquanto regra de interpretação, com o que não invade campo de competência legislativa:

Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem

²⁹ Sobre essa tipologia veja-se: LEAL, Victor Nunes. *Classificação das Normas Jurídicas*. Problemas de Direito Público e outros problemas. Volume I. Imprensa Nacional. 1999.p.40.

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. Ed. Malheiros. 2004, p. 21.

³¹ Sobre o tema veja-se: MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ªed.Ed. Forense. 2002.p.78-81.

³² FERRAZ, Sérgio, e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 1ª ed.2ªTiragem. Ed. Malheiros.2002.p.91.

³³ A expressão é de HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Ed. DelRey.1999.p.321.

caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida.³⁴

4.1 A EFETIVIDADE DO ARTIGO 15 NO PLANO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DOS ENTES FEDERADOS

A partir da vigência do novo Código de Processo Civil os diplomas processuais administrativos dos diversos entes federados não estão, de regra, atrelados à lei do processo civil, ou dito de outra forma, impossibilitados de legislarem em seu específico campo de competência.

A incidência do art. 15 somente é possível numa situação singular, qual seja, a ausência de normas que regulem processos administrativos. Existindo no estatuto pertinente um preceito disciplinador quanto aos vazios normativos, estes são solúveis pelas referidas regras, que podem, inclusive, prever a remessa ao Código de Processo Civil. Mas silente de disposição integradora, a norma do art. 15 mostra-se como uma pauta interpretativa.

A uniformidade projetada no art. 15 é uma garantia dos direitos fundamentais, uma regra isonômica que assegura a todos os cidadãos da República, independentemente de Estado ou Município, um tratamento igualitário no processo administrativo, ainda que de natureza excepcional, em razão do seu específico campo de incidência. Na posição democrática de Odete Medauar³⁵:

A ausência de tratamento unitário acarreta dificuldades na compreensão das atuações administrativas processualizadas e insuficiências nas relações jurídicas entre Administração e particulares (indivíduos ou grupos) e entre Administração e servidores, conservando estes modos e estilos variáveis e incertos, às vezes imperscrutáveis, o que impede a adequada tutela dos direitos dos cidadãos e facilita a ocorrência de condutas administrativas arbitrárias e subjetivas, em nada conformes ao modelo que a Constituição Federal traçou para a Administração brasileira.

O texto do art. 15 do novo Código de Processo Civil, na mesma medida que inova, estabelece um dilema à atividade da Administração Pública na solução das controvérsias, pois no processo de concretização ela deverá

³⁴ Supremo Tribunal Federal. ADPF 153. Relator(a): Min. EROS GRAU.

³⁵ MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. Ed. Revista dos Tribunais. 1993.p.157.

tanto se apropriar de concepções inerentes ao processo civil, quanto manter sua individualidade, considerando que:

“[...]há peculiaridades na processualidade administrativa que a distinguem da processualidade jurisdicional e da legislativa. Compete ao direito administrativo o estudo das peculiaridades da processualidade administrativa, porque esta diz respeito ao exercício da função administrativa.”³⁶

Como declinado, há de se atentar às estruturas que conformam os sistemas processuais - *judicial e administrativo* - seu distanciamento material, pena de converter-se a interpretação, quando possível, à utilização de particularidades de um em outro, numa verdadeira “babel”. Aqui a expressão e sentido tão bem lançado pelo Ministro Marco Aurélio³⁷: *Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel.* (Grifo meu)

Uma recepção de fórmulas inerentes ao processo civil no processo administrativo, pressupõe refletir no prejuízo que uma transposição pura e simples de institutos pode ocasionar³⁸, como delineado por Ayres Britto:

(...) os sistemas recursais próprios do processo judicial e do processo administrativo não se mesclam e é exatamente esta separação que resguarda os princípios do *due process of law*, entre os quais os do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural e do amplo acesso à Justiça³⁹

Desta forma, a regra do art. 15 do projeto não contém uma disposição discricionária, *“A interpretação, seja na esfera jurídica seja na literária, não é uma atividade totalmente discricionária, nem totalmente mecânica. É uma interação dinâmica entre leitor e texto, sendo significativo o seu produto”*⁴⁰, utilizável ao humor administrador. Há uma clara opção legal pela redução de incidência - *ausência de normas que regulem* – só neste caso abre-se espaço ao uso do dispositivo constante do projeto. (Grifo meu).

Se determinado regulamento elenca os recursos a serem interpostos/opostos, não pode a parte, sob argumento de que o regramento é

³⁶ MEDAUAR, Odete. *A processualidade.op.cit.p.23.*

³⁷ Supremo Tribunal Federal.RE 397762. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO.

³⁸ *A teoria orientadora do exegeta não pode ser única e universal, a mesma para todas as leis, imutáveis no tempo; além dos princípios gerais, observáveis a respeito de quaisquer normas, há outros especiais, exigidos pela natureza das regras jurídicas, variável conforme a fonte de que derivam, o sistema político a que se acham ligadas e as categorias diversas das relações que disciplinam.* MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* 19ª ed. Editora Forense.2002, p.247.

³⁹ Supremo Tribunal Federal. RE 454421 AgR. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO.

⁴⁰ FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil – Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.** Coord. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva *et all.* Ed. Revista dos Tribunais. 2004.p.272/273.

silente quanto à hipótese de recorribilidade, quando v.g. existente situação similar a que possibilitaria interposição do agravo, pretender oferecer recurso desta natureza. Se os tipos recursais administrativos estão disciplinados, ainda que sem a amplitude das hipóteses do Código de Processo Civil, não há “ausência” regulamentar. Previstos os recursos administrativos, foi concretizado o disposto no art. 5º, LV, da Constituição da República.

Diversamente é a inexistência de qualquer modalidade recursal apta a ser interposta ou oposta da decisão contrária aos interesses da parte, especialmente quando se tratar de decisão originária, aqui esta expressão utilizada no sentido de primeira decisão proferida no processo. Neste caso há “ausência”, até mesmo por contrariar a própria essência do art. 5º, LV, da Constituição da República – aos litigantes em processo... administrativo... são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, e na situação descrita “*O intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal*”⁴¹. (Grifo meu)

Uma simples alegação de vácuo normativo não determina, de pronto, a incidência da regra do art. 15, sendo imprescindível o cotejo do argumento com as disposições administrativas aplicáveis à espécie. Não é correta uma remessa ao diploma processual civil sem a correspondente *mediação*⁴² e mais, ausente uma necessidade concretamente considerada cuja exteriorização passe por um juízo de racionalidade e razoabilidade.

4.2 A QUESTÃO DA APLICAÇÃO E RECEPÇÃO DA LEI FEDERAL DE PROCESSO ADMINISTRATIVO NAS DEMAIS ESFERAS DA FEDERAÇÃO

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, a redação do art. 15 poderá suscitar controvérsias quanto à manutenção da orientação jurisprudencial vigente relativa ao uso da Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo da União) de forma subsidiária pelos demais entes federados:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO DISTRITAL. LICENÇA-PRÊMIO. REVISÃO DO ATO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. LEI 9.784/99. APLICABILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

⁴¹ JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. 10ª ed (revista, atualizada e ampliada) . Ed. Revista dos Tribunais. 2010.p,41.

⁴² <<Interpretar>>é (...)<< uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático>>. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 3ª ed. (trad) José Lamego. 1997.p.439.

1. A contagem do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/99 se iniciou a partir de sua entrada em vigor, ou seja, na data de sua publicação, uma vez que não seria possível retroagir a norma para limitar a Administração em relação ao passado. Precedentes da Corte Especial.

2. Ausente lei local específica, a Lei 9.784/99 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos demais Estados-Membros, tendo em vista que se trata de norma que deve nortear toda a Administração Pública, servindo de diretriz aos seus demais órgãos. Precedentes do STJ.

3. A superveniência da Lei Distrital 2.834/01 não interrompe a contagem do prazo decadencial iniciado com a publicação da Lei 9.784/99, uma vez que sua única finalidade é aplicar, no âmbito do Distrito Federal, as regras previstas na referida lei federal.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 1196717/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 22/03/2010)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. POLICIAL CIVIL. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. RELAÇÃO JURÍDICA DE TRATO SUCESSIVO. GRATIFICAÇÕES POR RISCO DE VIDA E DE INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, ausente lei específica, a Lei 9.784/99 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos Estados-Membros, tendo em vista que se trata de norma que deve nortear toda a Administração Pública, servindo de diretriz aos seus demais órgãos.

2. Em se tratando de discussão a respeito do pagamento de gratificação devida pelo exercício de determinada atividade, de natureza propter laborem, a relação jurídica se mostra de trato sucessivo, pelo que o prazo decadencial para a Administração rever o ato renova-se continuamente.

3. É vedada a percepção cumulativa das Gratificações de Risco de Vida e por Insalubridade ou Risco à Saúde pelos servidores públicos do Estado do Rio Grande do Sul, conforme art. 107, § 1º, da Lei Estadual 10.098/94.

4. Recurso ordinário improvido.

(RMS 21894/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2007, DJe 10/03/2008)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA FORMAÇÃO DE OFICIAIS. IDADE MÍNIMA. REGRA EDITALÍCIA. INTERPRETAÇÃO. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS. NULIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A menos de dez dias de completar dezoito anos e já emancipado, o recorrente foi eliminado do concurso para oficial da polícia militar, com fundamento em cláusula do edital, porque não apresentava, na data de publicação, a idade mínima requerida no instrumento convocatório.

2. A Lei n. 9.784/1999, que esta Corte tem entendido aplicar-se aos Estados, como o Mato Grosso, que não dispõem de lei própria para disciplinar o processo administrativo, delinea, no seu artigo 2º, princípios a serem observados quando da execução dos procedimentos. Portanto, a atividade administrativa deve pautar-se, dentre outros, pelos princípios da razoabilidade, assim entendido como adequação entre meios e fins, e do interesse público, como vetor de orientação na interpretação de qualquer norma administrativa, inclusive editais.

3. No caso ora examinado, o simples cotejo entre a norma legal inserta no texto do art. 11 da Lei Complementar Estadual n. 231/2005 e o instrumento convocatório é bastante para afirmar que a restrição editalícia - dezoito anos na data da matrícula no curso de formação - decorreu de mera interpretação da Lei, que limitou a idade para ingresso na carreira militar. Em outras palavras, o que a lei dispôs como ingresso na carreira, foi interpretado pelo edital como data da matrícula no curso de formação. 4. Essa interpretação foi aplicada com tal rigor no caso concreto que, a pretexto de cumprir a lei, terminou por feri-la, porque: (a) desconsiderou a adequação entre meios e fins; (b) impôs uma restrição em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público e, também por isso, (c) não interpretou a lei da forma que melhor garantisse o atendimento do fim público a que se dirige. 5. O ato administrativo de exclusão do impetrante, no contexto em que foi produzido, violou o disposto no art. 2º, parágrafo único, incisos VI e XIII da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e, em consequência, feriu direito líquido e certo do impetrante.

6. Recurso provido. ⁴³

Essa pauta somente pode ser solúvel observada uma questão residual, relativa à aplicação da Lei de Processo Administrativo Federal “**sem**” ou “**com**” norma autorizativa.

Pode ocorrer que a Administração Pública aplique a Lei de Processo Administrativo Federal **sem fonte normativa**. Como já salientado, o regramento previsto no novo Código de Processo Civil somente é possível numa situação peculiar. Se for o caso, quando da vigência do novo Estatuto do Processo Civil a possibilidade de socorro à lei federal de processo administrativo estará superada na hipótese de matéria processual, tendo em

⁴³ RMS 36.422/MT, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA.

vista que a disposição do artigo 15 incide na espécie, com a finalidade prevista na redação da Comissão Especial da Câmara dos Deputados: *aplicação subsidiária visa ao preenchimento de lacuna; aplicação supletiva, à complementação normativa.*

Diversamente, **norma do ente federado pode determinar a aplicação da Lei nº 9784/99.** Se a legislação assim previu, não há lacuna normativa, pois o dispositivo da reforma não pode ser visto como um obstáculo ao exercício da autonomia do ente federado. Se este regrou a matéria, direcionando o tema para a lei “a” ou “b” não há omissão, mas complementação/integração:

A lei estadual pode fazer remissão à legislação federal, em tal hipótese se incorpora ao direito estadual. O próprio recorrente, e também o parecer do eminente Seabra Fagundes, concorda que assim seja, quando a remissão é feita a texto de direito federal já existente ao tempo da promulgação da lei estadual. Negam, contudo, essa possibilidade, quando o direito estadual se refere ao direito federal futuro. Haveria, assim, substituição prévia – e, portanto, delegação vedada – do legislador estadual pelo federal.⁴⁴

Em linhas gerais é a posição do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 368 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. RENUMERAÇÃO DO PRECEITO, MANTIDO O TEXTO ORIGINAL. ADITAMENTO PROMOVIDO PELO AUTOR. PRELIMINAR DE PREJUDICIALIDADE REJEITADA. NORMA CONSTITUCIONAL ESTADUAL QUE DISPÕE SOBRE APLICAÇÃO, INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DE TEXTOS NORMATIVOS ESTADUAIS. CONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL EXCLUSIVA DA UNIÃO. QUEBRA DO PRINCÍPIO FEDERATIVO E DA INTERDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES. INOCORRÊNCIA. 1. A renumeração do preceito constitucional estadual impugnado, mantido na íntegra o texto original, não implica a prejudicialidade da ação direta, desde que promovido o aditamento à petição inicial. Precedente [ADI 1.874, Relator o Ministro MAURÍCIO CORREA, DJ 07.02.2003]. 2. Inexistente atribuição de competência exclusiva à União, não ofende a Constituição do Brasil norma constitucional estadual que dispõe sobre aplicação, interpretação e integração de textos normativos estaduais, em conformidade com a Lei de Introdução ao Código Civil. 3. Não há falar-se em quebra do pacto federativo e do princípio da interdependência e harmonia entre os poderes em razão da aplicação de princípios jurídicos ditos "federais" na interpretação de textos normativos estaduais. Princípios são normas jurídicas de um determinado direito, no caso, do direito

⁴⁴ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 52737. Rel: Min. Victor Nunes Leal.

brasileiro. Não há princípios jurídicos aplicáveis no território de um, mas não de outro ente federativo, sendo descabida a classificação dos princípios em "federais" e "estaduais". 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (Grifo meu)⁴⁵

4.1 A EFETIVIDADE DO ARTIGO 15 NO PLANO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DOS ENTES FEDERADOS

A partir da vigência do novo Código de Processo Civil os diplomas processuais administrativos dos diversos entes federados não estão, de regra, atrelados à lei do processo civil, ou dito de outra forma, impossibilitados de legislarem em seu específico campo de competência.

A incidência do art. 15 somente é possível numa situação singular, qual seja, a ausência de normas que regulem processos administrativos. Existindo no estatuto pertinente um preceito disciplinador quanto aos vazios normativos, estes são solúveis pelas referidas regras, que podem, inclusive, prever a remessa ao Código de Processo Civil. Mas silente de disposição integradora, a norma do art.15 mostra-se como uma pauta interpretativa.

A uniformidade projetada no art. 15 é uma garantia dos direitos fundamentais, uma regra isonômica que assegura a todos os cidadãos da República, independentemente de Estado ou Município, um tratamento igualitário no processo administrativo, ainda que de natureza excepcional, em razão do seu específico campo de incidência. Na posição democrática de Odete Medauar⁴⁶:

A ausência de tratamento unitário acarreta dificuldades na compreensão das atuações administrativas processualizadas e insuficiências nas relações jurídicas entre Administração e particulares (indivíduos ou grupos) e entre Administração e servidores, conservando estes modos e estilos variáveis e incertos, às vezes imperscrutáveis, o que impede a adequada tutela dos direitos dos cidadãos e facilita a ocorrência de condutas administrativas arbitrárias e subjetivas, em nada conformes ao modelo que a Constituição Federal traçou para a Administração brasileira.

O texto do art. 15 do novo Código de Processo Civil, na mesma medida que inova, estabelece um dilema à atividade da Administração Pública na solução das controvérsias, pois no processo de concretização ela deverá tanto se apropriar de concepções inerentes ao processo civil, quanto manter sua individualidade, considerando que:

"[...]há peculiaridades na processualidade administrativa que a distinguem da processualidade jurisdicional e da legislativa.

⁴⁵ Supremo Tribunal Federal. Adin nº 246. Rel. Ministro Eros Grau.

⁴⁶ MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. Ed. Revista dos Tribunais. 1993.p.157.

Compete ao direito administrativo o estudo das peculiaridades da processualidade administrativa, porque esta diz respeito ao exercício da função administrativa.”⁴⁷

Como declinado, há de se atentar às estruturas que conformam os sistemas processuais - *judicial e administrativo* - seu distanciamento material, pena de converter-se a interpretação, quando possível, à utilização de particularidades de um em outro, numa verdadeira “babel”. Aqui a expressão e sentido tão bem lançado pelo Ministro Marco Aurélio⁴⁸: *Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel.* (Grifo meu)

Uma recepção de fórmulas inerentes ao processo civil no processo administrativo, pressupõe refletir no prejuízo que uma transposição pura e simples de institutos pode ocasionar⁴⁹, como delineado por Ayres Britto:

(...) os sistemas recursais próprios do processo judicial e do processo administrativo não se mesclam e é exatamente esta separação que resguarda os princípios do due process of law, entre os quais os do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural e do amplo acesso à Justiça⁵⁰

Desta forma, a regra do art. 15 do projeto não contém uma disposição discricionária, *“A interpretação, seja na esfera jurídica seja na literária, não é uma atividade totalmente discricionária, nem totalmente mecânica. É uma interação dinâmica entre leitor e texto, sendo significativo o seu produto”*⁵¹, utilizável ao humor administrador. Há uma clara opção legal pela redução de incidência - *ausência de normas que regulem* – só neste caso abre-se espaço ao uso do dispositivo constante do projeto. (Grifo meu).

Se determinado regulamento elenca os recursos a serem interpostos/opostos, não pode a parte, sob argumento de que o regramento é silente quanto à hipótese de recorribilidade, quando v.g. existente situação similar a que possibilitaria interposição do agravo, pretender oferecer recurso desta natureza. Se os tipos recursais administrativos estão disciplinados, ainda que sem a amplitude das hipóteses do Código de Processo Civil, não

⁴⁷ MEDAUAR, Odete. *A processualidade.op.cit.p.23.*

⁴⁸ Supremo Tribunal Federal.RE 397762. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO.

⁴⁹ *A teoria orientadora do exegeta não pode ser única e universal, a mesma para todas as leis, imutáveis no tempo; além dos princípios gerais, observáveis a respeito de quaisquer normas, há outros especiais, exigidos pela natureza das regras jurídicas, variável conforme a fonte de que derivam, o sistema político a que se acham ligadas e as categorias diversas das relações que disciplinam.* MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* 19ª ed. Editora Forense.2002, p.247.

⁵⁰ Supremo Tribunal Federal. RE 454421 AgR. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO.

⁵¹ FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil – Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.** Coord. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva *et all.* Ed. Revista dos Tribunais. 2004.p.272/273.

há “ausência” regulamentar. Previstos os recursos administrativos, foi concretizado o disposto no art. 5º, LV, da Constituição da República.

Diversamente é a inexistência de qualquer modalidade recursal apta a ser interposta ou oposta da decisão contrária aos interesses da parte, especialmente quando se tratar de decisão originária, aqui esta expressão utilizada no sentido de primeira decisão proferida no processo. Neste caso há “ausência”, até mesmo por contrariar a própria essência do art. 5º, LV, da Constituição da República – aos litigantes em processo... administrativo... são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, e na situação descrita “*O intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal*”⁵². (Grifo meu)

Uma simples alegação de vácuo normativo não determina, de pronto, a incidência da regra do art. 15, sendo imprescindível o cotejo do argumento com as disposições administrativas aplicáveis à espécie. Não é correta uma remessa ao diploma processual civil sem a correspondente *mediação*⁵³ e mais, ausente uma necessidade concretamente considerada cuja exteriorização passe por um juízo de racionalidade e razoabilidade.

4.2 A QUESTÃO DA APLICAÇÃO E RECEPÇÃO DA LEI FEDERAL DE PROCESSO ADMINISTRATIVO NAS DEMAIS ESFERAS DA FEDERAÇÃO

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, a redação do art. 15 poderá suscitar controvérsias quanto à manutenção da orientação jurisprudencial vigente relativa ao uso da Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo da União) de forma subsidiária pelos demais entes federados:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO DISTRITAL. LICENÇA-PRÊMIO. REVISÃO DO ATO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. LEI 9.784/99. APLICABILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A contagem do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/99 se iniciou a partir de sua entrada em vigor, ou seja, na data de sua publicação, uma vez que não seria possível retroagir a norma para limitar a Administração em relação ao passado. Precedentes da Corte Especial.

⁵² JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. 10ª ed (revista, atualizada e ampliada) . Ed. Revista dos Tribunais. 2010.p,41.

⁵³ <<Interpretar>>é (...)<< uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático>>. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 3ª ed. (trad) José Lamego. 1997.p.439.

2. Ausente lei local específica, a Lei 9.784/99 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos demais Estados-Membros, tendo em vista que se trata de norma que deve nortear toda a Administração Pública, servindo de diretriz aos seus demais órgãos. Precedentes do STJ.

3. A superveniência da Lei Distrital 2.834/01 não interrompe a contagem do prazo decadencial iniciado com a publicação da Lei 9.784/99, uma vez que sua única finalidade é aplicar, no âmbito do Distrito Federal, as regras previstas na referida lei federal.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 1196717/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 22/03/2010)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. POLICIAL CIVIL. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. RELAÇÃO JURÍDICA DE TRATO SUCESSIVO. GRATIFICAÇÕES POR RISCO DE VIDA E DE INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, ausente lei específica, a Lei 9.784/99 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos Estados-Membros, tendo em vista que se trata de norma que deve nortear toda a Administração Pública, servindo de diretriz aos seus demais órgãos.

2. Em se tratando de discussão a respeito do pagamento de gratificação devida pelo exercício de determinada atividade, de natureza propter laborem, a relação jurídica se mostra de trato sucessivo, pelo que o prazo decadencial para a Administração rever o ato renova-se continuamente.

3. É vedada a percepção cumulativa das Gratificações de Risco de Vida e por Insalubridade ou Risco à Saúde pelos servidores públicos do Estado do Rio Grande do Sul, conforme art. 107, § 1º, da Lei Estadual 10.098/94.

4. Recurso ordinário improvido.

(RMS 21894/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2007, DJe 10/03/2008)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA FORMAÇÃO DE OFICIAIS. IDADE MÍNIMA. REGRA EDITALÍCIA. INTERPRETAÇÃO. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS. NULIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A menos de dez dias de completar dezoito anos e já emancipado, o recorrente foi eliminado do concurso para oficial da polícia militar, com fundamento em cláusula do edital, porque não apresentava, na data de publicação, a idade mínima requerida no instrumento convocatório.

2. A Lei n. 9.784/1999, que esta Corte tem entendido aplicar-se aos Estados, como o Mato Grosso, que não dispõem de lei própria para disciplinar o processo administrativo, delinea, no seu artigo 2º, princípios a serem observados quando da execução dos procedimentos. Portanto, a atividade administrativa deve pautar-se, dentre outros, pelos princípios da razoabilidade, assim entendido como adequação entre meios e fins, e do interesse público, como vetor de orientação na interpretação de qualquer norma administrativa, inclusive editais.

3. No caso ora examinado, o simples cotejo entre a norma legal inserta no texto do art. 11 da Lei Complementar Estadual n. 231/2005 e o instrumento convocatório é bastante para afirmar que a restrição editalícia - dezoito anos na data da matrícula no curso de formação - decorreu de mera interpretação da Lei, que limitou a idade para ingresso na carreira militar. Em outras palavras, o que a lei dispôs como ingresso na carreira, foi interpretado pelo edital como data da matrícula no curso de formação. 4. Essa interpretação foi aplicada com tal rigor no caso concreto que, a pretexto de cumprir a lei, terminou por feri-la, porque: (a) desconsiderou a adequação entre meios e fins; (b) impôs uma restrição em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público e, também por isso, (c) não interpretou a lei da forma que melhor garantisse o atendimento do fim público a que se dirige. 5. O ato administrativo de exclusão do impetrante, no contexto em que foi produzido, violou o disposto no art. 2º, parágrafo único, incisos VI e XIII da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e, em consequência, feriu direito líquido e certo do impetrante.

6. Recurso provido.⁵⁴

Essa pauta somente pode ser solúvel observada uma questão residual, relativa à aplicação da Lei de Processo Administrativo Federal “**sem**” ou “**com**” norma autorizativa.

Pode ocorrer que a Administração Pública aplique a Lei de Processo Administrativo Federal **sem fonte normativa**. Como já salientado, o regramento previsto no novo Código de Processo Civil somente é possível numa situação peculiar. Se for o caso, quando da vigência do novo Estatuto do Processo Civil a possibilidade de socorro à lei federal de processo administrativo estará superada na hipótese de matéria processual, tendo em vista que a disposição do artigo 15 incide na espécie, com a finalidade prevista na redação da Comissão Especial da Câmara dos Deputados: *aplicação subsidiária visa ao preenchimento de lacuna; aplicação supletiva, à complementação normativa*.

⁵⁴ RMS 36.422/MT, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA.

Diversamente, **norma do ente federado pode determinar a aplicação da Lei nº 9784/99**. Se a legislação assim previu, não há lacuna normativa, pois o dispositivo da reforma não pode ser visto como um obstáculo ao exercício da autonomia do ente federado. Se este regrou a matéria, direcionando o tema para a lei “a” ou “b” não há omissão, mas complementação/integração:

A lei estadual pode fazer remissão à legislação federal, em tal hipótese se incorpora ao direito estadual. O próprio recorrente, e também o parecer do eminente Seabra Fagundes, concorda que assim seja, quando a remissão é feita a texto de direito federal já existente ao tempo da promulgação da lei estadual. Negam, contudo, essa possibilidade, quando o direito estadual se refere ao direito federal futuro. Haveria, assim, substituição prévia – e, portanto, delegação vedada – do legislador estadual pelo federal.⁵⁵

Em linhas gerais é a posição do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 368 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. RENUMERAÇÃO DO PRECEITO, MANTIDO O TEXTO ORIGINAL. ADITAMENTO PROMOVIDO PELO AUTOR. PRELIMINAR DE PREJUDICIALIDADE REJEITADA. NORMA CONSTITUCIONAL ESTADUAL QUE DISPÕE SOBRE APLICAÇÃO, INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DE TEXTOS NORMATIVOS ESTADUAIS. CONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL EXCLUSIVA DA UNIÃO. QUEBRA DO PRINCÍPIO FEDERATIVO E DA INTERDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES. INOCORRÊNCIA. 1. A renumeração do preceito constitucional estadual impugnado, mantido na íntegra o texto original, não implica a prejudicialidade da ação direta, desde que promovido o aditamento à petição inicial. Precedente [ADI 1.874, Relator o Ministro MAURÍCIO CORREA, DJ 07.02.2003]. 2. Inexistente atribuição de competência exclusiva à União, não ofende a Constituição do Brasil norma constitucional estadual que dispõe sobre aplicação, interpretação e integração de textos normativos estaduais, em conformidade com a Lei de Introdução ao Código Civil. 3. Não há falar-se em quebra do pacto federativo e do princípio da interdependência e harmonia entre os poderes em razão da aplicação de princípios jurídicos ditos "federais" na interpretação de textos normativos estaduais. Princípios são normas jurídicas de um determinado direito, no caso, do direito brasileiro. Não há princípios jurídicos aplicáveis no território de um, mas não de outro ente federativo, sendo descabida a classificação dos princípios em "federais" e "estaduais". 4. Ação

⁵⁵ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 52737. Rel: Min. Victor Nunes Leal.

Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (Grifo meu)⁵⁶

*A técnica da remissão à lei federal, tomando-se de empréstimo preceitos nela contidos, pressupõe a possibilidade de o estado legislar, de modo originário, sobre a matéria.*⁵⁷ Desta forma, se o Estado acolhe em sua legislação sobre processo administrativo a Lei Federal, não há, de regra, nenhuma incompatibilidade. (Grifo meu).

Caso, mesmo com a incorporação, permanecer situação de vazio para deslinde do caso, não há óbice na utilização do preceito do artigo 15 do novo estatuto do Processo Civil, pois o que importa, seja num ou noutro caso, é a preservação do direito constitucional ao devido processo legal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como toda disposição nova, mesmo que coerente com as necessidades de nossa época, o leque de possibilidades que a regra do art.15 do novo CPC anuncia certamente sofrerá críticas, sejam de natureza reflexiva, inerentes à ciência, quanto da *crítica pela crítica*, estas que em nada acrescentam as necessidades sociais protegidas processualmente.

O que importa no Novo Código de Processo, e com relação ao processo administrativo, é não ter o art. 15 daquele uma análise pautada de forma minimalista, pois a obrigação nele preconizada deve ser atendida pela administração pública de forma cogente. Não se trata de uma faculdade, mas sim de um *dever*, eis que aquela tem como princípio mais elementar a legalidade.

6 REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo.** Revista de Informação Legislativa, nº 190. 2011. p.35. Disponível em www.senado.gov.br

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria Da Constituição.** Rio De Janeiro: Forense, 2003.

DELGADO, José Augusto. **A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão. As Garantias do Cidadão na Justiça (separata).** Coordenação do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Ed. Saraiva.

⁵⁶ Supremo Tribunal Federal. Adin nº 246. Rel. Ministro Eros Grau.

⁵⁷ Supremo Tribunal Federal. Adin nº 3193. Rel. Ministro Marco Aurélio.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. Ed. Malheiros. 2004.

FERRAZ, Sérgio, e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 1ª ed. 2ª Tiragem. Ed. Malheiros. 2002.

FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil – Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Coord. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva *et all*. Ed. Revista dos Tribunais. 2004.

HÄBERLE, Peter. **HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. (trad) Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Reimpressão/2002.

HOMERCHER, Evandro T. **O processo administrativo na reforma do Código de Processo Civil** (Projeto de Lei do Senado nº 166/2010). Revista Interesse Público, nº 65. 2011.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Ed. DelRey. 1999.

JÚNIOR, José Cretella. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2ª ed. V.III. Ed. Forense Universitária. 1991.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 10ª ed (revista, atualizada e ampliada) . Ed. Revista dos Tribunais. 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Ed. Martins Fontes. 2000.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. Companhia da Letras. 3ª reimpressão. 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 3ª ed. (trad) José Lamego. 1997.

LEAL, Victor Nunes. **Classificação das Normas Jurídicas**. Problemas de Direito Público e outros problemas. Volume I. Imprensa Nacional. 1999.p.40.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol.1. Ed. Intelectus. 2003.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. Colección Temas Clave de La Constitución Española. Ed. Tecnos. 8ª ed.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. (trad) Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Livraria do Advogado. 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª ed. Editora Forense. 2002.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. Ed. Revista dos Tribunais. 1993.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 6ªed. Ed. Revista dos Tribunais. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. Saraiva. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999. Disponível em: [www. planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. v. I. (arts. 1-36). Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1947.

OHLWEILER, Leonel. **A Concepção Dogmática Do Direito Administrativo**: contributo Para Uma (Re) Construção Hermenêutica. Revista De Informação Legislativa. N.167. Setembro De 2005.

OST, François. **O Tempo E O Direito**. Instituto Piaget. 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro**. Revista de Informação Legislativa. Ano 34. Número 136. 1997.

SANTOS, Maria Lourido. **Noções Gerais acerca do Processo Administrativo e da Lei nº 9784/99**. Revista de Informação Legislativa. Ano 38. Número 149.

SILVA, Almiro do Couto e. **O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA (PROTEÇÃO À CONFIANÇA) NO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO E O DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE ANULAR SEUS PROPRIOS ATOS ADMINISTRATIVOS: O PRAZO DECADENCIAL DO ART. 54 DA LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DA UNIÃO (LEI NO 9.784/99)**. Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul.2004.

SUNFELD, Carlos Ari. **Introdução ao Direito Processual Público**: o Direito Processual e o Direito Administrativo *in* Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo. Ed. Malheiros. 2000.

Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. Ed. Eletrônica. Disponível em www.stf.jus.br. Acessado em 06 de mar. de 2015.



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL