Revista de DIREITO

DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOLUME 1 | 2023

PJERJ

PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Revista de DIREITO

DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOLUME 1 | 2023

PJERJ
PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PRESIDENTE
Des. Ricardo Rodrigues Cardozo

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA
Des. Marcus Henrique Pinto Basílio

1º VICE-PRESIDENTE
Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa

2º VICE-PRESIDENTE
Des. Suely Lopes Magalhães

3º VICE-PRESIDENTE
Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

EQUIPE EDITORIAL

EDITOR-CHEFE
Humberto Dalla Bernardina de Pinho

CONSELHO EDITORIAL
Antonio Aurélio Abi-Ramia Duarte
Ana Paula Teixeira Delgado
Clarissa Maria Brandão Kowarski
Guilherme Sandoval Góes
Siddharta Legale

EQUIPE ADMINISTRATIVA

SECRETARIA-GERAL DE ADMINISTRAÇÃO | SGADM
Jacqueline Leite Vianna Campos

DEPARTAMENTO DE GESTÃO E DISSEMINAÇÃO DO CONHECIMENTO | DECCO
Ana Paula Teixeira Delgado

DIVISÃO DE ORGANIZAÇÃO DE ACERVOS DO CONHECIMENTO | DICAC
Karla Gomes Nery

SERVIÇO DE PESQUISA, ANÁLISE E PUBLICAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA | SEPEJ
Mônica Tayah Goldemberg

REVISÃO
Ricardo Vieira de Lima
Wanderlei Barreiro Lemos

DEPARTAMENTO DE COMUNICAÇÃO INTERNA
Aline de Oliveira Müller

DIVISÃO DE MÍDIAS AUDIOVISUAIS
Claudio Pitanga

DIVISÃO DE IDENTIDADE VISUAL
Georgia Kitsos

PROJETO GRÁFICO
Fernando Villela

Revista de Direito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro / Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. – v. 1, (2023). Rio de Janeiro : TJERJ, 2023-.

Semestral
e-ISSN: 2965-7482
Disponível apenas online.

1. Direito – Periódicos. I. Rio de Janeiro (Estado). Tribunal de Justiça.

CDD 340.05
CDU 34(05)

ÓRGÃO ESPECIAL

Des. Luiz Zveiter
Des. Claudio de Mello Tavares
Des. Maria Inês da Penha Gaspar
Des. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo
Des. Milton Fernandes de Souza
Des. Nagib Slaibi Filho
Des. Adriano Celso Guimarães
Des. Mauricio Caldas Lopes
Des. José Carlos Varanda dos Santos
Des. Suely Lopes Magalhães
Des. Edson Aguiar de Vasconcelos
Des. Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos
Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira
Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa
Des. Ricardo Rodrigues Cardozo
Des. José Carlos Maldonado de Carvalho
Des. Marcus Henrique Pinto Basílio
Des. José Muiños Piñeiro Filho
Des. Cláudio Luís Braga Dell'Orto
Des. Claudia Pires dos Santos Ferreira
Des. Fernando Cerqueira Chagas
Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto
Des. Cesar Felipe Cury
Des. Augusto Alves Moreira Junior
Des. Luiz Fernando de Andrade Pinto

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Des. Ricardo Rodrigues Cardozo
Des. Marcus Henrique Pinto Basílio
Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa
Des. Suely Lopes Magalhães
Des. José Carlos Maldonado de Carvalho
Des. Ana Maria Pereira de Oliveira
Des. Gilmar Augusto Teixeira
Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho
Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes
Des. Luciano Silva Barreto

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Des. Sandra Santarém Cardinali
Des. Lúcia Regina Esteves de Magalhães
Des. Renato Lima Charnaux Sertã
Des. Mafalda Lucchese
Des. Eduardo Abreu Biondi

COMISSÃO DE LEGISLAÇÃO E NORMAS

Des. Andre Emilio Ribeiro Von Melentovytch
Des. Luiz Marcio Victor Alves Pereira
Des. Nadia Maria de Souza Freijanes
Des. Cristina Serra Feijó
Des. Ricardo Alberto Pereira

CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO

1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Adriano Celso Guimarães
Des. Conceição Aparecida Mousnier T. Guimarães
Des. Mônica Maria Costa Di Piero
Des. Marcelo Lima Buhatem
Des. Augusto Alves Moreira Junior

2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Helda Lima Meireles
Des. Fernando Foch de Lemos Arigony da Silva
Des. Carlos Santos de Oliveira
Des. Renata Machado Cotta
Des. Andréa Maciel Pachá

3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Maurício Caldas Lopes
Des. Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos
Des. Eduardo de Azevedo Paiva
Des. Marianna Fux
Des. Luiz Fernando de Andrade Pinto

4ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Milton Fernandes de Souza
Des. Cristina Tereza Gaulia
Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes
Des. Claudia Telles de Menezes
Des. Denise Nicoll Simões

5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Mário Assis Gonçalves
Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho
Des. Regina Lúcia Passos
Des. Cíntia Santarém Cardinali
Des. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
Des. Fernando Fernandy Fernandes
Des. Sirley Abreu Biondi
Des. Guaraci de Campos Vianna
Des. Valéria Dacheux Nascimento
Des. Juarez Fernandes Folhes

7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
Des. Mário Guimarães Neto
Des. Denise Levy Tredler
Des. Cherubin Helcias Schwartz Júnior
Des. Horácio dos Santos Ribeiro Neto
Des. Georgia de Carvalho Lima

8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
Des. Elton Martinez Carvalho Leme
Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas
Des. Márcia Ferreira Alvarenga
Des. Cezar Augusto Rodrigues Costa
Des. Flávia Romano de Rezende

9ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
Des. Paulo Sérgio Prestes dos Santos
Des. Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara
Des. Maria Isabel Paes Gonçalves
Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho
Des. Fernanda Fernandes Coelho Arrábida Paes

10ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
Des. Camilo Ribeiro Rulière
Des. Custódio de Barros Tostes
Des. Fábio Dutra
Des. Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes
Des. Antônio Carlos Arrábida Paes

11ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres
Des. Lúcia Helena do Passo
Des. Tereza Cristina Sobral Bittencourt Sampaio
Des. Maria Luiza de Freitas Carvalho
Des. João Batista Damasceno

12ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
Des. José Carlos Paes
Des. Cleber Ghelfenstein
Des. Francisco de Assis Pessanha Filho
Des. Nadia Maria de Souza Freijanes
Des. Renata Silvares França Fadel

13ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
Des. Benedicto Ultra Abicair
Des. Teresa de Andrade Castro Neves
Des. Mônica de Faria Sardas
Des. Gilberto Clovis Farias Matos
Des. Maria da Glória Oliveira Bandeira de Mello

14ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
Des. Luiz Felipe Miranda de Medeiros Francisco
Des. Adolpho Correa de Andrade Mello Junior
Des. Carlos Azeredo de Araújo
Des. Daniela Brandão Ferreira
Des. Luiz Eduardo Cavalcanti Canabarro

15ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
Des. Maria Inês da Penha Gaspar
Des. Marília de Castro Neves Vieira
Des. Alexandre Eduardo Scisinio
Des. Eduardo Abreu Biondi
Des. Ricardo Alberto Pereira

16ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
Des. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo
Des. Antônio Iloizio Barros Bastos
Des. Maria Helena Pinto Machado
Des. Maria Celeste Pinto de Castro Jatahy
Des. Carlos Gustavo Vianna Direito

17ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
Des. Ana Maria Pereira de Oliveira
Des. Sandra Santarém Cardinali
Des. Natacha Nascimento G. Tostes G. Oliveira
Des. Arthur Narciso de Oliveira Neto
Des. Wilson do Nascimento Reis

18ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
Des. Cláudio de Mello Tavares
Des. Maria Regina Fonseca Nova Alves
Des. Lúcia Regina Esteves de Magalhães
Des. Paulo Wunder de Alencar
Des. Leila Santos Lopes

19ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
Des. Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho
Des. Werson Franco Pereira Rêgo
Des. Renato Lima Charnaux Sertã
Des. Vitor Marcelo Aranha Afonso Rodrigues
Des. André Luis Mançano Marques

20ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Fernando Cerqueira Chagas
Des. Cesar Felipe Cury
Des. Luiz Henrique Oliveira Marques
Des. Sergio Nogueira de Azeredo
Des. André Luiz Cidra

21ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Gabriel de Oliveira Zefiro
Des. Mauro Pereira Martins
Des. Luiz Umpierre de Mello Serra
Des. Mafalda Luchese
Des. Fábio Uchoa Pinto de Miranda Montenegro

22ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Sonia de Fátima Dias
Des. Murilo André Kieling Cardona Pereira
Des. Marcos André Chut
Des. Celso Silva Filho
Des. Cristina Serra Feijó

CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. Edson Aguiar de Vasconcellos
Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira
Des. Jacqueline Lima Montenegro
Des. Claudio Luis Braga Dell'Orto
Des. José Acir Lessa Giordani

2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. José Carlos Varanda dos Santos
Des. Celso Luiz de Mattos Peres
Des. Pedro Saraiva de Andrade Lemos
Des. Patricia Ribeiro Serra Vieira
Des. Eduardo Antonio Klausner

3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. Nagib Slaibi Filho
Des. Rogerio de Oliveira Souza
Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva
Des. Inês da Trindade Chaves de Melo
Des. Claudia Pires dos Santos Ferreira

4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa
Des. Andre Gustavo Correa de Andrade
Des. Ricardo Couto de Castro
Des. Claudio Brandão de Oliveira
Des. Sérgio Seabra Varella

5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. Mauro Dickstein
Des. Carlos José Martins Gomes
Des. Marco Aurelio Bezerra de Melo
Des. Alexandre Teixeira de Souza
Des. Rose Marie Pimentel Martins

6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. Ricardo Rodrigues Cardozo
Des. André Emilio Ribeiro Von Melentovytch
Des. Monica Feldman Mattos
Des. Lidia Maria Sodré de Moraes
Des. Adriana Ramos de Melo

7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho
Des. Marco Antonio Ibrahim
Des. Fernando Cesar Ferreira Viana
Des. Maria Christina Berardo Rucker
Des. Ana Cristina Nascif Dib Miguel

8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. Leila Maria Rodrigues P. C. Albuquerque
Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto
Des. José Roberto Portugal Compasso
Des. Margaret de Olivaes Valle dos Santos
Des. Jean Albert de Souza Saadi

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

MEMBROS EFETIVOS

Des. Ana Maria Pereira de Oliveira
Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres
Des. Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara
Des. Marcelo Lima Buhatem
Des. Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira
Des. Werson Franco Pereira Rêgo
Des. Maria Celeste Pinto de Castro Jathay
Des. Renato Lima Charnaux Sertã
Des. Cristina Serra Feijó
Des. Leila Santos Lopes
Des. Paulo Wunder de Alencar
Des. Carlos Gustavo Vianna Direito
Des. Vitor Marcelo Aranha Afonso Rodrigues
Des. Renata Silvares França Fadel

SUPLENTES

Des. Andrea Maciel Pachá
Des. Mafalda Lucchese
Des. Nadia Maria de Souza Freijanes
Des. Luiz Umpierre de Mello Serra
Des. João Batista Damasceno
Des. Fernanda Fernandes Coelho Arrábida Paes

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

MEMBROS EFETIVOS

Des. Edson Aguiar de Vasconcellos
Des. Eduardo Antonio Klausner
Des. Rogerio de Oliveira Souza
Des. Ricardo Couto de Castro
Des. Alexandre Teixeira de Souza
Des. André Emílio Ribeiro Von Melentovytch
Des. Ana Cristina Nascif Dib Miguel
Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto

SUPLENTES

Des. Claudio Luis Braga Dell'Orto
Des. Patricia Ribeiro Serra Vieira
Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva
Des. Claudio Brandão de Oliveira
Des. Rose Marie Pimentel Martins
Des. Mônica Feldman de Mattos
Des. Maria Christina Berardo Rucker
Des. Jean Albert de Souza Saadi

CÂMARAS CRIMINAIS

1ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Luiz Zveiter
Des. Pedro Freire Raguenet
Des. Katia Maria de Paula Menezes Monnerat
Des. Maria Sandra Rocha Kayat Direito
Des. Denise Vaccari Machado Paes

2ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Katia Maria Amaral Jangutta
Des. Rosa Helena Penna Macedo Guita
Des. Luciano Silva Barreto
Des. Flavio Marcelo Azevedo Horta Fernandes
Des. Peterson Barroso Simão

3ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Antonio Carlos Nascimento Amado
Des. Suimei Meira Cavalieri
Des. Monica Tolledo de Oliveira
Des. Paulo Sergio Rangel do Nascimento
Des. Carlos Eduardo Freire Roboredo

4ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Gizelda Leitão Teixeira
Des. Marcia Perrini Bodart
Des. João Ziraldo Maia
Des. Paulo Cesar Vieira de Carvalho
Des. Luiz Marcio Victor Alves Pereira

5ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Cairo Italo França David
Des. Paulo de Tarso Neves
Des. Paulo de Oliveira Lanzillotta Baldez
Des. Alcides da Fonseca Neto
Des. Geraldo da Silva Batista Júnior

6ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Rosita Maria de Oliveira Netto
Des. Luiz Noronha Dantas
Des. José Muiños Piñeiro Filho
Des. Fernando Antonio de Almeida
Des. Marcelo Ccastro Anátocles da Silva Ferreira

7ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Marcus Henrique Pinto Basílio
Des. Maria Angélica Guimarães Guerra Guedes
Des. Sidney Rosa da Silva
Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto
Des. Marcius da Costa Ferreira

8ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Suely Lopes Magalhães
Des. Gilmar Augusto Teixeira
Des. Elizabete Alves de Aguiar
Des. Claudio Tavares de Oliveira Júnior
Des. Adriana Lopes Moutinho Daudt D'Oliveira

APRESENTAÇÃO

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo » 13

DOUTRINA

O Novo Código de Processo Civil à luz das lições de José Carlos Barbosa Moreira, um gênio para todos os tempos
Luiz Fux | Rodrigo Fux » 14

De volta para o futuro – Balanço das atividades da Corregedoria Nacional de Justiça
Luis Felipe Salomão » 27

Revisão crítica sobre os pressupostos da fraude à execução na legislação brasileira
Marco Aurélio Bellizze Oliveira » 36

Naturaleza, efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Lorenzo M. Bujosa Vadell » 62

A proteção dos direitos socioambientais do povo Yanomami no Brasil: Desafios e perspectivas
Cristina Tereza Gaulia | Ana Paula Teixeira Delgado » 81

Critério orçamentário objetivo para a reserva do possível: Marco necessário para não inviabilizar o Estado do Bem-Estar Social
Eduardo Antônio Klausner | Fernando Barroso de Deus » 91

Tutela jurisdicional contemporânea garantista: O Processo Civil democrático legitimado pela observância das garantias fundamentais
Humberto Dalla Bernardina de Pinho » 110

Da educação científica ao consultor técnico pericial:
Respostas práticas para o problema da análise da perícia pelo juiz
Edilson Vitorelli » 142

Limites de cabimento da reclamação contra decisão de turma recursal dos Juizados Especiais Estaduais para garantia da autoridade dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça (Resolução 03/2016-GP/STJ)
Clayton Maranhão » 165

Do abuso de direito ao abuso de direito processual:
Espécies de abuso e soluções
Antonio Aurélio Abi-Ramia Duarte | Rafael D'Avila Matias Ferreira » 171

Caminhos do processo penal cooperativo
Rafael Estrela Nóbrega » 193

O Neoconstitucionalismo pragmático e a jurisdição contemporânea
Anderson de Paiva Gabriel » 212

A rebelião da revelia:
Os novos contornos do instituto à luz das normas fundamentais do CPC/2015
Flávia Pereira Hill » 235

A vinculação da união à cláusula compromissória estatutária da Petrobras:
Uma análise à luz do conflito de competência nº 151.130/SP
Marcia Cristina Xavier de Souza | Luísa Mendes Louzada » 255

A cooperação judiciária e sua aplicabilidade no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Fernanda Tereza Melo Bezerra » 272

Apresentação

Com entusiasmo e satisfação apresentamos o primeiro volume da *Revista de Direito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro*.

Editado sob a Coordenação do Excelentíssimo Senhor Desembargador Humberto Dalla Bernardina de Pinho, o novel periódico foi concebido como um espaço para a disseminação do conhecimento no âmbito das ciências jurídicas, por meio do incentivo à produção de estudos e artigos científicos de altíssima relevância.

Trata-se, pois, de ferramenta que passa a ser oferecida aos operadores do Direito, à comunidade acadêmica e à sociedade em geral, com o firme propósito de contribuir significativamente para a compreensão dos mais variados temas inerentes ao campo do Direito, tanto na seara nacional quanto internacional, de maneira interdisciplinar, empírica e com elevado padrão de qualidade.

À luz desses parâmetros, a presente edição inaugural veicula textos doutrinários de excelência e valor ímpar em termos de difusão e aprimoramento do saber jurídico, elaborados por juristas e acadêmicos de renome e inquestionável destaque nas respectivas áreas de atuação.

Aos articulistas que ora nos brindam com suas valorosas reflexões e notório comprometimento com a divulgação científica, consignamos os nossos mais sinceros agradecimentos.

Desejamos a todos uma ótima experiência de leitura.

DESEMBARGADOR RICARDO RODRIGUES CARDOZO
PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O Novo Código de Processo Civil à luz das lições de José Carlos Barbosa Moreira, um gênio para todos os tempos

LUIZ FUX[1] | RODRIGO FUX[2]

Tem-se acusado notável crescimento, nos últimos tempos, entre os juristas da chamada família "romano-germânica", o interesse pelos ordenamentos anglo-saxônicos. O fenômeno, em si, merece irrestritos louvores, independentemente do fato de que suas razões, em boa parte, guardam evidentíssima relação com a conjuntura político-econômica de hoje. Como é natural, ele vem-se estendendo ao campo do processo, onde não raro se exterioriza em sugestões de reforma. [...] Não falta quem deposite na absorção de elementos característicos daquela outra família uma grande esperança de imprimir maior eficácia ao funcionamento da máquina judiciária e, em termos genéricos, à atividade de composição de litígios[3].

José Carlos Barbosa Moreira

Essas lições, caro leitor, não foram extraídas da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015, mas sim das digressões do eminente professor e processualista José Carlos Barbosa Moreira, pontificadas há duas décadas[4], na mais límpida demonstração de sua genialidade científica e de seu notável pensamento de vanguarda.

À época, o saudoso Professor Barbosa Moreira já antevia que a cautelosa simbiose entre as múltiplas perspectivas do processo ("privatistas" e "publicísticas"; de origem da common law e da civil law) poderia catalisar o desenvolvimento de soluções para os "problemas que afligiam a Justiça Civil – sobretudo o da excessiva duração dos pleitos, permanentemente em evidência nas preocupações gerais"[5]. Sob a ótica de Barbosa Moreira, a miscigenação entre as famílias romano-germânicas e anglo-saxônicas, em suas diversas configurações, poderia servir ao propósito maior do processo, que é o resultado justo do litígio com a respectiva pacificação social, preferencialmente com dispêndio mínimo de tempo e energia[6].

É cediço que a evolução histórica das sociedades romano-germânicas e anglo-saxônicas, e de seus sistemas jurídicos distintos (respectivamente, civil law e common law), consolidou

1 Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF).

2 Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.

3 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. In: *Revista de Processo*, v. 23, n. 92, 1998, p. 87-104.

4 Mais precisamente no ano de 1998.

5 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. In: *Revista de Processo*, v. 29, n. 116, jul.-ago., 2004, p. 313.

6 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. El Neoprivatismo en el Processo Civil. In: *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. MONTERO AROCA, Juan (coord.), Valência: Tirant lo Blanch, 2006, p. 199-214.

uma visão científica vertida essencialmente à contraposição entre preponderância do interesse público e autonomia privada no Direito Processual[7], ou seja, "Publicismo" *versus* "Privatismo".

Nesse mesmo segmento, assenta Michele Taruffo, "não parecer que os ordenamentos processuais da civil law convergem para a solução consistente em confiar ao juiz a tarefa de dirigir ativamente o processo para o alcance de soluções rápidas, eficientes e justas das controvérsias civis". Por outro lado, explicita o jurista italiano que os países da common law, em regra, adotam uma concepção "privatista de justiça civil, segundo a qual as partes deveriam ser livres para se comportarem como considerassem mais pertinente, estando dotadas de um poder essencialmente monopolístico sobre as iniciativas processuais"[8].

Essa perspectiva fecundada em notáveis obras doutrinárias – no Brasil, pelos aclamados José Carlos Barbosa Moreira e Leonardo Greco; na Espanha e Itália, por Juan Montero Aroca[9], Franco Cipriani, Joan Picó i Junoy e Girolamo Monteleone –, sempre buscou compreender os limites da atuação dos "personagens do processo"[10], delimitar as funções dos órgãos judiciais ao longo do *iter* processual e vaticinar a (in)existência de traços autoritários na outorga reforçada de poderes aos magistrados.

Os juristas denominados *publicistas* de aqui e alhures (*e.g.*, José Carlos Barbosa Moreira, Giovanni Verde, Joan Picó i Junoy, dentre outros) afirmam que o processo não pertence às partes. O Estado-Juiz, titular da função jurisdicional, vale-se da atividade processual como mecanismo de pacificação social e solução justa de litígios. À luz da concepção publicística, os mecanismos destinados à marcha regular do processo seriam característicos do juiz, resultando em um cenário de tutela paternalista do Estado regido pela prevalência do interesse público, pela oralidade e pelo ativismo judicial em matéria probatória.

Por sua vez, os *privatistas*, a exemplo dos ilustres Juan Montero Aroca e Franco Cipriani, sustentam a primazia da autonomia da vontade das partes em relação à atividade de condução e de instrução probatória. Os cognominados "*revisionistas*", entreviam no fortalecimento de iniciativas do juiz no curso do processo[11] traços autoritários do ordenamento jurídico-processual e subordinação inaceitável das partes aos poderes do magistrado[12].

---

7 "Convém principiar pela contraposição que se costuma estabelecer entre os ordenamentos anglo-saxônicos e os da família romano-germânica, no que respeita aos papéis desempenhados pelo órgão judicial, de um lado, e pelas partes, de outro, em aspectos importantes do funcionamento do mecanismo processual. Os expositores do direito inglês e norte-americano soam caracterizá-lo pela primazia reconhecida às partes não só na iniciativa de instaurar o processo e de fixar-lhe o objeto – traço comum à generalidade dos sistemas jurídicos ocidentais –, senão também na determinação da marcha do feito (e do respectivo ritmo) em suas etapas iniciais, e na colheita das provas em que se há de fundar o julgamento da causa. Para designar tal modelo, emprega-se correntemente a expressão (*adversarial system* ou *adversarial process*), e por oposição a ele qualifica-se de "inquisitorial" o modelo adotado na Europa continental e no resto do mundo sujeito à sua influência, onde as mencionadas atividades ficariam de preferência confiadas ao juiz". (Ibid., p. 89).

8 TARUFFO, Michele. Los Sistemas Judiciales em las Trandiciones de Civil Law e de Common Law. In: *Páginas sobre Justicia Civil – Proceso y Derecho*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 90.

9 MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valência: Tirant lo Blanch, 2006.

10 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A ética e os personagens do processo. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 97, n. 358, nov.-dez., 2001, p. 347-353.

11 GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, n. 164, out. 2008, p. 29-56.

12 Para uma síntese das posições privatistas do processo, veja-se PICÓ I JUNOY, Joan. El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado. In: *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. MONTERO AROCA, Juan (coord.), Valência: Tirant lo Blanch, 2006, p. 109-127.

No Brasil, a evolução cultural e ideológica da teoria processual relacionou-se não só com a influência doutrinária europeia, bem como com a trajetória política do século XX, resultando em um processo de codificação reconhecidamente publicista[13] do Código de Processo Civil de 1939.

A aposta na preponderância judicial decorrente da visão publicista teve o condão de – ao menos abstratamente – concentrar amplos poderes nas mãos de magistrados, o que se verificou nos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, este último considerado uma legislação de cunho eminentemente paternalista e formalista.

A partir da promulgação da Constituição da República de 1988 e sua garantia fundamental de acesso à Justiça[14], por meio da qual determinou-se a abertura mais intensa do Poder Judiciário ao cidadão, foram criadas condições que proporcionaram a propositura de um número interminável de demandas, muitas das quais sem efetivo término. A lentidão da máquina judiciária e a inegável incapacidade do Código de Processo Civil de 1973 de tutelar a crescente complexidade das relações sociais do cidadão ocasionaram uma crescente insatisfação no mundo jurídico[15], com o consectário desprestígio para o Poder Judiciário.

O acesso irrestrito ao Poder Judiciário pelo cidadão a partir da promulgação da Constituição de 1988 e as cada vez mais complexas relações sociais implicaram a propositura de um número infindável de demandas sem efetivo termo, tornando o processo sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 um instrumento de pouca efetividade, encartando a afirmação de há muito disseminada por Rui Barbosa de que "Justiça retardada é justiça denegada".

Diante de tais fatos, germinou, ao longo dos últimos 30 anos, uma generalizada insatisfação com o desempenho da Justiça brasileira, provocando uma série de reformas legislativas com vistas à adequação da legislação processual, especialmente com relação à Lei 5.869/1973, às finalidades do Estado e às novas demandas da sociedade. Com efeito, as modificações tiveram por objetivo conferir eficiência às garantias processuais outorgadas aos litigantes pela Constituição

---

13 Isso ficou explicitado na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939, na qual foram arroladas as diretrizes publicistas que orientaram os trabalhos da comissão de juristas responsável pelo texto do Anteprojeto: "O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribui ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; e este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira, que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. [...] Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo. Foi o mérito dessa doutrina, a propósito da qual deve ser lembrado o nome de Giuseppe Chiovenda, o ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é a atuação da vontade da lei num caso determinado. Tal concepção nos dá, a um tempo, não só o caráter público do direito processual, como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária em que avulta a figura do julgador. O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico de fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica. Nem se diga que essa autoridade conferida ao juiz no processo está intimamente ligada ao caráter mais ou menos autoritário dos regimes políticos. É esta a situação dos juízes na Inglaterra: esta, a situação pleiteada para eles, nos Estados Unidos, por todos quantos se têm interessado pela reforma processual". BRASIL. Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1939. Brasília: Senado Federal, 1939. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html. Acesso em: 2 jan. 2017.

14 CRFB: Art. 5º, "XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

15 "É fundamental perceber que o Processualismo impôs à ciência processual uma atitude neutra com relação à cultura. Ao fazê-lo, acabou perenizando determinado contexto cultural. Ao isolar o direito da realidade social, congelou a história no momento de realização de seu intento. O direito processual civil, ao seguir o programa da pandectística alemã, encampado logo em seguida pelo método italiano, veio se reproduzir ao longo de boa parte do século XX a realidade social do século XIX". Cf. MITIDIERO, Daniel O processualismo e a formação do Código Buzaid. In: *Revista de Processo*, v. 35, n. 183, 2010, p. 182.

da República, acentuadamente quanto à aceleração da tutela jurisdicional e à superação do exacerbado rigor formal do procedimento[16].

Uma das mais marcantes reformas, verdadeiro *teaser* para o novo código, foi a Emenda Constitucional 45/2004, que determinou não só a inclusão do inciso LXXVIII[17] ao art. 5º, positivando como garantia fundamental o princípio da duração razoável do processo, como também a consagração da chamada "súmula vinculante", o que atribuiu um grande peso aos precedentes jurisprudenciais, característica típica dos ordenamentos da common law.

Esse novo ideário da interpenetração dos sistemas jurídicos romano-canônico e anglo-saxônico, e a edição de consecutivas reformas legislativas no Código de Processo Civil, revelaram a necessidade da elaboração de um novel Estatuto Processual.

O Direito, já se afirmou em boa sede doutrinária, não é um museu de regras *et pour cause,* sujeito a mudanças, por certo, mais frequentes do que os demais ramos do direito sempre no afã de conceder uma resposta judicial efetiva e tempestiva. A emergência contínua de novos direitos e interesses no seio da sociedade moderna, muitos dos quais carecedores de tutela efetiva do Estado no exercício do Poder Jurisdicional – em especial aqueles insculpidos na Constituição da República de 1988 –, passou a exigir do legislador infraconstitucional o desenvolvimento de instrumentos processuais adequados à sua proteção[18], de modo a propiciar ao Estado realizar novos fins por meio do exercício da jurisdição (*e.g.*, escopos de natureza social, política, econômica, educacional etc.), e das novas técnicas processuais utilizadas[19].

Essas eram as percepções do Professor José Carlos Barbosa Moreira há quase duas décadas[20].

Sob esse prisma, já prenunciava Barbosa Moreira ser natural que países da família civil law buscassem inspiração em instituições anglo-saxônicas ou mesmo incorporassem em seus ordenamentos modelos de soluções típicas daquela outra família jurídica com vistas à resolução dos problemas práticos de efetividade da tutela jurisdicional[21]. Concomitantemente, o universo anglo-saxônico passou a apresentar sintomas (positivos) de deslocamento da ênfase no papel dos litigantes, ou de seus advogados, para o órgão judicial[22].

---

16 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 20.

17 CRFB: Art. 5º "LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

18 Nesse sentido, as lições do Mestre José Carlos Barbosa Moreira: "O remédio tem de ajustar-se às particularidades características da enfermidade. Não há, nem pode haver, receita que se mostre igualmente adequada ao tratamento eficaz de toda e qualquer situação litigiosa. A falsa crença, explícita ou implícita, em semelhante possibilidade foi um subproduto indesejável da excessiva ênfase que certa corrente de pensamento pretendeu dar à ideia da autonomia do direito processual, como se a preocupação – em si, legítima e necessária – de distingui-lo do direito material houvesse de traduzir-se em soberana indiferença do processo às peculiaridades da matéria sobre que verse". Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. In: *Temas de Direito Processual*, Sexta Série. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 55-56.

19 Cf. HABSCHEID, Walter J. As bases do Direito Processual Civil. Relatório geral apresentado ao Congresso Internacional de Direito Processual – Gand (Bélgica) 1977. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, n. 11-12, jul.-dez. 1978, p. 117-145.

20 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. In: *Revista de Processo*, v. 29, n. 116, 2004, p. 313.

21 "A Jurisdição é um poder, uma função e uma atividade. Poder, na medida em que expressa a própria soberania do Estado. Função, porque possui um papel na pacificação, seja do conflito concreto, seja a nível máximo, para que haja a paz social, através do estabelecimento de mecanismos para resolução das disputas na sociedade". Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Teoria Geral do Processo*. Coleção Programa de Processo, v. I. Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2009, p. 38.

22 Ibid., p. 317.

Antes mesmo da entrada em vigor da Lei 13.105/2015, muito se discutia sobre a manifesta influência do direito anglo-saxão na elaboração do NCPC, que importou técnicas e institutos há muito utilizados nos países de sistema do common law. No afã de conferir maior celeridade processual, a fim de garantir a duração razoável do processo, com respeito às garantias fundamentais do processo, o legislador brasileiro recorreu legitimamente ao Direito Comparado.

A partir de uma análise cuidadosa do texto do novo código, verifica-se que sua *mens legis* não é a conversão cega e absoluta ao sistema do common law ou a adoção irrestrita de instrumentos daquele sistema legal[23], mas sim assegurar uma tutela jurisdicional efetiva[24] e compatível com a realidade contemporânea.

Embora o propósito desse artigo não seja exaurir as interfaces entre civil law e common law manifestadas no Novo Código de Processo Civil, é de bom alvitre exemplificar, ainda que resumidamente, os traços miscigenados dessas concepções (algumas, publicísticas, outras, privatistas) no *novel* ordenamento jurídico-processual.

O artigo 139 do Novo Código de Processo Civil revela inequívocos fortalecimento e ampliação dos poderes do juiz. Perfilhando as vetustas lições de José Carlos Barbosa Moreira, os juristas designados para formatação do novo Estatuto Processual Civil vislumbraram a necessidade de outorga e reforço de poderes-deveres àquele que atua "imparcialmente no sentido de que o processo tenha marcha regular" (*i.e.*, o magistrado), para que "que venham aos autos todos os elementos necessários para que o julgamento corresponda, na medida do possível, à realidade"[25].

A interpretação sistemática do Novo Código de Processo Civil parece conduzir à conclusão de que o legislador buscou sintonia fina entre "Privatismo" e "Publicismo". À luz da hodierna noção de contraditório participativo, da vedação às decisões de *terza via* e do dever de fundamentação dos provimentos jurisdicionais, vê-se calibragem talhada entre os poderes do juiz (de traços publicísticos) e a *Sache der Parteien* (tradução máxima da concepção privatista).

Consoante os ensinamentos da melhor doutrina, mister registrar ainda que

> [...] o acréscimo de poderes do juiz se deu justamente para combater os efeitos do liberalismo vigente no século XIX, que fazia do magistrado mero expectador do debate

23 É verdade, como vaticina Teresa Arruda Alvim Wambier, que "nosso sistema está repleto de institutos, instrumentos, expedientes" pinçados cuidadosamente de ordenamentos tradicionalmente anglo-saxônicos. Mas o objetivo, alerta a professora, é "gerar jurisprudência uniforme, obter do Poder Judiciário uma única manifestação a respeito de uma mesma tese jurídica, ou muitas, mas iguais" – o que, sem dúvidas, é louvável *vis-à-vis* o disposto no artigo 5º, *caput*, e inciso II, da Constituição da República, cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Em direção ao common law?. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *O processo em perspectiva*: Jornadas brasileiras de Direito Processual – Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 371.

24 Nas lições do Professor Leonardo Greco: "No Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo. A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana". Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225-286.

25 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. El Neoprivatismo en el Processo Civil. In: *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. MONTERO AROCA, Juan (coord.). Valência: Tirant lo Blanch, 2006, p. 199-214.

> judiciário, indiferente às forças desiguais dos contendores e aos aspectos éticos que pudessem se fazer presente no litígio e, principalmente, na forma de solucioná-los[26]

– o que afasta qualquer aspecto autoritário e, portanto, inconstitucional, do mencionado dispositivo legal.

O legislador também estabeleceu a possibilidade de realização de audiência de conciliação e de mediação antes da apresentação da resposta pelo réu, que será citado apenas para participar da audiência[27-28]. Assim, somente se frustrada a tentativa de autocomposição, terá início o prazo para o oferecimento da contestação pelo réu, nos termos do artigo 335, inciso I, do NCPC[29].

Como se depreende, é inegável a influência do sistema da common law no destaque e incentivo conferidos aos meios alternativos de resolução de conflito – conhecidos como Alternative Dispute Resolution (ADR)[30] no Direito anglo-saxão – pelo NCPC, na tentativa de poupar a utilização desnecessária do maquinário judicial, o que se depreende da simples leitura do referido diploma legal[31-32].

Da mesma forma, merece atenção o espaço adquirido pela arbitragem no Novo Código de Processo Civil, que, em atenção ao disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da

---

26 THEODORO JUNIOR, Humberto. O processo civil brasileiro contemporâneo iluminado pelos princípios constitucionais: Rumos adotados pelo projeto de novo código em tramitação no Congresso Nacional, em busca dos estabelecimentos do "processo justo". In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *O processo em perspectiva*: Jornadas brasileiras de Direito Processual – Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 197.

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

28 "O NCPC aposta em *meios alternativos* de resolução de controvérsias, por considerá-los mais adequados, rápidos, baratos e eficientes. Tais meios evitam a imposição de uma decisão pelo Estado-Juiz, favorecem o bom-senso das partes e contribuem para a pacificação social. O NCPC não exclui da apreciação do Poder Judiciário ameaças ou lesões a direitos (art. 5º, XXXV, da CF/1988), mas estimula, sempre que possível, a solução consensual de conflitos, inclusive no curso do processo judicial (art. 3º, § 3º, do NCPC), porque a atividade substitutiva da jurisdição deve ser compreendida como subsidiária à resolução dos litígios pelas próprias partes neles envolvidas". Cf. CAMBI, Eduardo. Da audiência de conciliação ou de mediação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (org.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 971.

29 NCPC: "Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data: [...] I – da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição".

30 "Alternative dispute resolution (ADR) refers to a variety of processes that help parties resolve disputes without a trial. Typical ADR processes include mediation, arbitration, neutral evaluation, and collaborative law. These processes are generally confidential, less formal, and less stressful than traditional court proceedings". Cf. New York STATE UNIFIED COURT SYSTEM. Alternative Dispute Resolution – What is ADR?. Disponível em: https://www.nycourts.gov/ip/adr/What_Is_ADR.shtml. Acesso em: 28 dez. 2017.

31 O NCPC apontou o mediador e o conciliador judicial como auxiliares da Justiça (art. 149, NCPC) e impôs não apenas ao juiz a tarefa de estimular a autocomposição entre as partes, mas também aos advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público (art. 3º, § 3º, do NCPC).

32 NCPC: "Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais".
NCPC: "Art. 334. [...] § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado".
NCPC: "Art. 694. Nas ações de família, 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".

República, referenda possibilidade de as partes optarem por buscar a solução do conflito por meio da instauração de procedimento arbitral[33], regulada pela Lei 9.307/1996.

Ainda em busca da efetiva prestação jurisdicional, o NCPC inovou ao admitir e depurar os negócios jurídicos processuais[34], os quais têm por objeto o próprio processo, inspirado nos Direitos francês (*contrat de procédure*), inglês e norte-americano (*case management system*)[35].

Em que pese a já existente previsão das convenções processuais no Código de 1973[36], o novo Estatuto Processual Civil introduziu um novo método de desenvolvimento do *iter* processual, por intermédio da cláusula geral de negociação sobre o processo[37], que dispõe sobre a faculdade de as partes, versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, convencionarem adaptações procedimentais de acordo com seus interesses[38].

---

33 NCPC: "Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...] § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei".
NCPC: "Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei".

34 "*Negócio processual* é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento. Sob esse ponto de vista, o negócio jurídico é fonte de norma jurídica processual e, assim, vincula o órgão julgador, que, em um Estado de Direito, deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas *válidas*, inclusive as convencionais". Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodium, 2016, p. 380-381.

35 "O *case management system* propugna o planejamento do processo pelo juiz, com a colaboração das partes e dos advogados, definindo as suas etapas para predeterminar o seu fim, mas não exclui a legalidade do procedimento, propondo apenas regras legais menos detalhadas, que abram espaço à flexibilização [...]". Cf. GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). *Processo Civil – Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 291.

36 "Os negócios jurídicos de caráter processual, a despeito de incomuns, não são exatamente novidade no direito processual civil brasileiro: as hipóteses de suspensão convencional do processo (CPC/73, art. 265, II, repetido no art. 313, II, do NCPC) e de convenção acerca da distribuição do ônus da prova (respeitando os limites impostos pelo art. 333, parágrafo único, do CPC/73, e pelo art. 373, §§ 3º e 4º, do NCPC) perfazem exemplos de negócios jurídicos de caráter processual". Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil – Artigo por artigo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 352.

37 "O art. 190, *caput*, do Novo CPC, prevê em seu *caput* a possibilidade de as partes, desde que plenamente capazes e em causa que verse sobre direito que admitam a autocomposição, estipularem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. O novo diploma legal, seguindo tendências do Direito inglês (*case management*) e francês (*contrat de procédure*), cria uma cláusula geral de negociação processual, que pode ter como objeto as situações processuais das partes e o procedimento. Diferentemente do diploma legal revogado, o Novo Código de Processo Civil passou a prever de forma expressa uma verdadeira cláusula geral de negócio jurídico processual típico, que continuam entre nós, a celebração de acordo entre as partes de forma geral, envolvendo tanto o procedimento como as suas situações processuais". Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2016, p. 319.

38 "Em se tratando de direito a respeito do qual se permite a autocomposição, é possível às partes a celebração de negócio jurídico processual que lhes aprouver respeitados os limites da constitucionalidade, e ordem pública da disposição de vontade. São admissíveis, entre outros, negócios jurídicos processuais que: a) estabeleçam a cronologia do procedimento (tal como ocorre já no processo arbitral) (CPC 191); b) estabeleçam a cláusula *sem recurso*, desde que bilateral, isto é, que somente haverá decisão de mérito no primeiro grau de jurisdição; c) estipulem renúncia ao direito de interpor recurso; d) dispensem determinada prova (e.g. pericial); e) convencionem sobre a distribuição do ônus da prova; f) eleger o foro em que deve ser processada e julgada a ação; g) estabelecer cláusula compromissória para submeter a lide à arbitragem; h) estipular a incidência, no processo, da cláusula *solve et repete* (Carnelutti, *Sistema DPC*, v. II, n. 420, p. 78); i) renúncia ao direito de recorrer (Bunsen. *Lehrbuch CPR*, *Einleitung*, n. I, III, p. 8); j) determinem qual o direito aplicável à hipótese (na convenção de arbitragem é possível: escolher a lei aplicável, escolher, "*livremente*, as regras de

Como se vê cada vez mais em nosso sistema, embora a jurisdição seja titularizada pelo Estado, o interesse das partes revela-se a causa final do processo[39], razão pela qual, na insuficiência da lei para acompanhar a crescente complexidade das relações sociais adequadamente e garantir o acesso à Justiça, impôs ao legislador o dever de oportunizar às partes maneiras de se adaptar o procedimento à tutela pretendida[40].

Não obstante o Novo Código de Processo Civil tenha prestigiado a autonomia da vontade das partes, no que tange aos negócios jurídicos processuais em caráter manifestamente privatista, o que decerto contribui para um processo mais democrático, o fez com certas ressalvas e de maneira crítica, de modo a resguardar uma atuação subsidiária do juiz. O parágrafo único do artigo 190 do NCPC, *ad exemplum*, submete a eficácia dos negócios jurídicos processuais ao crivo do Poder Judiciário[41], por meio do controle da validade das convenções, recusando-lhes aplicação nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão, ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Ademais, o negócio jurídico processual, por óbvio, deve estar em harmonia com as normas fundamentais do processo, dentre as quais destacam-se os princípios da boa-fé, da cooperação[42], do contraditório e da isonomia.

Outra relevantíssima inovação do NCPC, com manifesta influência do sistema anglo-saxão[43], consiste na instauração de "um sistema amplo de precedentes vinculantes, prevendo-se a possibilidade de produção de julgados com tal eficácia não apenas pelos tribunais superiores, mas igualmente pelos tribunais de segundo grau"[44].

---

direito que serão aplicadas na arbitragem" [LArb, 2º, § 2º], escolher-se o idioma no qual se desenvolverá o processo, conferir-se ao tribunal arbitral a possibilidade de decidir por equidade etc.); k) autorizem o juiz estatal a decidir por equidade, mesmo fora dos casos previstos em lei". Cf. NERY Junior, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 762-763.

39 "Satta tinha razão na preleção de 1936: o interesse das partes é causa eficiente da jurisdição civil e também a sua causa final. A justiça civil existe para atender à necessidade de tutela dos seus direitos destinatários. É claro que, ao avocar para si essa função em caráter praticamente monopolístico, o Estado realiza seus próprios objetivos políticos, talvez até mesmo o de realizar a paz social, mas principalmente o de assegurar a submissão dos cidadãos à sua ordem e à sua autoridade". Cf. GRECO, Leonardo. Op. cit., 2008, p. 42-43.

40 "Se, respeitados certos princípios inderrogáveis, na arbitragem as partes podem ditar o procedimento a ser seguido pelos árbitros, por que não permitir que, perante os juízes profissionais, as partes possam dispor sobre o modo que consideram mais adequado de direção do seu processo, os prazos a serem observados, a escolha de comum acordo do perito a atuar na instrução ou em que a margem de flexibilidade está entregue ao poder discricionário do juiz?". Cf. GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). *Processo Civil – Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Rio de Janeiro: Atlas, 2012, p. 301-302.

41 "O saudoso e preclaro amigo, Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho, em estudo precioso, lecionara que a subsidiariedade da intervenção estatal, em qualquer área, é uma exigência de flexibilidade e de equilíbrio, que evita 'os excessos das ingerências e as lacunas da não ingerência'. Através da subsidiariedade da iniciativa privada o Estado supre as fraquezas dos indivíduos, apresentando-se 'como solução intermediária entre o Estado-providência e o Estado liberal'. Prevalecem as iniciativas da própria sociedade e do Estado, que se justifica apenas como um instrumento de efetivação do pluralismo e da autonomia social, e intervém em seu benefício". Cf. GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, n. 164, out. 2008, p. 45.

42 Enunciado n. 06 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação".

43 "Assim como ocorre no sistema da common law, no qual os julgamentos só se tornam precedentes no momento em que passam a concretamente servir como fundamento de decisão de outros julgamentos. Conforme vem apontando a melhor doutrina, no Brasil foi adotada outra técnica na formação dos precedentes, já que o Novo Código de Processo Civil prevê de forma expressa e específica quais são os julgamentos que serão considerados precedentes". Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., 2016, p. 1.312.

44 MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos prece-

No afã de construir um sistema processual garantidor da duração razoável do processo e com vistas à otimização da efetiva prestação da tutela jurisdicional[45], o Novo Código de Processo Civil carreou para o ordenamento jurídico brasileiro o instituto dos precedentes judiciais[46], servindo de demonstração da gradual convergência entre os sistemas do civil law e do common law.

O que o Novo Código de Processo Civil fez, com as cautelas necessárias, foi positivar o que já se fazia presente no cotidiano forense, a ponto de Barbosa Moreira afirmar, desde meados de 2005, que, "[...] ainda onde se repeliu, em teoria, a vinculação dos juízes aos precedentes, estes continuaram na prática a funcionar como pontos de referência, sobretudo quando emanados dos mais altos órgãos da Justiça"[47].

Sob esse ângulo, o Novo Código de Processo Civil efetivou com desejável técnica "[...] a direção já seguida pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos", com vistas a fomentar a "[...] tendência de criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize"[48].

Sobre o tema, o eminente Ministro e preclaro Professor Luís Roberto Barroso leciona:

> Nota-se, assim, que, a despeito da raiz romano-germânica do direito brasileiro, este parece ter efetivamente assumido, com o Novo Código de Processo Civil, o compromisso de implementar e de dar efetividade a um sistema amplo de precedentes normativos, que inclui a produção de julgados vinculantes inclusive pela segunda instância – um desafio e tanto para um ordenamento jurídico que dispõe de pouca tradição no assunto e de baixa adesão aos precedentes judiciais de um modo geral. [...] Três valores principais justificam a adoção de um sistema de precedentes normativos ou vinculantes: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência. A obrigatoriedade de observar as orientações já firmadas pelas cortes aumenta a previsibilidade do direito, torna mais determinadas as normas jurídicas e antecipa a solução que os tribunais darão a determinados conflitos. O respeito aos precedentes constitui um critério objetivo e pré-determinado de decisão que incrementa a segurança jurídica. A aplicação das mesmas soluções a casos idênticos reduz a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário e assegura àqueles que se encontram em situação semelhante o mesmo tratamento, promovendo a

---

dentes no Direito brasileiro, p. 11. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf. Acesso em: 2 jan. 2017.

45 Enunciado n. 323 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "A formação dos precedentes observará os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia".

46 "Precedente é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido. Dessa forma, sempre que um órgão jurisdicional se valer de uma decisão previamente proferida para fundamentar sua decisão, empregando-a como base de tal julgamento, a decisão anteriormente prolatada será considerada um precedente. [...] Jurisprudência, por sua vez, é o resultado de um conjunto de decisões judiciais no mesmo sentido sobre uma mesma matéria proferidas pelos tribunais. É formada por precedentes, vinculantes e persuasivos, desde que venham sendo utilizados como razões do decidir em outros processos, e de meras decisões". Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., 2016, p. 1.297-1.298).

47 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência e precedentes: uma escalada e seus riscos. In: *Temas de Direitos Processual* – Nova Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 300.

48 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., 2015, p. 308.

> isonomia. Por fim, o respeito aos precedentes possibilita que os recursos de que dispõe o Judiciário sejam otimizados e utilizados de forma racional. Se os juízes estão obrigados a observar os entendimentos já proferidos pelos tribunais, eles não consumirão seu tempo ou os recursos materiais de que dispõem para redecidir questões já apreciadas. Consequentemente, utilizarão tais recursos na solução de questões inéditas, que ainda não receberam resposta do Judiciário e que precisam ser enfrentadas. A observância dos precedentes vinculantes pelos juízes, mesmo que não concordem com eles, reduz, ainda, o trabalho dos tribunais, que não precisam reexaminar e reformar as decisões divergentes dos entendimentos que já pacificaram. Tal ambiente contribui para a redução do tempo de duração dos processos, desestimula demandas aventureiras e reduz a litigiosidade.[49]

Fato é que, ao consolidar o capítulo de precedentes judiciais no *novel codex*[50], o legislador pátrio importou de maneira crítica e ponderada a "teoria geral dos precedentes" dos países de tradição anglo-saxônica, em especial dos Estados Unidos da América e da Inglaterra, absorvendo conceitos e institutos da teoria do *stare decisis* e da *doctrine of binding precedent*, de modo a possibilitar uma estruturação e aplicação adaptada às particularidades da máquina judiciária brasileira.

---

49 MELLO, Patrícia Perrone Campos. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 17-18.

50 "LIVRO III – DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS E DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS – TÍTULO I – DA ORDEM DOS PROCESSOS E DOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS – CAPÍTULO I – DISPOSIÇÕES GERAIS
Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.
§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.
§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.
Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II – os enunciados de súmula vinculante;
III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.
§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.
§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.
§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.
§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.
Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:
I – incidente de resolução de demandas repetitivas;
II – recursos especial e extraordinário repetitivos.
Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual".

Deveras, estabelecendo um sistema eficiente de precedentes, oferecendo segurança e tratamento isonômico às demandas que versem sobre a mesma questão jurídica e, por conseguinte, garantindo a efetiva tutela jurisdicional, o legislador brasileiro pautou-se no procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*) quando da criação do incidente de resolução de demandas repetitivas, que tem por finalidade precípua a uniformização do entendimento acerca da tese jurídica, por meio da fixação de entendimentos jurisprudenciais consolidados pelos tribunais, mercê de consagrar os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica.

O incidente de resolução de demandas repetitivas, assim como o *Musterverfahren*, consiste em uma técnica de coletivização de demandas comuns a pretensões individuais, o que permite que decisões em bloco sejam proferidas, sem desconsiderar as particularidades de cada caso[51].

A esse respeito, como sói ser em decorrência das naturais distinções entre os países sob diversos ângulos, apesar da influência alemã, não são poucas as diferenças entre o instituto do *Musterverfahren* e o IRDR brasileiro. E não poderia ser diferente, na medida em que o incidente, no diploma processual brasileiro, foi concebido para incidir de forma mais abrangente que o procedimento-padrão, não se limitando a causas específicas e nem a lapsos temporais pré-determinados.

O NCPC, para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, exige o preenchimento simultâneo de dois requisitos, quais sejam, a efetiva repetição de causas que versem sobre a mesma questão unicamente de direito, e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976 do NCPC). Nesse sentido, o requerente deverá demonstrar a multiplicidade de demandas semelhantes, com fundamentos de direito idênticos, que, quando analisadas por Juízos distintos, poderão causar decisões divergentes, originando um cenário de desigualdade e insegurança entre os jurisdicionados.

Ademais, enquanto o instituto do *Musterverfahren* elege uma causa-piloto que adequadamente represente a controvérsia, o NCPC prevê que o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente (artigo 978, parágrafo único, do NCPC).

O NCPC atribuiu, ainda, efeitos prospectivos ao incidente de resolução de demandas repetitivas, de modo que, após o trânsito em julgado da decisão, a tese fixada deverá ser aplicada a todos os processos individuais ou coletivos, inclusive em casos futuros, cujos pedidos englobem a questão objeto daquele, desde que tramitem nos limites da competência jurisdicional do respectivo tribunal, visando à obtenção da tão estimada celeridade da prestação jurisdicional e a concretização dos princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica.

À luz do novo processo civil brasileiro, mitigada a *summa divisio* entre civil law e common law[52] (aproximando-se visões publicísticas e privatistas), constatou-se o que José Carlos

51 Sobre o tema: TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

52 "Costuma-se afirmar que o Brasil é o país cujo direito se estrutura de acordo com o paradigma do civil law, próprio da tradição jurídica romano-germânica, difundida na Europa continental. Não parece correta essa afirmação tão peremptória. O sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do devido processo legal) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade difuso (inspirado no *judicial review* estadunidense) e concentrado (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (civil law) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc.), de óbvia inspiração no common law". Cf. DIDIER JR., Fredie. Op. cit., 2016, p. 59.

Barbosa Moreira lecionava aos seus afilhados e discípulos na Escola de Direito Processual de Copacabana: a necessidade de um processo efetivamente democrático e célere, em que convivam os poderes do juiz e a autonomia das partes, a partir da incidência das garantias fundamentais processuais, revela o ideário processual de uma nação que pode ser alcançado pela técnica comparatística.

Ressoa evidente que os apontamentos realizados no presente artigo não pretenderam esgotar a gama de discussões atinentes a cada um dos temas e/ou dispositivos aqui mencionados, mas tão somente ratificar a precisão da visão científica atemporal do inesquecível Professor José Carlos Barbosa Moreira e demonstrar sua inquestionável influência na elaboração do Novo Código de Processo Civil.

Obrigado, Mestre José Carlos Barbosa Moreira! Ontem, hoje, e sempre; nos nossos corações, nas nossas memórias, e na história do processo civil brasileiro. O seu legado jamais se apagará!

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar (coord.). *Projeto do Novo Código de Processo Civil – 2. Série.* Estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos. Salvador: JusPODIVM, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. In: *Revista de Processo*, v. 23, n. 92, out.-dez., 1998.

_____. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. In: *Revista de Processo*, v. 29, n. 116, jul.-ago., 2004.

_____. El Neoprivatismo en el Processo Civil. In: *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. MONTERO AROCA, Juan (coord.), Valência: Tirant lo Blanch, 2006.

_____. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. In: _____. *Temas de Direito Processual* – Sexta Série. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

_____. Súmula, jurisprudência e precedentes: uma escalada e seus riscos. In: _____. *Temas de Direitos Processual* – Nona *Série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1939. Brasília: Senado Federal, 1939. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf. Acesso em: 28 dez. 2017.

CAMBI, Eduardo. Da audiência de conciliação ou de mediação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (org.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A ética e os personagens do processo. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 97, n. 358, nov.-dez., 2001.

DANTAS, Bruno. Do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (org.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil – Artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FUX, Luiz. O processo e o homem. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *O processo em perspectiva*: Jornadas brasileiras de Direito Processual – Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: _____. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). *Processo Civil – estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. In: *Revista de Processo*, v. 33, n. 164, out. 2008.

HABSCHEID, Walter J. As bases do Direito Processual Civil. Relatório geral apresentado ao Congresso Internacional de Direito Processual – Gand (Bélgica) 1977. In: *Revista de Processo*, ano 3, n. 11-12, jul.-dez., 1978.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no

Direito brasileiro, p. 11. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf. Acesso em: 2 jan. 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Teoria Geral do Processo*. Coleção Programa de Processo, v. I. Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2009.

MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

PICÓ I JUNOY, Joan. El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado. In: *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. MONTERO AROCA, Juan (coord.), Valência: Tirant lo Blanch, 2006.

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. In: *Revista de Pro*cesso, v. 35, n. 183, maio 2010.

NERY Junior, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

NEW YORK STATE UNIFIED COURT SYSTEM. Alternative Dispute Resolution – What is ADR?. Disponível em: https://www.nycourts.gov/ip/adr/What_Is_ADR.shtml. Acesso em: 28 dez. 2017.

TARUFFO, Michele. Dimensiones del Precedente Judicial. In: Páginas sobre *Justicia Civil – Proceso y Derecho*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009.

_____. Los Sistemas Judiciales em las Trandiciones de Civil Law e de Common Law. In: *Páginas sobre Justicia Civil – Proceso y Derecho*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. O processo civil brasileiro contemporâneo iluminado pelos princípios constitucionais: Rumos adotados pelo projeto de novo código em tramitação no Congresso Nacional, em busca dos estabelecimentos do "processo justo". In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *O processo em perspectiva*: jornadas brasileiras de Direito Processual – Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Em direção ao common law?. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *O processo em perspectiva*: Jornadas brasileiras de Direito Processual – Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil – Artigo por artigo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

De volta para o futuro – Balanço das atividades da Corregedoria Nacional de Justiça

LUIS FELIPE SALOMÃO[1]

Se as coisas são inatingíveis... ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
A presença distante das estrelas!

Mario Quintana

Sumário: Introdução. 1. Papel da Corregedoria Nacional de Justiça. 2. Atuação durante o processo eleitoral (2022). 3. Atividade disciplinar e retorno ao trabalho presencial. 4. Inspeções e correições. 5. Consolidação normativa da Corregedoria Nacional. 6. Políticas públicas para o judiciário. 6.1. Sistema eletrônico dos registros públicos – serp. 6.2. Proteção de dados nos cartórios. 6.3. Programa nacional "registre-se" e Registro de Natimorto. 6.4. Alteração extrajudicial do nome. 6.5. União estável e regime de bens. 6.6. Desjudicialização (demandas previdenciárias e adjudicação compulsória). 6.7. Combate à litigância predatória. 6.8. Programa nacional para eficiência da execução fiscal. 6.9. Regularização fundiária (amazônia legal e favelas/assentamentos irregulares). 6.10. Enfrentamento da violência contra a mulher. 6.11. Programa "novos caminhos" (inserção de adolescentes no mercado de trabalho). 7. Metas e diretrizes da Corregedoria Nacional. 8. Prêmio Corregedoria Ética. 9. Painéis de acompanhamento disciplinar. 10. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O ChatGPT é a sensação do momento no mundo da tecnologia, gerando questionamentos se o recurso tem potencial para mudar a história da internet, sendo utilizado para criar textos complexos. Além disso, o recurso também responde a questões subjetivas, apresentando inclusive uma lista de melhores livros de todos os tempos.

O primeiro dessa lista escolhida pela inteligência artificial é *Dom Quixote*, de Miguel de Cervantes. O título original era *El ingenioso hidalgo Don Quixote de La Mancha*, com a primeira edição publicada em Madrid em 1605. A obra é composta por 126 capítulos, divididos em duas partes: a primeira surgida em 1605 e a segunda em 1615. A paródia apresenta forma invulgar. O protagonista, já com certa idade, entrega-se à leitura de romances, perde o juízo, acredita que tenham sido historicamente verdadeiros e decide tornar-se um cavaleiro andante. Por isso, parte pelo mundo e vive seu próprio romance de cavalaria. Enquanto narra os feitos do Cavaleiro da Triste Figura, Cervantes satiriza os preceitos que regiam as histórias fantasiosas daqueles heróis. A história é apresentada sob a forma de novela realista.

1 Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Corregedor Nacional de Justiça.

Nos momentos contemporâneos, ficção se mistura à realidade, inclusive com mundos virtuais paralelos, como no metaverso.

Nesse campo, foi o grande pensador Jorge Luis Borges quem melhor descreveu o fenômeno da passagem do tempo. Tanto em "Nova Refutação do Tempo" quanto em "História da Eternidade", observa-se a profunda desconfiança de Borges com relação ao conceito de tempo.

Eis aqui novamente as ideias que se conflitam, avanços tecnológicos frente a uma realidade analógica.

1. PAPEL DA CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA

Em Portugal, na Idade Média, julgar era mais uma das funções do rei. O soberano nomeava juízes, inicialmente chamados de Ouvidores, que o auxiliavam nessa tarefa. Com o tempo, passaram a ser chamados de Corregedores, com o papel de assessorar o rei na administração da Justiça, fiscalizando as comarcas e organizando os julgamentos. Daí o nome "correger": reger com o rei, em conjunto para realizar a Justiça. Aos Corregedores se apresentavam reclamações contra os demais juízes e tabeliães.

É dessa época, portanto, que veio a noção de que os Corregedores seriam os juízes dos juízes, porquanto, no campo ético e disciplinar, competia a eles julgar os processos que envolviam os próprios juízes.

O tempo e as funções passaram por muitas mudanças, mas as responsabilidades dos Corregedores continuam enormes.

A Corregedoria Nacional de Justiça exerce papel fundamental na promoção da eficiência e da efetividade do Poder Judiciário, com previsão constitucional[2]:

> Art. 103-B.
> (...)
> § 5º. O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:
> I- receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;
> II- exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral;
> III- requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

São 87 Corregedorias de Justiça (27 Tribunais estaduais, 27 Tribunais Regionais Eleitorais, 24 Tribunais Regionais do Trabalho, 6 Tribunais Regionais Federais e 3 Tribunais de Justiça Militar).

A força de trabalho do Judiciário conta, conforme os dados do Justiça em Números 2023[3], com 435.583 pessoas: 18.117 magistrados (4,2%), 272.060 servidores (62,5%), 73.254 terceirizados (16,8%), 53.358 estagiários (12,2%) e 18.794 conciliadores, juízes leigos e voluntários (4,31%), além dos servidores atuantes nos cartórios e serventias extrajudiciais.

Há cerca de um ano assumi o cargo de Corregedor Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por indicação de meus pares do Superior Tribunal de Justiça – STJ, após aprovação pelo Senado da República.

2 Os artigos 7º e 8º do Regimento Interno do CNJ também versam sobre o tema.

3 Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf, p. 71.

O desafio da Corregedoria é aprimorar a gestão e contribuir com políticas públicas para tornar o Judiciário mais eficiente, com inovação e modernização, mediante o uso de tecnologias e a adoção de novas práticas.

2. ATUAÇÃO DURANTE O PROCESSO ELEITORAL (2022)

Como se sabe, o período eleitoral de 2022 foi marcado por grande polarização. O mundo interconectado e o crescente uso das redes sociais, somando-se ao cenário de notória escalada da intolerância ideológica e de atos com motivação político-partidária, impuseram à Corregedoria Nacional e aos Corregedores de todo o Brasil atuação firme para a preservação da independência e imparcialidade dos juízes, cabendo a estes, no âmbito público ou privado, postura compatível com os deveres inerentes ao cargo.

Nesse contexto, como forma de garantir a lisura e a segurança das eleições, foi editado o **Provimento n. 135, de 2.9.2022**[4], com a instauração de reclamações disciplinares para prevenir e coibir condutas que pudessem prejudicar o processo eleitoral.

Passadas as eleições, a Corregedoria Nacional foi convocada a acompanhar, em verdadeira "união de forças", as audiências de custódia e a centralizar as informações sobre as prisões em flagrante de pessoas por envolvimento em atos de vandalismo praticados na Esplanada dos Ministérios no dia 8 de janeiro.

O mutirão de audiências de custódia foi realizado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1 e pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT, sendo ouvidas todas as 1.397 pessoas detidas. Garantiu-se a análise da situação de cada uma delas, acompanhada de advogado ou defensor público e membro do Ministério Público.

3. ATIVIDADE DISCIPLINAR E RETORNO AO TRABALHO PRESENCIAL

A fiscalização, exercida por meio da atividade disciplinar, também com as inspeções e correições, continua sendo a face mais conhecida da Corregedoria.

Desde setembro de 2022, a Corregedoria Nacional recebeu 11.892 processos, o que corresponde a uma média de 850 processos por mês e a 90,22% do total de 13.181 processos ingressados no CNJ no mesmo período.

Em relação a esses 11.892 processos, 5.252 referiam-se a questões unicamente disciplinares (2.168 manejados diretamente na Corregedoria Nacional e 3.084 decorrentes de processos julgados pelas Corregedorias locais e informados ao CNJ via Resolução n. 135, de 13.7.2011[5]), 4.145 processos tratavam de representações por excesso de prazo e 2.495 processos cuidavam de outros temas, tais como questões institucionais, registro de imóveis, tabelionatos, dentre outros.

A estatística revela o número de 12.210 decisões monocráticas e 2.465 despachos proferidos, além de 224 votos como Relator, tendo sido baixados 11.577 processos.

Nesse mesmo interregno, foram abertos, por indicação da Corregedoria Nacional, 50 processos administrativos disciplinares em face de magistrados, com o afastamento cautelar das funções em 22 feitos.

Houve ainda instauração, de ofício, de 76 reclamações disciplinares, além da abertura de 31 procedimentos disciplinares em virtude de postagens em redes sociais de magistrados, com a determinação de bloqueio das referidas redes em 12 casos.

Na área disciplinar, procurou-se fortalecer a atuação das Corregedorias locais, ampliando-se as delegações para análise das denúncias envolvendo magistrados de primeiro grau, reservando-se

4 Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4716.

5 Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/95.

à Corregedoria Nacional a atuação nos procedimentos disciplinares relativos a desembargadores ou que tivessem impacto nacional, com repercussão para toda a magistratura.

Por outro lado, o Plenário do CNJ estabeleceu critérios para o retorno ao trabalho presencial[6], atribuindo à Corregedoria Nacional a criação de grupo de trabalho sobre o tema (**Portaria n. 103, de 16.12.2022**[7]).

Foi criado Painel de Acompanhamento ao Retorno do Trabalho Presencial, disponível na página da Corregedoria no sítio do CNJ, no qual se constata que 97,30% dos magistrados retornaram a essa modalidade.

4. INSPEÇÕES E CORREIÇÕES

O serviço da Justiça é obra inconclusa, e a Corregedoria Nacional, por meio da assessoria de inspeção e correição, tem por objetivo identificar e disseminar práticas que tragam eficiência aos juízos e serviços administrativos e cartorários que lhes são afetos.

De 31.8.2022 até a presente data, foram realizadas 26 ações em unidades judiciárias: 17 inspeções em Tribunais de Justiça, 9 correições em unidades jurisdicionais de primeiro e segundo graus e 2 correições em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF.

Ainda estão previstas mais 10 inspeções em Tribunais de Justiça, 2 delas ainda em 2023 e as demais a serem realizadas no primeiro semestre de 2024.

Inovou-se nas práticas realizadas até então, pois em cada inspeção ocorrem visitas institucionais do Corregedor Nacional aos chefes dos Poderes Executivo e Legislativo locais, com o objetivo de encontrar soluções para as demandas mais prementes do Judiciário.

Em relação às inspeções, levou-se em consideração a atuação representada pela Justiça estadual, com aproximadamente 73% do total de processos ingressados no Poder Judiciário, para definir o universo a ser inspecionado.

As inspeções na Justiça Federal e na Justiça do Trabalho continuaram a ser realizadas pelas respectivas Corregedorias, em virtude dos Termos de Cooperação n. 1/2020[8] e 2/2018[9], bem como dos respectivos relatórios, submetidos ao Plenário do CNJ.

Com o intuito de otimizar os recursos disponíveis, a Corregedoria Nacional implementou modificações na padronização dos trabalhos de inspeções e correições. Houve aprimoramento da coleta de dados, que passou a contar com auxílio do setor de segurança institucional do STJ; melhoria da gestão administrativa, por meio da formação de cadastro de disponibilidade composto por magistrados e servidores com reconhecida expertise na execução dos trabalhos de inspeção; aperfeiçoamento da elaboração do relatório final, a fim de se obter, de modo mais próximo da realidade, a identificação de deficiências e boas práticas.

O **Provimento n. 156, de 4.11.2023**[10], acabou de ser editado a fim de institucionalizar, dinamizar e registrar os trabalhos realizados nessa área. Trata-se de manual de orientações para inspeções e correições, que servirá de referencial ao sistematizar os diversos procedimentos em cada uma das fases que compõem a ação de inspeção.

---

6 PCA n. 0002260-11.2022.2.00.0000.

7 Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4872.

8 Disponível em: https://www.tst.jus.br/documents/24638414/24671613/08-+TERMO+DE+COOPERA%C3%87%C3%83O+CNJ+N%C2%BA+001.2020.pdf/aa314dc8-b5fc-4d54-07eb-de15705d7d45?t=1588284676039.

9 Disponível em: https://www.tst.jus.br/documents/24638414/24671613/07+-+TERMO+DE+COOPERA%C3%87%C3%83O+CNJ+n%C2%BA+002.2018.pdf/9a5250e7-4956-f54e-1e54-b9f95783f729.

10 Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos?tipoAto%5b%5d=20&numero=&ano=&argumento=&origem=8&situacao=.

5. CONSOLIDAÇÃO NORMATIVA DA CORREGEDORIA NACIONAL

Teve início a consolidação normativa da Corregedoria Nacional, para aglutinar, em um único texto, diversas normas dispersas em atos expedidos desde o ano de 2010. O objetivo é organizar e simplificar as normas, de modo a evitar amontoado de regramentos, muitos já vencidos.

O **Provimento n. 149, de 30.8.2023**[11], instituiu o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial.

Em seguida, já em consulta pública, haverá consolidação dos normativos em relação às atividades administrativas e judiciais.

6. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O JUDICIÁRIO

A Corregedoria também participa da elaboração de políticas públicas a fim de tornar mais eficiente a resposta do Judiciário ao cidadão.

Do mesmo modo, vem sendo estimulado o desenvolvimento de programas de gestão administrativa nas Corregedorias de todo o país, com o estabelecimento de metas e a participação de todos na construção de estratégias.

6.1 Sistema Eletrônico dos Registros Públicos – Serp

A partir da edição da Lei n. 14.382, de 27.6.2022, que instituiu o Serp, criou-se um dos maiores desafios para a Corregedoria Nacional, que é o de implantar esse sistema e fazê-lo interoperável.

A proposta da lei é modernizar e simplificar os procedimentos relativos aos registros públicos de atos e negócios jurídicos, facilitando o acesso do usuário por meio de plataforma digital, com um Operador Nacional, nos termos estabelecidos pela Corregedoria Nacional.

Exsurge a necessidade de automação e modernização dos cartórios extrajudiciais, que hoje somam 13 mil unidades.

O papel de regulamentar e fiscalizar esse setor é da Corregedoria Nacional, em parceria com as Corregedorias locais.

6.2 Proteção de dados nos cartórios

A Corregedoria Nacional havia publicado o **Provimento n. 134, de 24.8.2022**[12], para discutir e acompanhar as medidas necessárias a fim de garantir a conformidade dos serviços notariais e de registro com a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD.

Em continuidade aos trabalhos, foi implementada a Comissão de Proteção de Dados – CPD/CN/CNJ, de caráter consultivo, responsável por propor, independentemente de provocação, diretrizes com critérios sobre a aplicação, interpretação e adequação das serventias à LGPD. Já foram realizadas nove sessões e aprovados três enunciados.

6.3 Programa nacional "Registre-se" e Registro de Natimorto

Outra ação de política pública implementada pela Corregedoria vai ao encontro de um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas – ONU, atinente à "Paz, justiça e instituições eficazes".

Com esse propósito, foi editado o Provimento n. 140, de 22.2.2023[13], que instituiu o "Programa de Enfrentamento ao Sub-registro Civil e de Ampliação ao Acesso à Documentação Básica por

11 Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243.

12 Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4707.

13 Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4955.

Pessoas Vulneráveis e a Semana Nacional do Registro Civil", ambas permanentes e de execução contínua, assim como a Semana Nacional do Registro Civil – Registre-se! com previsão de ocorrer, no mínimo, uma vez por ano.

O objetivo do Provimento foi conjugar esforços da Corregedoria Nacional e das Corregedorias-gerais dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais com a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, demais entidades públicas, entidades representativas dos oficiais de registro civil das pessoas naturais, organizações da sociedade civil, iniciativa privada e comunidade, visando erradicar o sub-registro civil de nascimento e ampliar o acesso à documentação civil básica a todos os brasileiros, especialmente à população socialmente vulnerável.

Durante a Semana Nacional "Registre-se!" do Poder Judiciário, que teve a primeira edição entre os dias 8 e 12.5.2023 em todo o país, houve esforço concentrado para atender pessoas em situação de vulnerabilidade. Na ocasião, 14.104 brasileiros obtiveram a segunda via da certidão de nascimento ou casamento. Por sua vez, os cartórios de registro civil de pessoas naturais receberam 19.389 solicitações de certidão e foram realizados cerca de 100 mil atendimentos para a solução das mais variadas pendências, tais como CPF, cadastro único, título de eleitor e certificado de reservista.

Por sua vez, o **Provimento n. 151, de 26.9.2023**[14], dispôs sobre o registro de natimorto e estabeleceu o procedimento de promoção do registro de nascimento de criança ou adolescente no caso de omissão.

6.4 Alteração extrajudicial do nome

Dois atos foram editados relacionados à mudança extrajudicial do nome, os **Provimentos n. 152**[15] **e 153**[16], **de 26.09.23**, considerando a nova redação dada aos arts. 55 a 57 da Lei de Registros Públicos pela Lei n. 14.382, de 27.06.2022.

Houve aprimoramento e facilitação das regras para averbação de alteração de nome, de gênero ou de ambos de pessoas transgêneros.

6.5 União estável e regime de bens

O **Provimento n. 141, de 16.3.2023**[17], trata do termo declaratório de reconhecimento e dissolução de união estável perante o registro civil de pessoas naturais, além de dispor sobre a modificação de regime de bens na união estável e respectiva conversão extrajudicial em casamento.

6.6 Desjudicialização (demandas previdenciárias e adjudicação compulsória)

O desenvolvimento de cooperação técnico-científica foi objeto do **Termo de Cooperação Técnica n. 4, de 25.4.2023**[18], firmado entre o CNJ, a Corregedoria Nacional de Justiça, a Advocacia-Geral da União – AGU, o Ministério da Previdência Social e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

O acordo visa à realização de diagnósticos e propostas destinadas ao tratamento de conflitos previdenciários, que possuem taxa de congestionamento de 63% nas Varas com competência exclusiva e representam movimento considerável na Justiça Federal. Busca-se a implementação de medidas para prevenir e reduzir litigiosidade repetitiva, promover desjudicialização e conferir maior efetividade à aplicação de precedentes qualificados.

---

14 Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5282.

15 Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5283.

16 Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5284.

17 Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4996.

18 Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/04/sei-1535956-termo-de-cooperacao-tecnica-n-004-2023.pdf.

Também merece destaque o **Provimento n. 150, de 11.9.2023**[19], que estabelece regras para o processo de adjudicação compulsória pela via extrajudicial.

6.7 Combate à litigância predatória

Estão sendo realizadas constantes reuniões com os Tribunais para estabelecer critérios de identificação, regulamentação e promoção de práticas e protocolos no combate à litigância predatória, preferencialmente com a criação de meios eletrônicos para o monitoramento de processos, bem como transmissão das respectivas informações à Corregedoria Nacional, com vistas à alimentação de painel único, já criado com essa finalidade.

De outra parte, o CNJ decidiu criar grupo de trabalho a fim de examinar situações de exigências, sem respaldo legal, para o levantamento de valores a advogados e advogadas.

6.8 Programa nacional para eficiência da execução fiscal

De acordo com o Relatório Justiça em Números 2023, historicamente as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário. Além disso, o ano de 2022 foi encerrado com 27,3 milhões de execuções fiscais em tramitação, representando 33,5% do total, com a maior taxa de congestionamento (88,4%)[20].

Para fazer frente a esse desafio, em conjunto com a Presidência, examina-se normativo no sentido de criar o "Programa Nacional para o Aumento da Eficiência da Execução Fiscal", com o objetivo de incentivar o relacionamento cooperativo entre instituições judiciárias, administrações fazendárias, procuradorias e contribuintes.

6. 9 Regularização fundiária (Amazônia Legal e favelas/assentamentos irregulares)

O **Provimento n. 144, de 25.4.2023**[21], instituiu o "Programa Permanente de Regularização Fundiária na Amazônia Legal e a Semana Nacional de Regularização Fundiária", com vigência e eficácia sobre a área territorial da Amazônia Legal, onde a regularização fundiária é desafio ainda maior.

Tal programa foi criado com a finalidade de definir, coordenar e dar celeridade às medidas relativas à Regularização Fundiária Urbana – Reurb e rural, bem como à identificação de áreas públicas e daquelas destinadas à proteção ambiental, na forma prevista na legislação pertinente. Revela-se importante o estabelecimento e a manutenção de diálogo permanente entre a Administração Pública e a sociedade para o enfrentamento da grilagem de terras, o fortalecimento da governança fundiária, a promoção da Justiça e o acesso regular à terra, a segurança jurídica e a proteção ambiental.

A regularização permitirá que as pessoas possam investir e produzir em suas terras, gerando emprego e renda para a região.

Na sequência, o **Provimento n. 145, de 23.6.2023**[22], instituiu o "Prêmio Solo Seguro", para valorizar e disseminar ações, projetos ou programas inovadores e práticas de sucesso que visem ao aperfeiçoamento da Reurb e rural.

Como parte do Programa, está prevista a realização da Semana Nacional de Regularização Fundiária anual, sempre na última semana do mês de agosto. A primeira ocorreu no período de 28.08 a 1º.09.2023.

---

19 Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5258.

20 Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf, p.303.

21 Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5058.

22 Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5180.

Está em andamento o Programa Permanente de Regularização Fundiária Plena de Favelas e Assentamentos Irregulares – "Solo Seguro".

6.10 Enfrentamento da violência contra a mulher

Com a edição do **Provimento n. 147, de 4.7.2023**[23], estabeleceu-se política permanente de enfrentamento a todas as formas de violência contra a mulher no âmbito das atribuições da Corregedoria Nacional de Justiça. Foi adotado protocolo específico para o atendimento a vítimas e recebimento de denúncias de violência contra a mulher envolvendo magistrados, servidores do Poder Judiciário, notários e registradores.

Nesse passo, foi desenvolvido canal específico, sigiloso e simplificado para o recebimento das denúncias, voltado também às situações em que a vítima se encontra desassistida de advogado.

É facultado à vítima, se assim desejar, ser ouvida de forma reservada, presencialmente ou por vídeo, por uma juíza da Corregedoria Nacional capacitada em atender mulheres em situação de violência[24].

6.11 Programa "Novos Caminhos" (inserção de adolescentes no mercado de trabalho)

Mais uma ação adotada com o foco na promoção da dignidade da pessoa humana é a nacionalização, para outros Tribunais do país, do "Programa Novos Caminhos", em vigor desde 2013 no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – TJSC.

A finalidade é desenvolver as potencialidades e contribuir para a construção da autonomia dos adolescentes que se encontram ou passaram por medida protetiva de acolhimento, a fim de proporcionar-lhes a perspectiva de uma vida adulta com qualidade e dignidade.

O programa conta com a parceria entre o Poder Judiciário, a Federação das Indústrias do Estado e a Associação de Magistrados, para capacitar e inserir os adolescentes no mercado de trabalho quando estes saírem das casas de acolhimento.

7. METAS E DIRETRIZES DA CORREGEDORIA NACIONAL

A Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 é baseada em desafios estabelecidos pela **Resolução CNJ n. 325, de 29.06.2020**[25], classificados nas seguintes perspectivas: Sociedade, Processos internos, Aprendizado/crescimento.

No âmbito das Corregedorias, as metas e diretrizes podem ser acessadas no sítio do CNJ[26]. As metas para 2024 serão publicadas após aprovação pelo 8º Fórum Nacional das Corregedorias – Fonacor, a realizar-se em Brasília em 14.12.2023.

8. PRÊMIO CORREGEDORIA ÉTICA

De modo a estimular o engajamento das Corregedorias para a consecução dos objetivos comuns e cumprimento das metas e diretrizes, foi criado o Prêmio Corregedoria Ética, baseado nos valores Efetividade, Transparência, Inovação, Celeridade e Aprimoramento, nos termos do **Provimento n. 154**[27] **e da Portaria n. 50**[28], **ambos de 2.10.2023**.

---

23 Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5198.

24 O canal poderá ser acessado por meio do seguinte link: https://formularios-corregedoria.cnj.jus.br/representacao--administrativa-por-violencia-contra-a-mulher/.

25 Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3365

26 Disponível em: https://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/metas-e-diretrizes-estrategicas/.

27 Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5287.

28 Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5288.

9. PAINÉIS DE ACOMPANHAMENTO DISCIPLINAR

Houve avanço no projeto de criar painéis para acompanhar os processos administrativos disciplinares, em todas as Corregedorias, com intuito de apoiar, auxiliar e trabalhar em conjunto. Tais painéis permitem a visualização e o acesso a informações de forma rápida e eficiente.

Outrossim, buscaram-se informações em 93 tribunais sobre a existência de inquérito policial ou ação penal envolvendo magistrados, para subsidiar ações da Corregedoria Nacional quanto ao acompanhamento desses feitos e da interoperabilidade dos dados entre as esferas criminal e administrativa.

Além disso, houve treinamento para utilização do PJCor. A capacitação ofertou 300 vagas, com carga horária de 40 horas-aula.

10. CONCLUSÃO

Diversos esforços têm sido envidados pela Corregedoria Nacional de Justiça para melhorar a eficiência e a uniformidade dos atos do Poder Judiciário, com o intuito de garantir prestação jurisdicional mais justa, célere e acessível a todos os cidadãos brasileiros.

A Corregedoria Nacional, dando continuidade aos programas em andamento e prosseguindo nas medidas tomadas com o objetivo de solucionar os problemas encontrados, entrou no segundo ano de ações com confiança e motivação para cumprir rigorosamente a sua missão definida pela Constituição Federal, legislação de regência e Regimento Interno do CNJ, no sentido de promover maior efetividade da prestação jurisdicional.

Revisão crítica sobre os pressupostos da fraude à execução na legislação brasileira

MARCO AURÉLIO BELLIZZE OLIVEIRA[1]

As duas virtudes cardinais da guerra: a força e a fraude.
Thomas Hobbes

Sumário: Introdução. 1. O enfrentamento à fraude no Direito brasileiro. 1.1. Panorama geral. 1.2. Fraude contra credores e fraude à execução: distinções, semelhanças e a confusão de requisitos. 2. A formação e a aplicação da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça. 3. Pressupostos da fraude à execução no CPC/2015.

INTRODUÇÃO

Difícil conceber uma relação, jurídica ou não, que perdure sobre o engodo, o ardil, a enganação. Não pode haver segurança nem estabilidade onde impera a defraudação.

Em seu papel de pacificar e estabilizar as relações sociais[2], o Direito desenvolveu muitos métodos de combate à fraude, a fim de favorecer não só as relações comerciais, mas também familiares, trabalhistas e, até mesmo, a relação entre as instituições e a sociedade civil[3]. A verdade e a transparência são valores protegidos juridicamente, porque um patamar mínimo de confiança é essencial para o convívio humano.

---

1 Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. gab.bellizze@stj.jus.br.

2 A propósito: "O direito como um todo não existe senão como meio de assegurar a coexistência pacífica entre os membros da comunidade politicamente organizada. Os litígios abalam essa ordem jurídica e comprometem a paz social para cuja preservação foram concebidos. Há, portanto, um imperativo de que a ordem jurídica não apenas defina as regras de fundo da aludida convivência, mas que também se una de instrumentos e formas para superar os conflitos e fazer com que, coativamente, se dê a observância em conceito dos seus comandos normativos genéricos. Daí o seccionamento do ordenamento jurídico entre regras de direito material ou de fundo e de direito formal ou processual. Não se trata, porém, de duas espécies de direito completamente diferentes e separados em compartimentos estanques e incomunicáveis. Ao contrário: A necessidade que tem o direito material de se valer do processo para alcançar efetividade quando se estabelece o conflito de interesses, bem como a obrigatoriedade para o processo de encontrar para a lide uma justa composição, segundo os padrões do direito positivo, fazem com que não se possa pensar juridicamente o direito processual como uma realidade técnica completamente isolada ou autônoma frente ao direito positivo material. E certo que, para fins práticos e pedagógicos, se deve proceder a regulamentação e estudo do Direito Processual fora dos quadros do direito material, mas sem jamais perder a noção de que a existência do direito formal não se justificará, em hipótese alguma, a não ser como instituto prático ligado à necessidade de operar concretamente o direito material nas situações conflituosas". THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela jurisdicional dos direitos em matéria de responsabilidade civil: execução, penhora e questões polêmicas. In: *Revista de Processo*, n. 101, ano 26, jan.-mar. 2001, p. 29-30.

3 Sobre a fraude à execução civil, trabalhista e tributária cf. BRITO, Cristiano Gomes de. Novas perspectivas da fraude à execução nos processos civil, trabalhista e tributário. In: *Revista de Processo*, v. 277, ano 43, mar. 2018.

Porém, "quanto mais se civiliza o homem, mais requintados são os expedientes fraudulentos"[4]. A substituição da garantia pessoal pela garantia patrimonial, com a *Lex Poetelia Papiria* em 326 a.C., extinguiu as penas corporais contra o devedor[5], mas favoreceu o surgimento de estratégias voltadas para prejudicar credores[6] por meio de um fictício esvaziamento de seu patrimônio[7].

Em se tratando de fraude à execução, instituto exclusivo do Direito brasileiro[8], não é apenas a segurança do crédito que está em voga, mas a respeitabilidade do Poder Judiciário e a efetividade de suas decisões[9]. As execuções são o principal gargalo da crise de demandas enfrentada por juízes e tribunais[10], sendo necessário tamanho esforço do credor para receber o que lhe é de direito[11], que é comparável ao de generais e seus exércitos, em busca da vitória

---

4 THEODORO JUNIOR, Humberto. A fraude à execução e o regime de sua declaração em juízo. In: *Revista de Processo*, n. 102, ano 26, abr.-jun. 2001, p. 68. Em outra oportunidade, o mesmo autor observa que: "A experiência da vida nos ensina que a inteligência do homem, por mais civilizado que seja o meio em que se ache instalada a sociedade, não consegue eliminar a tentação da mentira e da astúcia. O homem realmente probo e de conduta irreprochável, em toda linha, não chega a ser, em número, o paradigma das grandes massas, ou, pelo menos, não consegue, só com seu exemplo, plasmar um ambiente do qual a conduta leal e sincera seja o único padrão observado. Estranhamente, é nas sociedades mais evoluídas que a fraude se revela com mais frequência e maior intensidade. Parece que o progresso da humanidade se faz, no campo da delinquência, por meio da substituição de hábitos violentos pelas praxes astuciosas". Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude contra credores e fraude à execução. In: *Revista dos Tribunais*, v. 89, n. 776, jun. 2000, p. 12.

5 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Fraude de execução. In: *Revista da AMAGIS*, v. 3, n. 8, 1985, p. 92.

6 Assim também no Direito brasileiro. Cf. SALAMACHA, José Eli. A fraude à execução no direito comparado. In: *Revista de Processo*, n. 131, ano 31, jan. 2006, p. 107.

7 SALAMACHA, José Eli. A fraude à execução no direito comparado. In: *Revista de Processo*, n. 131, ano 31, jan. 2006, p. 102-103.

8 SOUZA, Gelson Amaro de. Execução e fraude à execução no novo CPC/2015. In: CÂMARA, Helder Moroni; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; MAZZEI, Rodrigo (org.). *Aspectos polêmicos do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Almedina, 2018, v. 2, p. 19-20.

9 ASSIS, Araken de. Fraude à execução e legitimidade do terceiro hipotecante. In: *Revista Jurídica*, ano 39, n. 168, out. 1991, p. 8-9; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Fraude de execução. In: *Revista da AMAGIS*, v. 3, n. 8, 1985, p. 93. Assim também reconhecido pelo Ministro Athos Gusmão Carneiro no voto vencedor do Recurso Especial 327/SP, rel. Min. Bueno de Souza, rel. p/ acórdão Min. Athos Gusmão Carneiro, Quarta Turma, j. 29/08/1989, DJ 20/11/1989, p. 17.302. Trata-se do fundamento para afastar, na hipótese, a fraude à execução, pois a execução que ocasionou a insolvência do devedor era posterior à penhora do bem, muito embora este já estivesse penhorado em outras execuções. Essa posição foi reiterada em STJ, Recurso Especial 34387/SP, rel. Min. Nilson Naves, Terceira Turma, j. 11/10/1993, DJ 06/12/1993, p. 26664.

10 De acordo com os dados publicados no Relatório Justiça em Números, pelo Conselho Nacional de Justiça, os processos de execução representam a maior parte do acervo do Poder Judiciário. No relatório mais recente, referente ao ano de 2019, as execuções representavam cerca de 55,8% dos 77 milhões de processos pendentes de baixa. Processos dessa natureza apresentam uma taxa de congestionamento maior, pois mesmo que sejam ajuizados o dobro de processos de conhecimento, as execuções compõem mais de metade do acervo, sendo que 70% delas correspondem a execuções fiscais, as quais representam aproximadamente 39% do total de casos pendentes e um congestionamento de 87%. As conclusões do documento ressaltam que o tempo médio de duração das execuções fiscais é de 8 anos, ao passo que nas execuções de título judicial ou extrajudicial, de natureza não fiscal, esse tempo é de 3 anos e 3 meses. Cf. *Justiça em Números 2020*: ano-base 2019/ Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2020, p. 150-162 e 258.

11 Com este fundamento, foi considerada fraude à execução a alienação de todo o patrimônio que empresa estrangeira possuía no Brasil, cf. STJ, Recurso Especial 1063768/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 10/03/2009, DJe 04/08/2009. O devedor que, ciente da ação, evita ser citado, também não impede a fraude à execução, cf. STJ, Recurso Especial 799440/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. 15/12/2009, DJe 02/02/2010. A renúncia de herança pelo devedor, já citado, configura fraude à execução, cf.: STJ, Recurso Especial 1252353/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 21/05/2013, DJe 21/06/2013. A alienação de imóvel por sócio da pessoa jurídica antes do redirecionamento da execução em seu desfavor não configura fraude à execução, cf. STJ, Recurso Especial 1391830/

na guerra. Além de dispendiosa, trata-se de campanha arriscada e desgastante, na qual se enfrenta não só o adversário, mas também o tempo, a falta de recursos, e, não raro, vê-se vencido pelo cansaço. Outrossim, não é incomum que os efeitos das "batalhas judiciais", em busca do que é devido, ultrapassem a esfera jurídica de credor e devedor, resvalando em terceiros[12] e, consequentemente, suscitando discussões sobre a sua boa-fé[13].

Humberto Theodoro Júnior corrobora essa analogia ao lembrar que "o campo de repressão à fraude é, na realidade, o da batalha entre a verdade e a mentira, o bem e o mal, o justo e o injusto. É a vitória do bem, da verdade e do justo que nele se intenta alcançar"[14]. No caso da fraude à execução, estão também em xeque a credibilidade e o respeito ao Poder Judiciário e a efetividade da tutela jurídica que ele oferece. Se na guerra a força e a fraude são tão importantes, como sugere Thomas Hobbes, que se fortaleçam as decisões judiciais, com clareza na aplicação dos institutos e seus requisitos legais.

Com esse intuito, o presente artigo oferece uma revisão dos pressupostos da fraude à execução em perspectiva doutrinária e jurisprudencial, e discute a sua permanência na vigência do Código de Processo Civil de 2015.

1. O ENFRENTAMENTO À FRAUDE NO DIREITO BRASILEIRO

1.1. Panorama geral

A livre iniciativa, fundamento da República, e o direito fundamental de propriedade têm seu exercício diretamente relacionado a transações patrimoniais entre indivíduos que se alternam, em incontáveis relações jurídicas, nas posições de credor e devedor. Dispor de um bem é faculdade intrínseca ao direito de propriedade, consoante estampado no art. 1.228 do Código Civil de 2002[15]. Todavia, convém reconhecer que o exercício e gozo de tantos outros direitos fundamentais, tais como o de livre associação, de manifestação de pensamento, de locomoção, os direitos autorais e assim como muitos dos direitos sociais, se realizam, na maioria das vezes, por meio de transações patrimoniais, mais ou menos onerosas.

O acesso à moradia, aos meios de transporte, a constituição e organização de associações, a divulgação de ideias em meios de comunicação de grande alcance, inclusive na rede mundial de computadores, a aquisição de alimentos, remédios, livros, estão condicionados à contratação de serviços e/ou bens que, inevitavelmente, implicam a circulação de riquezas entre o patrimônio de pessoas jurídicas e naturais. A circulação de riqueza é, de fato, tão intensa desde meados do século passado, que se tornou uma fonte geradora de novas riquezas, conforme constatado por

SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 22/11/2016, DJe 01/12/2016. É possível o pronunciamento de fraude à execução até mesmo de ofício pelo juiz, cf. STJ, Recurso Especial 1698102/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 12/06/2018, DJe 23/08/2018; Alienação de imóvel e quotas sociais após citação configura fraude à execução, cf. STJ, Recurso Especial 1727976/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 19/03/2019, DJe 22/03/2019. A declaração de ineficácia em relação ao credor decorrente da fraude à execução engendrada por acordo homologado judicialmente não exige o ajuizamento de ação anulatória, podendo ser reconhecida em decisão interlocutória nos autos do cumprimento de sentença, cf. STJ, Recurso Especial 1845558/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 01/06/2021, DJe 10/06/2021.

12 CAIS, Frederico Fontoura da Silva. Embargos de terceiro e fraude à execução. In: *Revista de Processo*, v. 29, n. 118, nov.-dez. 2004, p.112.

13 THEODORO JUNIOR, Humberto. A execução forçada e a responsabilidade patrimonial. In: DINIZ, Maria Helena (coord.). *Atualidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 3, p. 222.

14 THEODORO JUNIOR, Humberto. A fraude à execução e o regime de sua declaração em juízo. In: *Revista de Processo*, n. 102, ano 26, abr.-jun. 2001, p. 68.

15 Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

juristas, como Enzo Roppo[16], e discutido por economistas, como Thomas Piketty[17]. A presença e a pujança dos balcões de negócios ao redor do mundo, as bolsas de valores, confirma essa realidade.

Nessa teia de relações jurídico-comerciais, o mesmo indivíduo é, simultaneamente, credor de algumas obrigações e devedor de tantas outras. Com efeito, a condição de devedor não é suficiente para obstar que novas transações sejam realizadas[18], ela não impede que o proprietário exerça uma das principais faculdades que lhe confere o direito: o poder de dispor livremente de seus bens, sob pena de comprometer a própria circulação de riqueza antes mencionada[19]. Ela, porém, pode ser igualmente prejudicada pela falta da adequada segurança às transações patrimoniais, especialmente se ameaçado o cumprimento das obrigações e a garantia dos credores, sobre a qual repousa o principal elemento do trânsito de riquezas: o crédito[20].

Tão crucial quanto a liberdade para adquirir e alienar bens e direitos que compõem um patrimônio, é a segurança de que essas transações serão cumpridas. Ela é proveniente da estrutura jurídica obrigacional, que tutela o crédito, conferindo ao Estado os meios para proteger o direito de o credor receber o que foi estabelecido, ou o seu equivalente em termos pecuniários, inclusive retirando do patrimônio do devedor o necessário para que seja satisfeita a obrigação[21]. É por confiar nessa estrutura, respaldada no poder estatal e no patrimônio do devedor, que indivíduos aceitam assumir a posição de credores, postergando o recebimento da prestação que lhes interessa.

Tão prejudicial quanto à inabilidade do devedor em gerir seus negócios, a dilapidação patrimonial fraudulenta desfavorece o ambiente de trocas e embaraça o trâmite processual, uma vez que dificulta a localização de bens aptos à satisfação de obrigações descumpridas, além de ampliar a discussão, atraindo para a lide terceiros adquirentes. Os impactos são per-

---

16 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 63-70.

17 O economista faz uma análise da distribuição de renda nos países desenvolvidos desde o século XVIII e, em conclusão, defende que a taxa de rendimento do capital privado tende a ser forte e continuamente maior do que a taxa de crescimento da renda e da produção. Isso faz com que a riqueza patrimonial herdada aumente mais rapidamente do que a produção ou os salários. Nas palavras do autor: "Uma vez constituído, o capital se reproduz sozinho, mais rápido do que cresce a produção. O passado devora o futuro". Cf. PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

18 BRITO, Cristiano Gomes de. Novas perspectivas da fraude à execução nos processos civil, trabalhista e tributário. In: *Revista de Processo*, v. 277, ano 43, mar. 2018, p. 258; ASSIS, Araken de. Fraude à execução e legitimidade do terceiro hipotecante. In: *Revista Jurídica*, ano 39, n. 168, out. 1991, p. 6.

19 ALVIM, Arruda. O terceiro adquirente de bem imóvel do réu, pendente ação reivindicatória não inscrita no registro de imóveis, e a eficácia da sentença em relação a esse terceiro, no direito brasileiro. In: *Revista de Processo*, v. 8, n. 31, jul.-set. 1983, p. 190-191; CASTRO NEVES, José Roberto de. As garantias do cumprimento da obrigação. In: *Revista da EMERJ*, v. 11, n. 44, 2008, p. 185.

20 SALAMACHA, José Eli. A fraude à execução no direito comparado. In: *Revista de Processo*, n. 131, ano 31, jan. 2006, p. 98; SÁ, Renato Montans de. A responsabilidade patrimonial do executado e os atos atentatórios à dignidade da execução; ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de execução e cumprimento de sentença*: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 533; SOUZA, Gelson Amaro de. Fraude à execução e a natureza do direito protegido. In: *Revista Juris Plenum*, v. 2, n. 8, mar. 2006, p. 42-44.

21 THEODORO JUNIOR, Humberto. A execução forçada e a responsabilidade patrimonial. In: DINIZ, Maria Helena (coord.). *Atualidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 3, p. 207-208; SÁ, Renato Montans de. A responsabilidade patrimonial do executado e os atos atentatórios à dignidade da execução. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de execução e cumprimento de sentença*: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 526-527; CASTRO NEVES, José Roberto de. As garantias do cumprimento da obrigação. In: *Revista da EMERJ*, v. 11, n. 44, 2008, p. 178-179; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Fraude de execução. In: *Revista da AMAGIS*, v. 3, n. 8, 1985, p. 91.

cebidos no aumento do custo do crédito, na maior dificuldade de acesso a ele[22], bem como no atraso e redução da efetividade das medidas judiciais cabíveis, contribuindo com a crise de demandas que enfrenta o Poder Judiciário.

O desafio que se coloca ao legislador e aos agentes jurídicos é desenvolver e aplicar instrumentos que assegurem as garantias creditícias, com rapidez e efetividade, sem comprometer o fluxo processual, o direito de terceiros e a livre circulação de bens, serviços e capitais. Alguns dos procedimentos para obstar a dissipação pérfida das garantias dos credores são tão antigos quanto a própria fraude, como a ação revocatória ou pauliana. Todavia, a sofisticação da forma de realização das transações patrimoniais, bem como dos modos de fraudá-las, impõe que os meios de combate e prevenção jurídica dessa prática sejam aprimorados[23].

O ordenamento brasileiro conta com dispositivos que amparam diversos institutos para combater a fraude do devedor em prejuízo de seus credores[24], nos ramos públicos e privados do direito[25]. Menciona-se, a título exemplificativo, os arts. 171 a 179 do Código Penal, 185 e 185-A do Código Tributário Nacional, os parágrafos únicos dos arts. 10-A e 448-A da Consolidação das Leis do Trabalho, arts. 158 e 159 do Código Civil, 64, III, 99, 103, 130 e 168 da Lei 11.101/2005[26], e 137, 792, 828, § 4º e 856, § 4º, do Código de Processo Civil.

No espectro do Direito Privado, essa prática é genericamente designada pela doutrina como "fraude do devedor", e envolve: *(i)* fraude contra credores; *(ii)* fraude à execução; *(iii)* alienação de bens constritos[27] e (*iv*) a revogação dos atos do devedor anteriores à decretação da quebra[28].

---

22 PINHEIRO, Armando Castelar. A justiça e o custo Brasil. In: *Revista USP*, n. 101, 2014, p. 141-158; YEUNG, Luciana Luk-Tai; SILVA, Ana Lúcia Pinto da; CARVALHO, Carlos Eduardo. Insegurança jurídica do devedor: pela ampliação do debate sobre seleção adversa e custo do crédito no Brasil. In: *Revista Análise Econômica*, v. 32, n. 61, mar. 2014, p. 63-80.

23 THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude na execução singular e na execução concursal. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 949; THEODORO JUNIOR, Humberto. A fraude à execução e o regime de sua declaração em juízo. In: *Revista de Processo*, n. 102, ano 26, abr.-jun. 2001, p. 76.

24 Registra-se que, embora a fraude à execução seja um instituto típico do Direito brasileiro, outros países não são indiferentes no combate à dilapidação maliciosa do patrimônio do devedor, tratando o assunto em sede de direito material, como demostra José Eli Salamacha em estudo envolvendo o Direito italiano, português, alemão, francês, inglês e espanhol. Cf. SALAMACHA, José Eli. A fraude à execução no direito comparado. In: *Revista de Processo*, n. 131, ano 31, jan. 2006.

25 ALVIM, Eduardo Arruda; GRUBER, Rafael Ricardo. Segurança jurídica dos negócios imobiliários *versus* fraude à execução: ônus dos credores e ônus dos adquirentes de bens no direito civil e tributário brasileiro. In: *Revista de Processo*, v. 291, ano 44, maio 2019, p. 112.

26 Humberto Theodoro Junior observou, em mais de uma oportunidade, que a revocatória falimentar é uma espécie de ação pauliana adaptada às peculiaridades do juízo universal da quebra. Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude na execução singular e na execução concursal. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 936; THEODORO JUNIOR, Humberto. A fraude à execução e o regime de sua declaração em juízo. In: *Revista de Processo*, n. 102, ano 26, abr.-jun. 2001, p. 74.

27 VICELLI, Gustavo de Melo; FÜRST, Henderson. Fraude à execução e a imprecisão normativa do Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, v. 303, ano 45, p. 157-180, maio 2020, p. 159-160; SÁ, Renato Montans de. A responsabilidade patrimonial do executado e os atos atentatórios à dignidade da execução. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de execução e cumprimento de sentença*: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 533.

28 THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude na execução singular e na execução concursal. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 936-937.

Não é raro encontrar doutrina que rejeite as distinções entre essas figuras jurídicas, e mesmo entre aqueles que as reconhecem, quem minimize sua importância[29], relegando-as ao plano procedimental[30], tendo uma por especialização da outra[31]. Embora componham uma estrutura gradativa de proteção ao credor[32], uma vez que todos esses instrumentos estão amparados no mesmo fato fundamental[33]: "o desfalque indevido dos bens que deveriam assegurar a satisfação do direito dos credores"[34], é importante compreendê-los em sua singularidade, destrinchando seus pressupostos, meios de arguição e consequências jurídicas peculiares[35]. Não para sobrevalorizar filigranas jurídicas, mas efetivamente promover o equilíbrio entre a segurança e a liberdade na disposição patrimonial[36], bem como para tornar mais ágil e efetiva a tutela jurídica destes pilares do tráfico comercial, que, por sua vez, favorecem o acesso dos indivíduos a bens e riquezas, e o desenvolvimento das nações[37].

---

29 BAYEUX FILHO, José Luiz. Fraude contra credores e fraude à execução. In: *Revista de Processo*, n. 61, ano 16, jan.-mar. 1991, p. 251-252.

30 THEODORO JUNIOR, Humberto. A fraude à execução e o regime de sua declaração em juízo. *Revista de Processo*, n. 102, ano 26, abr.-jun. 2001, p. 69; THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude na execução singular e na execução concursal. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 960; THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude contra credores e fraude à execução. In: *Revista dos Tribunais*, v. 89, n. 776, jun. 2000, p. 19.

31 THEODORO JUNIOR, Humberto. A fraude à execução e o regime de sua declaração em juízo. In: *Revista de Processo*, n. 102, ano 26, abr.-jun. 2001, p. 75; THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude na execução singular e na execução concursal. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 950; THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude contra credores e fraude à execução. *Revista dos Tribunais*, v. 89, n. 776, jun. 2000, p. 24.

32 ASSIS, Carlos Augusto de. Fraude à execução e boa-fé do adquirente. In: *Revista de Processo*, v. 27, v.105, jan.-mar. 2002, p. 226-227; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fraude de execução, responsabilidade processual civil e registro de penhora. In: *Revista de Processo*, v. 25, n. 98, abr.-jun. 2000, p. 161.

33 THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude na execução singular e na execução concursal. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 955.

34 THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude na execução singular e na execução concursal. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 949.

35 SÁ, Renato Montans de. A responsabilidade patrimonial do executado e os atos atentatórios à dignidade da execução. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de execução e cumprimento de sentença*: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 536.

36 Oportuna a lição de Arlete Inês Aurelli sobre o tema: "Veja-se que a existência de dívidas não inibe a prática de ato de disposição do patrimônio pelo devedor. A fraude, seja contra credores ou contra a execução, somente se caracteriza, se, ao tempo da alienação, os bens presentes no patrimônio do devedor não sejam suficientes para a garantia do pagamento da dívida. Por isso é que o instituto da fraude está intimamente relacionado com a responsabilidade patrimonial. É que, ainda que os bens não mais pertençam ao patrimônio do devedor, respondem pela dívida uma vez que a alienação é ineficaz perante o credor prejudicado. É evidente que a intenção do legislador não seria a de que os bens constantes do patrimônio do devedor ao tempo em que a obrigação tenha sido contraída ficariam imobilizados, sem que o devedor tivesse o direito de aliená-los livremente. A alienação de bens, pelo devedor, é permitida, desde que, se torne, ele, insolvente ao se desfazer de seu patrimônio. Assim, não sendo caso de insolvência, pode o devedor dispor livremente de seu patrimônio. Ora, impera, antes de mais nada a garantia do direito de propriedade, prevista no art. 1.228 do CC". Cf. AURELLI, Arlete Inês. A evolução da fraude à execução na jurisprudência do STJ. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 874; ALVIM, Eduardo Arruda; GRUBER, Rafael Ricardo. Segurança jurídica dos negócios imobiliários *versus* fraude à execução: ônus dos credores e ônus dos adquirentes de bens no direito civil e tributário brasileiro. In: *Revista de Processo*, v. 291, ano 44, maio 2019, p. 109.

37 SÁ, Renato Montans de. A responsabilidade patrimonial do executado e os atos atentatórios à dignidade da execução.

1.2. Fraude contra credores e fraude à execução: distinções, semelhanças e a confusão de requisitos

Para o que interessa ao presente artigo, a discussão acerca da distinção e semelhança entre a fraude contra credores e a fraude à execução tem especial relevo, sobretudo no que tange aos seus requisitos, bem como à natureza de cada um deles. Isso porque a análise literal dos dispositivos legais, sobre os quais estão amparados esses instrumentos, indica que a fraude contra credores exige não só a demonstração de um dano para o credor, mas a prova da ciência do terceiro adquirente[38], ao passo que a fraude à execução se verifica tão somente com a alienação após iniciado processo contra o devedor[39]. Todavia, fundada inclusive na jurisprudência, grande parte da doutrina defende que os requisitos da fraude contra credores e da fraude à execução seriam, basicamente, os mesmos, com exceção da litispendência[40].

A fraude contra credores é o mais tradicional dos meios de proteção aos credores na seara privada. Instituto de direito material, ela tem aplicação quando a dilapidação patrimonial do devedor ocorre antes da propositura de ação judicial, porém de modo suficiente para comprometer o adimplemento de suas obrigações[41]. Para assegurar sua garantia, cabe ao credor a propositura da ação revocatória ou pauliana[42], cuja procedência acarretará a ineficácia[43] da alienação de

---

In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de execução e cumprimento de sentença*: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 535.

38 SALAMACHA, José Eli. A fraude à execução no direito comparado. In: *Revista de Processo*, n. 131, ano 31, jan. 2006, p. 98-99.

39 CAIS, Frederico Fontoura da Silva. Embargos de terceiro e fraude à execução. In: *Revista de Processo*, v. 29, n. 118, nov.-dez. 2004, p. 129-130; THEODORO JUNIOR, Humberto. A execução forçada e a responsabilidade patrimonial. In: DINIZ, Maria Helena (coord.). *Atualidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 3, p. 221; AURELLI, Arlete Inês. A evolução da fraude à execução na jurisprudência do STJ. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 875; ALVIM, Eduardo Arruda; GRUBER, Rafael Ricardo. Segurança jurídica dos negócios imobiliários *versus* fraude à execução: ônus dos credores e ônus dos adquirentes de bens no direito civil e tributário brasileiro. In: *Revista de Processo*, v. 291, ano 44, maio 2019, p. 112-113; ASSIS, Carlos Augusto de. Fraude à execução e boa-fé do adquirente. In: *Revista de Processo*, v. 27, v. 105, jan.-mar. 2002, p. 227; CASTRO NEVES, José Roberto de. As garantias do cumprimento da obrigação. In: *Revista da EMERJ*, v. 11, n. 44, 2008, p. 188; SALAMACHA, José Eli. A fraude à execução no direito comparado. In: *Revista de Processo*, n. 131, ano 31, jan. 2006, p. 100; FERRARI NETO, Luiz Antonio. Fraude contra credores *vs*. fraude à execução: a polêmica trazida pela Súmula 375 do STJ. In: *Revista de Processo*, v. 36, n. 195, maio 2011, p. 230-232; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fraude de execução, responsabilidade processual civil e registro de penhora. In: *Revista de Processo*, v. 25, n. 98, abr.-jun. 2000, p. 162; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Fraude de execução. In: *Revista da AMAGIS*, v. 3, n. 8, 1985, p. 94.

40 THEODORO JUNIOR, Humberto. A fraude à execução e o regime de sua declaração em juízo. In: *Revista de Processo*, n. 102, ano 26, abr.-jun. 2001, p. 87-88; SOUZA, Gelson Amaro de. Execução e fraude à execução no novo CPC/2015. In: CÂMARA, Helder Moroni; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; MAZZEI, Rodrigo (org.). *Aspectos polêmicos do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Almedina, 2018, v. 2, p. 24, 28-29; SOUZA, Gelson Amaro de. Fraude à execução e a natureza do direito protegido. In: *Revista Juris Plenum*, v. 2, n. 8, mar. 2006, p. 41-45.

41 SÁ, Renato Montans de. A responsabilidade patrimonial do executado e os atos atentatórios à dignidade da execução. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de execução e cumprimento de sentença*: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 534.

42 SALAMACHA, José Eli. A fraude à execução no direito comparado. In: *Revista de Processo*, n. 131, ano 31, jan. 2006, p. 104; THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude na execução singular e na execução concursal. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 935; THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude contra credores e fraude à execução. In: *Revista dos Tribunais*, v. 89, n. 776, jun. 2000, p. 18.

43 Os efeitos da ação pauliana foram muito discutidos na doutrina civilista, uma vez que o texto do Código Civil de 1916 mencionava a anulação, disposição que foi mantida pelo legislador de 2002. Contudo, a doutrina majoritária considera que o retorno do bem ao patrimônio do devedor seria uma tutela indevida e injusta deste, ao passo que o efeito

determinado bem pelo devedor em relação ao credor proponente da ação[44]. Com efeito, o bem permanecerá disponível para a satisfação do crédito, embora não mais esteja no patrimônio do devedor, mas de terceiro[45].

A ausência de uma ação judicial não é a única particularidade da fraude contra credores, pois, a depender dos termos da alienação patrimonial, isto é, se foi realizada a título gratuito ou oneroso, será suficiente que o credor demonstre o nexo causal entre ela e a insolvência do devedor (*eventus damni*)[46]; ou necessário que ele comprove também a ciência do terceiro adquirente sobre a natureza fraudulenta da alienação (*consilium fraudis*)[47].

A fraude à execução, por sua vez, consiste em realização de negócio jurídico pelo devedor, no curso de processo de conhecimento ou de execução[48-49], que o reduza à insolvência ou impeça o

---

realmente pretendido é a proteção das garantias do credor e, por isso, advogada a ineficácia relativa da alienação em relação ao credor que propõe a ação revocatória. Além disso, embora mencione textualmente anulação, mas não lhe atribui efeitos substanciais próprios desse tipo de defeito jurídico. Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude na execução singular e na execução concursal. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 951-954; THEODORO JUNIOR, Humberto. A fraude à execução e o regime de sua declaração em juízo. In: *Revista de Processo*, n. 102, ano 26, abr.-jun. 2001, p. 71-74; SÁ, Renato Montans de. A responsabilidade patrimonial do executado e os atos atentatórios à dignidade da execução. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de execução e cumprimento de sentença*: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 534; ERPEN, Décio Antônio. A declaração de fraude à execução: consequências e aspectos registrais. In: *Revista de Direito Imobiliário*, v. 14, n. 28, jul.-dez. 1991, p. 46-47; SOUZA, Gelson Amaro de. Execução e fraude à execução no novo CPC/2015. In: CÂMARA, Helder Moroni; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; MAZZEI, Rodrigo (org.). *Aspectos polêmicos do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Almedina, 2018, v. 2, p. 26-27; THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude contra credores e fraude à execução. *Revista dos Tribunais*, v. 89, n. 776, jun. 2000, p. 20-21.

44 VICELLI, Gustavo de Melo; FÜRST, Henderson. Fraude à execução e a imprecisão normativa do Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, v. 303, ano 45, p. 157-180, maio 2020, p. 160.

45 THEODORO JUNIOR, Humberto. Alguns problemas pendentes de solução após a reforma da execução dos títulos extrajudiciais (Lei 11.382/2006). In: *Revista de Processo*, v. 33, n. 156, fev. 2008, p. 31.

46 THEODORO JUNIOR, Humberto. A fraude à execução e o regime de sua declaração em juízo. In: *Revista de Processo*, n. 102, ano 26, abr.-jun. 2001, p. 79.

47 VICELLI, Gustavo de Melo; FÜRST, Henderson. Fraude à execução e a imprecisão normativa do Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, v. 303, ano 45, p. 157-180, maio 2020, p. 160; THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude na execução singular e na execução concursal. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 957; SÁ, Renato Montans de. A responsabilidade patrimonial do executado e os atos atentatórios à dignidade da execução. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de execução e cumprimento de sentença*: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 534; THEODORO JUNIOR, Humberto. A fraude à execução e o regime de sua declaração em juízo. In: *Revista de Processo*, n. 102, ano 26, abr.-jun. 2001, p. 79-80; THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude contra credores e fraude à execução. In: *Revista dos Tribunais*, v. 89, n. 776, jun. 2000, p. 28-29.

48 BRITO, Cristiano Gomes de. Novas perspectivas da fraude à execução nos processos civil, trabalhista e tributário. In: *Revista de Processo*, v. 277, ano 43, mar. 2018, p. 263; THEODORO JUNIOR, Humberto. Alguns problemas pendentes de solução após a reforma da execução dos títulos extrajudiciais (Lei 11.382/2006). In: *Revista de Processo*, v. 33, n. 156, fev. 2008, p. 30-31; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Fraude de execução. In: *Revista da AMAGIS*, v. 3, n. 8, 1985, p. 92.

49 Houve intensa discussão sobre quando seria considerada proposta a ação para fins de configuração da fraude à execução, tendo prevalecido a interpretação de que a litispendência só ocorre após a citação da parte requerida, embora doutrina defenda que, para fins de comprovação da má-fé do terceiro adquirente é suficiente a distribuição da petição inicial com registro no cartório. Cf. COELHO, Daniel Pereira. Aspectos polêmicos da fraude à execução e sua análise de acordo com o Novo CPC. In: *Revista Forense*, v. 422, ano 111, jul.-dez. 2015, p. 77-78; AURELLI, Arlete Inês. A evolução da fraude à execução na jurisprudência do STJ. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 877-879; BAYEUX FILHO, José

cumprimento da obrigação[50], retirando de seu patrimônio os bens capazes de solvê-la[51]. Alienações ou onerações patrimoniais realizadas em tais condições são declaradas sem efeito quando acolhida a fraude à execução, arguida incidentalmente pelo credor[52]. Contudo, trata-se de uma ineficácia relativa, pois o negócio permanece válido e, em geral, eficaz, exceto em relação àquele credor que arguiu a fraude à execução[53].

Outrossim, a fraude contra credores é afeta ao direito material e resulta na anulação do negócio entre devedor e terceiro. Já a fraude à execução é instituto de direito processual, inclusive arguida de modo incidental, dependente da existência prévia de um processo em relação ao negócio, o qual será relativamente ineficaz perante o credor[54], mas permanece válido entre as partes[55].

Uma corrente considerada mais tradicional, exemplificada por Alfredo Buzaid[56] e Enrico Tullio Liebman[57], considera distintas as figuras da fraude contra credores e da fraude à execução, pois essa última dispensa o elemento psicológico[58], além de representar ofensa ao direito do credor e também ao processo[59].

Luiz. Fraude contra credores e fraude à execução. In: *Revista de Processo*, n. 61, ano 16, jan.-mar. 1991, p. 256; FERRARI NETO, Luiz Antonio. Fraude contra credores *vs*. fraude à execução: a polêmica trazida pela Súmula 375 do STJ. In: *Revista de Processo*, v. 36, n. 195, maio 2011, p. 226-228; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fraude de execução, responsabilidade processual civil e registro de penhora. In: *Revista de Processo*, v. 25, n. 98, abr.-jun. 2000, p. 166; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Fraude de execução. In: *Revista da AMAGIS*, v. 3, n. 8, 1985, p. 99.

50 COELHO, Daniel Pereira. Aspectos polêmicos da fraude à execução e sua análise de acordo com o novo CPC. In: *Revista Forense*, v. 422, ano 111, jul.-dez. 2015, p. 75; VICELLI, Gustavo de Melo; FÜRST, Henderson. Fraude à execução e a imprecisão normativa do Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, v. 303, ano 45, p. 157-180, maio 2020, p. 160; ASSIS, Carlos Augusto de. Fraude à execução e boa-fé do adquirente. In: *Revista de Processo*, v. 27, n. 105, jan.-mar. 2002, p. 224.

51 ASSIS, Araken de. Fraude à execução e legitimidade do terceiro hipotecante. In: *Revista Jurídica*, ano 39, n. 168, out. 1991, p. 9-10.

52 BRITO, Cristiano Gomes de. Novas perspectivas da fraude à execução nos processos civil, trabalhista e tributário. In: *Revista de Processo*, v. 277, ano 43, mar. 2018, p.258.

53 VICELLI, Gustavo de Melo; FÜRST, Henderson. Fraude à execução e a imprecisão normativa do Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, v. 303, ano 45, p. 157-180, maio 2020, p. 162-163; THEODORO JUNIOR, Humberto. A fraude à execução e o regime de sua declaração em juízo. In: *Revista de Processo*, n. 102, ano 26, abr.-jun. 2001, p. 84-85; SOUZA, Gelson Amaro de. Execução e fraude à execução no novo CPC/2015. In: CÂMARA, Helder Moroni; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; MAZZEI, Rodrigo (org.). *Aspectos polêmicos do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Almedina, 2018, v. 2, p. 39-41; ERPEN, Décio Antônio. A declaração de fraude à execução: consequências e aspectos registrais. In: *Revista de Direito Imobiliário*, v. 14, n. 28, jul.-dez. 1991, p. 45-46; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fraude de execução, responsabilidade processual civil e registro de penhora. In: *Revista de Processo*, v. 25, n. 98, abr.-jun. 2000, p. 163-164.

54 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Fraude de execução. In: *Revista da AMAGIS*, v. 3, n. 8, 1985, p. 93.

55 ASSIS, Araken de. Fraude à execução e legitimidade do terceiro hipotecante. In: *Revista Jurídica*, ano 39, n. 168, out. 1991, p. 12; SOUZA, Gelson Amaro de. Execução e fraude à execução no novo CPC/2015. In: CÂMARA, Helder Moroni; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; MAZZEI, Rodrigo (org.). *Aspectos polêmicos do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Almedina, 2018, v. 2, p. 22-23.

56 BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução.* São Paulo: Saraiva, 1952, p. 274.

57 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4. ed. atualizada por Joaquim Munhoz de Mello. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 108.

58 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 4, p. 446; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Fraude de execução. In: *Revista da AMAGIS*, v. 3, n. 8, 1985, p. 93; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, art. 593.

59 CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. 5. ed. atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.453-454; SALAMACHA, José Eli. A fraude à execução no direito comparado. In: *Revista de Processo*, n. 131, ano 31, jan. 2006, p. 102; CAIS, Frederico Fontoura da Silva. Embargos de terceiro e fraude à execução. In: *Revista de Processo*, v. 29, n. 118, nov.-dez. 2004, p. 125-126; BAYEUX FILHO, José Luiz. Fraude contra credores e fraude à execução. In: *Revista de Processo*, n. 61, ano 16, jan.-mar. 1991, p. 250-251; CASTRO NEVES, José Roberto de. As garantias do cumprimento da obrigação. In: *Revista da EMERJ*, v. 11, n. 44, 2008, p. 188; FERRARI NETO, Luiz Antonio. Fraude contra credores

Considerava Liebman que, na fraude à execução, o elemento subjetivo está *in re ipsa*[60], ou seja, na própria fraude, não sendo necessária sua demonstração.

Contudo, a interpretação que mais prosperou no Brasil foi a de que ambas figuras tinham o mesmo resultado prático, qual seja, a ineficácia relativa da alienação prejudicial aos credores[61] e, embora previstas em diplomas legais de caráter distinto e com algumas diferenças procedimentais, os requisitos da fraude contra credores e da fraude à execução seriam os mesmos: *(i)* fraude do devedor na alienação[62]; *(ii)* a ciência da fraude pelo terceiro adquirente[63] e *(iii)* o prejuízo ao credor decorrente da insolvência ou redução patrimonial do devedor[64].

A exigência do *consilium fraudis* entre o devedor e o terceiro adquirente para configuração da fraude à execução está relacionada à discussão sobre a boa-fé do terceiro e a sua proteção pelo ordenamento[65]. Isso porque a tutela do credor, seja por meio da fraude contra credores ou da fraude à execução, vai esbarrar, inexoravelmente, na esfera deste terceiro, que corre o risco de ter declarado ineficaz ou anulado o negócio do qual participou, e, consequentemente, retirado de seu patrimônio o bem por ele adquirido[66].

---

vs. fraude à execução: a polêmica trazida pela Súmula 375 do STJ. In: *Revista de Processo*, v. 36, n. 195, maio 2011, p. 225.

60 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4. ed. atualizada por Joaquim Munhoz de Mello. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 174; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Fraude de execução. In: *Revista da AMAGIS*, v. 3, n. 8, 1985, p. 93.

61 THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude contra credores e fraude à execução. In: *Revista dos Tribunais*, v. 89, n. 776, jun. 2000, p. 27-30.

62 SOUZA, Gelson Amaro de. Execução e fraude à execução no novo CPC/2015. In: CÂMARA, Helder Moroni; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; MAZZEI, Rodrigo (org.). *Aspectos polêmicos do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Almedina, 2018, v. 2, p. 36.

63 ASSIS, Carlos Augusto de. Fraude à execução e boa-fé do adquirente. In: *Revista de Processo*, v. 27, n. 105, jan.-mar. 2002, p. 228.

64 THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude na execução singular e na execução concursal. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 957-958; THEODORO JUNIOR, Humberto. A fraude à execução e o regime de sua declaração em juízo. In: *Revista de Processo*, n. 102, ano 26, abr.-jun. 2001, p. 80-82; THEODORO JUNIOR, Humberto. A execução forçada e a responsabilidade patrimonial. In: DINIZ, Maria Helena (coord.). *Atualidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 3, p. 226-227; SOUZA, Gelson Amaro de. Execução e fraude à execução no novo CPC/2015. In: CÂMARA, Helder Moroni; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; MAZZEI, Rodrigo (org.). *Aspectos polêmicos do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Almedina, 2018, v. 2, p. 33-34; THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela jurisdicional dos direitos em matéria de responsabilidade civil: execução, penhora e questões polêmicas. In: *Revista de Processo*, n. 101, ano 26, jan.-mar. 2001, p. 50.

65 THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude na execução singular e na execução concursal. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia. *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 958-959; THEODORO JUNIOR, Humberto. A fraude à execução e o regime de sua declaração em juízo. In: *Revista de Processo*, n. 102, ano 26, abr.-jun. 2001, p. 82; DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. O princípio da concentração da matrícula e a fraude à execução: um diálogo entre a Lei n. 13.097/2015 e o CPC/ 2015. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). *Panorama atual do novo CPC*. São Paulo: empório do direito.com: Tirant lo Blanch, 2019, v. 3, p. 210; MARREY NETO, José Adriano. A boa-fé do adquirente de imóvel induzido em erro pelos vendedores. In: *Revista dos Tribunais*, v. 100, n. 911, set. 2011, p. 56; BRITO, Cristiano Gomes de. Novas perspectivas da fraude à execução nos processos civil, trabalhista e tributário. In: *Revista de Processo*, v. 277, ano 43, mar. 2018, p. 264; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fraude de execução, responsabilidade processual civil e registro de penhora. *Revista de Processo*, v. 25, n. 98, abr.-jun. 2000, p. 166; THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude contra credores e fraude à execução. In: *Revista dos Tribunais*, v. 89, n. 776, jun. 2000, p. 13.

66 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. O princípio da concentração da matrícula e a fraude à execução: um diálogo entre a Lei n. 13.097/2015 e o CPC/2015. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). *Panorama atual do novo CPC*. São Paulo: empório do direito.com: Tirant lo Blanch, 2019, v. 3, p. 209;

Não é exigido que o terceiro partilhe da intenção de prejudicar o credor, mas apenas que tenha, ou devesse ter, ciência do risco que tal negócio acarreta para a insolvência do devedor, ou mesmo sobre a discussão judicial que paira sobre o bem em questão[67]. Nesse sentido, a lei passou a apontar medidas que reforçavam a divulgação da constrição do bem, ou da existência de demanda contra o devedor. É o caso da inscrição de penhora em assentamento no registro público, não como requisito constitutivo[68], mas para extensão de sua eficácia para terceiros[69], assim também a averbação de certidão de distribuição de ação de execução[70] contra o devedor na matrícula de imóveis da propriedade deste último[71].

Oportuno, entretanto, registrar a posição de Arruda Alvim, fundamentada na exegese do art. 42, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973, que estendia os efeitos da sentença ao terceiro adquirente ou cessionário[72]. A regra foi mantida pelo § 3º do art. 109 do Código de Processo Civil de 2015[73]. Para esse autor, seria dispensável que o exequente, vencedor de uma ação reivindicatória, comprovasse a fraude à execução, ainda que a ação não estivesse inscrita no registro do bem. O âmago da questão está na interpretação do direito material, na

---

THEODORO JUNIOR, Humberto. A execução forçada e a responsabilidade patrimonial. In: DINIZ, Maria Helena (coord.). *Atualidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 3, p. 218.

67 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. O princípio da concentração da matrícula e a fraude à execução: um diálogo entre a Lei n. 13.097/2015 e o CPC/ 2015. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). *Panorama atual do novo CPC*. São Paulo: empório do direito.com: Tirant lo Blanch, 2019, v. 3, p. 213; ALVIM, Arruda. O terceiro adquirente de bem imóvel do réu, pendente ação reivindicatória não inscrita no registro de imóveis, e a eficácia da sentença em relação a esse terceiro, no direito brasileiro. In: *Revista de Processo*, v. 8, n. 31, jul.-set. 1983, p. 190; MAZZEI, Rodrigo; BENTO, Leriane Drumond. Fraude à execução no CPC/2015: algumas questões registrais. In: *Revista Jurídica*, v. 63, n. 452, jun. 2015, p.11.

68 CAIS, Frederico Fontoura da Silva. Embargos de terceiro e fraude à execução. In: *Revista de Processo*, v. 29, n. 118, nov.-dez. 2004, p. 134.

69 THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude na execução singular e na execução concursal. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (coord.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 959; THEODORO JUNIOR, Humberto. A execução forçada e a responsabilidade patrimonial. In: DINIZ, Maria Helena (coord.). *Atualidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 3, p. 224; AURELLI, Arlete Inês. A evolução da fraude à execução na jurisprudência do STJ. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (coord.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 881-882; THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela jurisdicional dos direitos em matéria de responsabilidade civil: execução, penhora e questões polêmicas. In: *Revista de Processo*, n. 101, ano 26, jan.-mar. 2001, p. 49; FERRARI NETO, Luiz Antonio. Fraude contra credores *vs.* fraude à execução: a polêmica trazida pela Súmula 375 do STJ. In: *Revista de Processo*, v. 36, n. 195, maio 2011, p. 233-234; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fraude de execução, responsabilidade processual civil e registro de penhora. In: *Revista de Processo*, v. 25, n. 98, abr.-jun. 2000, p. 169-171; THEODORO JUNIOR, Humberto. Fraude contra credores e fraude à execução. *Revista dos Tribunais*, v. 89, n. 776, jun. 2000, p. 31.

70 BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. A averbação e a fraude de execução na reforma do CPC: artigo 615-A. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 20, set.-out. 2007, p. 68-69; THEODORO JUNIOR, Humberto. Alguns problemas pendentes de solução após a reforma da execução dos títulos extrajudiciais (Lei 11.382/2006). In: *Revista de Processo*, v. 33, n. 156, fev. 2008, p. 29.

71 Tal medida foi objeto de críticas quando ainda estava em tramitação legislativa. Cf. PINTO, Rodrigo Strobel; TEIVE, Marcello Müller. Averbação acional e constrição preliminar: críticas e sugestões ao pretenso art. 615-A do CPC, consoante Projeto de Lei 4.497/2005. In: *Revista de Processo*, v. 31, n. 138, ago. 2006, p. 139-148.

72 ALVIM, Arruda. O terceiro adquirente de bem imóvel do réu, pendente ação reivindicatória não inscrita no registro de imóveis, e a eficácia da sentença em relação a esse terceiro, no Direito brasileiro. In: *Revista de Processo*, v. 8, n. 31, jul.-set. 1983, p. 190-193.

73 SÁ, Renato Montans de. A responsabilidade patrimonial do executado e os atos atentatórios à dignidade da execução. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de execução e cumprimento de sentença*: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 539-540.

extensão das faculdades e direitos do proprietário sobre o bem, que têm caráter *erga omnes*, o que sustenta a legitimidade passiva de qualquer um que esteja injustamente na posse do bem. Ao terceiro adquirente caberá[74], com base na alegação e comprovação de sua boa-fé, receber a indenização cabível por eventuais benfeitorias, pois a inscrição

> [...] nada tem a ver com a eficácia da sentença em relação a ele, terceiro adquirente pendente a lide, em demanda real (= reivindicatória), senão que, será elemento útil, e, praticamente quase definitivo, no estabelecimento da boa ou má-fé do terceiro adquirente[75].

Ocorre que esse raciocínio não pode ser transposto para todas as hipóteses legais de fraude à execução, uma vez que não são juridicamente equiparáveis a posição do titular de um direito real que busca reaver a coisa e do credor que vê ameaçada a garantia de satisfação do seu direito, que é de cunho pessoal. Isso porque a clássica distinção entre direitos reais e obrigacionais impõe que os primeiros são oponíveis *erga omnes*, ao passo que os segundos apenas podem ser exigidos do devedor, ou seja, *inter partes*, e, quando muito, de eventuais garantidores que anuíram com tal condição.

Assim, a discussão sobre a ciência de terceiro, e, por conseguinte, sobre o registro de constrições e ações, é relevante, ainda que para algumas hipóteses de fraude. Mas, se por um lado, tais medidas são consideradas ônus para o credor[76], sob outro ponto de vista elas têm o condão de reduzir as hipóteses de alegação de desconhecimento, por parte do terceiro, fortalecendo a proteção daquele[77]. Mais do que isso, elas, por vezes, dão margem à interpretação de que a boa-fé do terceiro adquirente exige dele uma conduta ativa e diligente[78], de pesquisar em cartórios judiciais[79], ofícios de registro e outros órgãos sobre eventuais restrições sobre o bem ou demandas judiciais contra o devedor[80]. Outrossim, elas modificam a regra

---

74 Posição semelhante é adotada por Bruno Mattos e Silva, que reconhece que os efeitos da ação reivindicatória independem do registro na matrícula do imóvel. A consequência da falta de registro será a imposição de obrigação ao autor de indenizar o terceiro adquirente. Cf. SILVA, Bruno Mattos e. Fraude à execução, registro imobiliário e boa-fé objetiva. In: *Revista de Direito Imobiliário*, v. 22, n. 47, jul.-dez. 1999, p. 130.

75 ALVIM, Arruda. O terceiro adquirente de bem imóvel do réu, pendente ação reivindicatória não inscrita no registro de imóveis, e a eficácia da sentença em relação a esse terceiro, no direito brasileiro. In: *Revista de Processo*, v. 8, n. 31, jul.-set. 1983, p. 195.

76 Há quem entenda ser um dever decorrente da boa-fé objetiva. Cf. SILVA, Bruno Mattos e. Fraude à execução, registro imobiliário e boa-fé objetiva. In: *Revista de Direito Imobiliário*, v. 22, n. 47, jul.-dez. 1999, p. 130.

77 COELHO, Daniel Pereira. Aspectos polêmicos da fraude à execução e sua análise de acordo com o Novo CPC. In: *Revista Forense*, v. 422, ano 111, jul.-dez. 2015, p. 79; AURELLI, Arlete Inês. A evolução da fraude à execução na jurisprudência do STJ. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (coord.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 883 e 890.

78 CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 353.

79 SILVA, Bruno Mattos e. Fraude à execução, registro imobiliário e boa-fé objetiva. In: *Revista de Direito Imobiliário*, v. 22, n. 47, jul.-dez. 1999, p.129; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fraude de execução, responsabilidade processual civil e registro de penhora. In: *Revista de Processo*, v. 25, n. 98, abr.-jun. 2000, p. 169.

80 ARRUDA ALVIM, Angélica; MIRANDA, Flávia Poyares. Fraude à execução no novo CPC e a súmula n. 375/STJ. In: *Revista Forense*, v. 421, ano 111, jan.-jun. 2015, p. 13; AURELLI, Arlete Inês. A evolução da fraude à execução na jurisprudência do STJ. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (coord.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 888; ALVIM, Arruda. O terceiro adquirente de bem imóvel do réu, pendente ação reivindicatória não inscrita no registro de imóveis, e a eficácia da sentença em

de distribuição de ônus da prova quanto à boa-fé do adquirente[81], constituindo o registro de distribuição da ação ou de penhora uma presunção *jure et de jure* da má-fé daquele que adquiriu o bem[82]. O raciocínio inverso leva à conclusão de que a falta de averbação atribui ao exequente o ônus de provar a má-fé do terceiro[83].

A exigência de requisitos objetivos e subjetivos para a configuração da fraude à execução se notabilizou com a edição da Súmula 375 pelo Superior Tribunal de Justiça, em março de 2009, com a seguinte redação: "O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente"[84]. Em razão da importância desse verbete, convém explorar, ainda que brevemente, seu processo de formação e sua aplicação pelo Tribunal.

2. A FORMAÇÃO E A APLICAÇÃO DA SÚMULA 375 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Grande parte dos debates e da insegurança relacionada ao conflito jurídico entre a proteção do credor e do terceiro adquirente, decorre da imprecisão de conceitos doutrinários e do uso de termos diferentes para, ao final, designar um mesmo sentido. A propósito, já foi observado em sede doutrinária que a confusão jurisprudencial em torno da exigência de requisitos subjetivos para a caracterização da fraude à execução ocorreu pela adoção da teoria rigorista da boa-fé, que exige uma atitude diligente do adquirente[85].

Além disso, parte da doutrina entende que a boa-fé objetiva é a fonte do critério jurídico para solucionar a questão entre o credor e o terceiro adquirente[86], indicando-a como funda-

---

relação a esse terceiro, no direito brasileiro. In: *Revista de Processo*, v. 8, n.31, jul.-set. 1983, p. 197; ASSIS, Carlos Augusto de. Fraude à execução e boa-fé do adquirente. In: *Revista de Processo*, v. 27, n. 105, jan.-mar. 2002, p. 237.

81 THEODORO JUNIOR, Humberto. A fraude à execução e o regime de sua declaração em juízo. In: *Revista de Processo*, n. 102, ano 26, abr.-jun. 2001, p. 83-84.

82 COELHO, Daniel Pereira. Aspectos polêmicos da fraude à execução e sua análise de acordo com o novo CPC. *Revista Forense*, v. 422, ano 111, jul.-dez. 2015, p. 83; AURELLI, Arlete Inês. A evolução da fraude à execução na jurisprudência do STJ. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (coord.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 875-876; FERRARI NETO, Luiz Antonio. Fraude contra credores *vs.* fraude à execução: a polêmica trazida pela Súmula 375 do STJ. *Revista de Processo*, v. 36, n. 195, maio 2011, p. 245; THEODORO JUNIOR, Humberto. Alguns problemas pendentes de solução após a reforma da execução dos títulos extrajudiciais (Lei 11.382/2006). *Revista de Processo*, v. 33, n. 156, fev. 2008, p. 31.

83 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. O princípio da concentração da matrícula e a fraude à execução: um diálogo entre a Lei n. 13.097/2015 e o CPC/2015. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). *Panorama atual do novo CPC*. São Paulo: empório do direito.com: Tirant lo Blanch, 2019, v. 3, p. 212; THEODORO JUNIOR, Humberto. A execução forçada e a responsabilidade patrimonial. In: DINIZ, Maria Helena (coord.). *Atualidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 3, p. 222-223; SILVA, Bruno Mattos e. Fraude à execução, registro imobiliário e boa-fé objetiva. In: *Revista de Direito Imobiliário*, v. 22, n. 47, jul.-dez. 1999, p. 131; ASSIS, Carlos Augusto de. Fraude à execução e boa-fé do adquirente. In: *Revista de Processo*, v. 27, n. 105, jan.-mar. 2002, p. 235; FERRARI NETO, Luiz Antonio. Fraude contra credores *vs.* fraude à execução: a polêmica trazida pela Súmula 375 do STJ. In: *Revista de Processo*, v. 36, n. 195, maio 2011, p. 235; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fraude de execução, responsabilidade processual civil e registro de penhora. In: *Revista de Processo*, v. 25, n. 98, abr.-jun. 2000, p.171.

84 VICELLI, Gustavo de Melo; FÜRST, Henderson. Fraude à execução e a imprecisão normativa do Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, v. 303, ano 45, p. 157-180, maio 2020, p. 174; SÁ, Renato Montans de. A responsabilidade patrimonial do executado e os atos atentatórios à dignidade da execução. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de execução e cumprimento de sentença*: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 536.

85 ASSIS, Carlos Augusto de. Fraude à execução e boa-fé do adquirente. In: *Revista de Processo*, v. 27, n. 105, jan.-mar. 2002, p. 230.

86 GOMIDE, Alexandre Junqueira. Fraude à execução: Lei n. 13.097/2015 *versus* novo Código de Processo Civil. Retrocessos na defesa do adquirente de boa-fé? In: *Revista Síntese: Direito Civil e Processual Civil*, v.19, n. 112, abr.-maio 2018,

mento para a existência de um dever de registro imposto ao credor. Porém, convém desde logo registrar que foi o aspecto subjetivo da boa-fé, aquele relativo ao estado de consciência desses agentes[87], o determinante na análise dos ministros[88]. Assim, o Superior Tribunal de Justiça identificou, na casuística[89], comportamentos que justificariam a decisão favorável a um ou outro, e delineou com maior clareza o que se entende por boa-fé desses sujeitos[90].

O mais antigo acórdão[91] disponível na base de dados do Superior Tribunal de Justiça sobre esse tema discute o cabimento de embargos de terceiro por possuidores, cujo contrato preliminar de compra do imóvel não fora averbado no respectivo registro. Enquanto o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira defendeu o sistema legal de propriedade imobiliária, ancorado no registro

---

p. 40; MAZZEI, Rodrigo; BENTO, Leriane Drumond. Fraude à execução no CPC/2015: algumas questões registrais. In: *Revista Jurídica*, v. 63, n. 452, jun. 2015, p. 12-13.

87 Entende-se que a diligência é um elemento da boa-fé subjetiva, pois somente o equívoco escusável é compatível com esse conceito e sua tutela jurídica. Cf. ASSIS, Carlos Augusto de. Fraude à execução e boa-fé do adquirente. In: *Revista de Processo*, v. 27, n. 105, jan.-mar. 2002, p. 223-224.

88 STJ, Recurso Especial 2653/MS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, j. 18/09/1990, DJ 19/11/1990, p. 13.258; STJ, Recurso Especial 60.600/PR, rel. Min. Nilson Naves, Terceira Turma, j. 17/10/1995, DJ 26/02/1996, p. 4011; STJ, Recurso Especial 191505/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, j. 30/09/1999, DJ 17/12/1999, p. 355; STJ, Recurso Especial 212107/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 04/09/1999, DJ 07/02/2000, p. 166; STJ, Recurso Especial 235639/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, j. 19/11/1999, DJ 08/03/2000, p. 111; STJ, Recurso Especial 248323/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 04/05/2000, DJ 28/08/2000, p. 91.

89 É o caso da credora, que, sendo a construtora de um conjunto habitacional, está ciente de que as unidades imobiliárias são destinadas à venda pela executada, sendo esta empresa de empreendimentos comerciais. Nesse aspecto, não são exigíveis do adquirente as diligências de busca em cartórios judiciais e registros de imóveis. Cf. STJ, Recurso Especial 16218/SP, rel. Min. Nilson Naves, Terceira Turma, j. 10/05/1993, DJ 02/08/1993, p. 14.241; STJ, Recurso Especial 23416/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, j. 25/05/1993, DJ 02/08/1993, p. 14.241; STJ, Recurso Especial 32890/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 14/11/1994, DJ 12/12/1994, p. 34.350; STJ, Recurso Especial 219867/RS, rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, j. 06/05/2002, DJ 12/04/2004, p. 203; Outro exemplo é a proteção do terceiro que adquire do arrematante em penhora anterior, cf. STJ, Recurso Especial 194306/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 03/06/2003, DJ 19/12/2003, p. 467. Menciona-se, ainda, o reconhecimento de que a alienação de direitos pessoais também pode configurar fraude à execução: STJ, Recurso Especial 620779/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 05/08/2004, DJ 23/08/2004, p. 236. Na hipótese de ocultação do devedor para não ser citado, cf. STJ, Recurso Especial 173369/SP, rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, j. 24/05/2005, DJ 20/06/2005, p. 263. Interessante resgatar o julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial 509827/SP, em que o debate sobre a conduta do credor e do terceiro adquirente foi bastante profícuo. O Min. Ari Pargendler entendeu que, tratando-se de alienação realizada ainda na fase de conhecimento, quando não é possível o registro de penhora, dado que essa é medida típica da fase de execução, o credor que, posteriormente vem a averbar a penhora no registro merece maior tutela jurídica do que o adquirente que realiza o negócio sem verificar o registro da incorporação imobiliária. Com fundamentação diversa, o Min. Humberto Gomes de Barros asseverou que o registro jamais foi requisito da fraude à execução, nem tampouco qualquer elemento subjetivo, portanto "a boa-fé do adquirente é irrelevante para a caracterização da fraude à execução. Importantes são os requisitos objetivos (não subjetivos!) previstos na Lei", e votou acompanhando o Min. Ari Pargendler. Não obstante, os embargos de divergência não foram conhecidos, pois, majoritariamente, entendeu-se que os processos não tinham a devida similitude fática. Cf. STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial 509827/SP, rel. Min. Ari Pargendler, rel. p/ acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, j. 25/04/2007, DJ 29/06/2007, p. 483.

90 SILVA, Bruno Mattos e. Fraude à execução, registro imobiliário e boa-fé objetiva. In: *Revista de Direito Imobiliário*, v. 22, n. 47, jul.-dez. 1999, p. 133-134; ASSIS, Carlos Augusto de. Fraude à execução e boa-fé do adquirente. In: *Revista de Processo*, v. 27, n. 105, jan.-mar. 2002, p. 221-222. STJ, Recurso Especial 13.988/ES, rel. Min. Claudio Santos, Terceira Turma, j. 04/05/1993, DJ 28/06/1993, p. 12.886.

91 STJ, Recurso Especial 188/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, rel. p/ acórdão Min. Bueno de Souza, Quarta Turma, j. 08/08/1989, DJ 31/10/1989, p. 16.557. Discussão semelhante, com o mesmo resultado alcançado, no Recurso Especial 247/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, rel. p/ acórdão Min. Bueno de Souza, Quarta Turma, j. 08/08/1989, DJ 20/11/1989, p. 17.294.

público, pois "o assentamento no álbum imobiliário (e somente ele) permite a oponibilidade *erga omnes* do direito", o Ministro Bueno de Souza, autor do voto vencedor, observou que os embargos de terceiro também se destinam à proteção de direitos obrigacionais, e não apenas os reais, afastando a aplicação da Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal ao caso[92-93].

No início de seu funcionamento, já vigorava no Superior Tribunal de Justiça a interpretação de que a litispendência e a insolvência do devedor não eram suficientes para a configuração da fraude à execução[94], embora fossem pressupostos essenciais da mesma[95]. Com efeito,

---

92 No mesmo sentido: STJ, Recurso Especial 226/SP, rel. Min. Gueiros Leite, Terceira Turma, j. 19/09/1989, DJ 30/10/1989, p. 16.508; STJ, Recurso Especial 866/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, j. 10/10/1989, DJ 30/101989, p. 16.510; STJ, Recurso Especial 662/RS, rel. Min. Waldemar Zveiter, rel. p/ acórdão Min. Ilmar Galvão, Terceira Turma, j. 17/10/1989, DJ. 20/11/1989, p. 17.293; STJ, Recurso Especial 556/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, j. 17/10/1989, DJ 04/12/1989, p. 17.880; STJ, Recurso Especial 696/RS, rel. Min. Fontes de Alencar, Quarta Turma, j. 17/10/1989, DJ 20/11/1989, p. 17.296; STJ, Recurso Especial 1310/SP, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, Quarta Turma, j. 28/11/1989, DJ 18/12/1989, p. 18.478; STJ, Recurso Especial 1172/SP, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, Quarta Turma, j. 13/02/1990, DJ 16/04/1990, p. 2.878; STJ, Recurso Especial 11.173/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 03/11/1992, DJ 07/12/1992, p. 23.315; STJ, Recurso Especial 15.619/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 03/11/1992, DJ 07/12/1992, p. 23.316;

93 Anos após, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira assentou com maior rigor os pressupostos para a mitigação da súmula 621 do STF, sendo eles: *i*) comprovação da posse do imóvel pelo embargante; *ii*) demonstração da celebração do compromisso de compra e venda, mesmo que não registrado; *iii*) quitação do preço antes do ajuizamento da execução; e *iv*) certeza quanto à inexistência de fraude. Cf. STJ, Recurso Especial 39144/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 16/11/1993, DJ 07/02/1994, p. 1.187. Anos após, o tema foi revisitado, em reforço ao cabimento de embargos de terceiro para proteção da posse, no Recurso Especial 256150, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 27/11/2001, DJ 18/03/2002, p. 255.

94 STJ, Recurso Especial 2314/SP, rel. Min. Claudio Santos, Terceira Turma, j. 10/04/1990, DJ 30/04/1990, p. 3.526.

95 STJ, Recurso Especial 2573/RS, rel. Min. Fontes de Alencar, Quarta Turma, j. 14/05/1990, DJ 11/06/1990, p. 5.362; STJ, Recurso Especial 2429/SP, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 19/06/1990, DJ 06/08/1990, p. 7340; STJ, Recurso Especial 2053/MS, rel. Min. Nilson Naves, rel. p/ acórdão Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, j. 21/08/1990, DJ 24/09/1990, p. 9.978; STJ, Recurso Especial 5208/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, j. 29/10/1990, DJ 10/12/1990, p. 14.806; STJ, Recurso Especial 7429/PR, rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, j. 12/03/1991, DJ 08/04/1991, p. 3.888; STJ, Recurso Especial 8549/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, j. 21/05/1991, DJ 17/06/1991, p. 8206; STJ, Recurso Especial 11178/SP, rel. Min. Nilson Naves, j. 13/08/1991, DJ 09/09/1991, p. 12.200; STJ, Recurso Especial 4132/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 02/10/1991, DJ 07/10/1991, p. 13.970; STJ, Recurso Especial 15.841/MG, rel. Min. Dias Trindade, Terceira Turma, j. 24/02/1992, DJ 15/06/1992, p. 9.264; STJ, Recurso Especial 15.641/SP, rel. Min. Nilson Naves, Terceira Turma, j. 25/02/1992, DJ 18/05/1992, p. 6.982; STJ, Recurso Especial 4755/SP, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, Quarta Turma, j. 30/06/1992, DJ 07/12/1992, p. 23.314; STJ, Recurso Especial 23.355/RJ, rel. Min. Dias Trindade, Terceira Turma, j. 10/08/1992, DJ 05/10/1992, p. 17.099; STJ, Recurso Especial 24.154/GO, rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, j. 29/09/1992, DJ 03/11/1992, p. 19.765; STJ, Recurso Especial 27.431/SP, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 10/11/1992, DJ 01/03/1993, p. 2.521; STJ, Recurso Especial 16.823/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 16/11/1992, DJ 14/12/1992, p. 23.926; STJ, Recurso Especial 30599/RJ, rel. Min. Nilson Naves, Terceira Turma, j. 29/06/1993, DJ 09/08/1993, p. 15.228; STJ, Recurso Especial 103823/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 23/09/1997, DJ 01/12/1997, p. 62.738; STJ, Recurso Especial 133130/PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 21/10/1997, DJ 09/12/1997, p. 64.713; STJ, Recurso Especial 152432/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 02/03/1999, DJ 19/04/1999, p. 136; STJ, Recurso Especial 166787/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 10/08/1999, DJ 06/09/1999, p. 79; STJ, Recurso Especial 222822/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 14/09/1999, DJ 25/10/1999, p. 94; STJ, Recurso Especial 215914/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 04/11/1999, DJ 14/02/2000, p. 40; STJ, Recurso Especial 204094/SC, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, j. 19/11/1999, DJ 08/03/2000, p. 107; STJ, Recurso Especial 61472/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 03/02/2000, DJ 27/03/2000, p. 106; STJ, Recurso Especial 202084/PR, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, j. 29/06/2000, DJ 21/08/2000, p. 123; STJ, Recurso Especial 302959/DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 26/06/2001, DJ 20/08/2001, p. 478; STJ, Recurso Especial 234473/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 22/10/2001, DJ 18/02/2002, p. 409; STJ, Recurso Especial 330254/

apesar de asseverarem a dispensabilidade da prova do *consilium fraudis* e do registro[96], seja da citação ou da penhora, impunha-se ao credor o ônus de comprovar que o terceiro adquirente tinha ciência de ação em curso, capaz de tornar insolvente o devedor[97].

O registro da penhora não era considerado requisito para que fosse reconhecida tal modalidade de fraude[98], mas era importante para que a pretendida ineficácia fosse oponível a terceiros[99], sendo meio de prova apto a ensejar a presunção de que tinham ciência da constrição[100]. Desse modo, na prática, ele era importante para que fosse afastada a boa-fé do terceiro adquirente, e a fraude à execução servisse, de fato, ao propósito de assegurar o recebimento do crédito, ante a ineficácia do negócio entabulado entre o devedor e terceiro. Entretanto, "a circunstância de que não se achava averbada a penhora no registro imobiliário não significa a inexistência de fraude [...] não significa que outras formas de comprovação não possam ser utilizadas"[101], cabendo o ônus de prova ao credor[102].

CE, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 13/11/2001, DJ 18/02/2002, p. 458; STJ, Recurso Especial 109883/MG, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 18/04/2002, DJ 18/11/2002, p. 218; STJ, Recurso Especial 290938/PB, rel. Min. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, j. 16/09/2004, DJ 22/11/2004, p. 345; STJ, Recurso Especial 170126/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 14/12/2004, DJ 14/03/2005, p. 338; STJ, Recurso Especial 608846/AL, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 05/04/2005, DJ 06/06/2005, p. 320; STJ, Recurso Especial 605186/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 16/06/2005, DJ 12/09/2005, p. 320; STJ, Recurso Especial 742609/DF, rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, j. 04/08/2005, DJ 01/02/2006, p. 554; STJ, Recurso Especial 255230/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. 01/09/2005, DJ 26/09/2005, p. 351; STJ, Recurso Especial 1111067/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 19/05/2009, DJe 04/08/2009; STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial 101472/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, j. 25/06/2001, DJ 15/10/2001, p. 227.

96 STJ, Recurso Especial 333161/MS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 07/02/2002, DJ 15/04/2002, p. 225.

97 STJ, Recurso Especial 4132/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 02/10/1991, DJ 07/10/1991, p. 13970; STJ, Recurso Especial 26.866/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 20/10/1992, DJ 16/11/1992, p. 21.149; STJ, Recurso Especial 113871/DF, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, j. 12/05/1997, DJ 15/09/1997, p. 44387; STJ, Recurso Especial 166787/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 10/08/1999, DJ 06/09/1999, p. 79.

98 STJ, Recurso Especial 2597/RS, rel. Min. Claudio Santos, Terceira Turma, j. 29/06/1990, DJ 27/08/1990, p. 8322; STJ, Recurso Especial 2653/MS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, j. 18/09/1990, DJ 19/11/1990, p. 13.258 STJ, Recurso Especial 7712/RS, rel. Min. Dias Trindade, Terceira Turma, j. 09/04/1991, DJ 27/05/1991, p. 6.962; STJ, Recurso Especial 19.393/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, j. 16/03/1993, DJ 19/03/1993, p. 5.254; STJ, Conflito de Competência 2870/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Segunda Seção, j. 25/08/1993, DJ 04/10/1993, p. 20.490.

99 STJ, Recurso Especial 47806/RJ, rel. Min. Costa Leite, Terceira Turma, j. 02/08/1994, DJ 31/10/1994, p. 29.495; STJ, Recurso Especial 3259/RS, rel. Min. Costa Leite, Terceira Turma, j. 22/02/1994, DJ 25/04/1994, p. 9.248.

100 STJ, Recurso Especial 37011/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 14/09/1993, DJ 11/10/1993, p. 21.326.

101 STJ, Recurso Especial 10214/SP, rel. Min. Dias Trindade, Terceira Turma, j. 13/09/1993, DJ 18/10/1993, p. 21.872.

102 STJ, Recurso Especial 76063/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 08/04/1996, DJ 24/06/1996, p. 22.767; STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 7229/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 08/10/1996, DJ 11/11/1996, p. 43.712; STJ, Recurso Especial 113666/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 13/05/1997, DJ 30/06/1997, p. 31.031; STJ, Recurso Especial 110024/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 26/05/1997, DJ 04/08/1997, p. 34.749; STJ, Recurso Especial 19402/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 09/06/1997, DJ 22/09/1997, p. 46.441; STJ, Recurso Especial 145371/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 14/10/1997, DJ 24/11/1997, p. 61.236; STJ, Recurso Especial 140670/GO, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 14/10/1997, DJ 09/12/1997, p. 64.695.

> Contudo, as turmas divergiam sobre a possibilidade de o credor comprovar a má-fé do terceiro adquirente no caso de alienações sucessivas, ou seja, naquelas hipóteses em que o atual proprietário do imóvel não o houvesse adquirido diretamente do devedor. A maioria dos precedentes indicava que a ineficácia, inerente à constatação da fraude à execução, **não poderia atingir terceiro sem que fosse demonstrada a sua má-fé**[103]. Por outro lado, havia acórdãos que sinalizavam que a ineficácia da alienação entre o devedor e terceiro, em razão da fraude à execução, comprometeria a sequência da cadeia dominial, já que não é possível transmitir um direito que não se tem[104].

O julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 114.415/MG pacificou a interpretação mais protetiva aos terceiros de boa-fé no caso de alienações sucessivas, na medida em que prevaleceu a posição de que a ineficácia oriunda da fraude à execução só os afetará se tiveram ciência da penhora ou demanda contra o devedor[105], o que se dá, principalmente, pela averbação no registro de imóveis[106].

> Nas hipóteses em que o bem era adquirido diretamente do devedor, a prova da má-fé de terceiro chegou a ser considerada dispensável[107]. Em outros precedentes foi valorada a diligência do comprador de se precaver contra aquisições a *non domino*, ou mesmo de verificar o risco envolvido no negócio que estava a realizar[108]. Nessa linha o Tribunal de Cidadania reconheceu como "precavidas as pessoas que subordinavam os negócios de compra e venda de imóveis à apresentação de

103 STJ, Recurso Especial 2653/MS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, j. 18/09/1990, DJ 19/11/1990, p. 13.258; STJ, Recurso Especial 9.789/SP, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, Quarta Turma, j. 09/06/1992, DJ 03/08/1992, p. 11.321; STJ, Recurso Especial 68212/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, j. 13/02/1996, DJ 15/04/1996, p. 11.525; STJ, Recurso Especial 114415/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 23/04/1997, DJ 26/05/1997, p. 22.546; STJ, Recurso Especial 136342/PR. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 14/10/1997, DJ 15/12/1997, p. 66.423.

104 Em sentido contrário, há precedentes admitindo que toda a cadeia dominial seria afetada pela ineficácia da alienação decorrente de fraude à execução. Cf. STJ, Recurso Especial 27.555/SP, rel. Min. Dias Trindade, Terceira Turma, j. 13/10/1992, DJ 16/11/1992, p. 21.141; STJ, Recurso Especial 34189/RS, rel. Min. Dias Trindade, Terceira Turma, j. 14/03/1994, DJ 11/04/1994, p. 76.41. Exceção importante foi reconhecida pelo Ministro Eduardo Ribeiro, em caso que o acórdão recorrido evidenciou a completa falta de cautela do terceiro adquirente, mesmo em se tratando de bem móvel. Cf. STJ, Recurso Especial 74.222/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, j. 14/05/1996, DJ 10/06/1996, p. 20.323.

105 STJ, Embargos de Divergência no Recurso Especial 114415/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Segunda Seção, j. 12/11/1997, DJ 16/02/1998, p. 19.

106 A propósito foi mantida a eficácia da alienação e, com efeito, afastada a fraude à execução, no caso de negócio entabulado entre os sócios de empresa e terceiros, que adquiriram o bem dado em caução na concordata preventiva, uma vez que esse ônus não fora averbado no registro. Cf. STJ, Recurso Especial 164472/MS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, j. 05/05/1998, DJ 03/08/1998, p. 236. Em outra oportunidade, o Min. Ruy Rosado de Aguiar observou que os adquirentes de boa-fé de um terreno vendido pelos sócios de empresa executada, contra os quais não havia pendência, teriam direito a manter a propriedade sobre o mesmo. Todavia, observados os limites do recurso, reconheceu o seu direito de retenção por benfeitorias, amparado na boa-fé. Cf. STJ, Recurso Especial 39887/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 19/10/2000, DJ 18/12/2000, p. 197.

107 STJ, Recurso Especial 38239/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, j. 05/10/1993, DJ 10/10/1994, p. 27.167.

108 FERRARI NETO, Luiz Antonio. Fraude contra credores *vs.* fraude à execução: a polêmica trazida pela Súmula 375 do STJ. In: *Revista de Processo*, v. 36, n. 195, maio 2011, p. 230.

certidões negativas forenses"[109]. Posteriormente, a Ministra Nancy Andrighi sugeriu que o **ônus da prova da ciência do terceiro adquirente acerca da demanda em curso ou da penhora sobre o bem** deveria ser atribuído a ele, não ao credor[110].

Todavia, a premissa de que a boa-fé é presumida, e a má-fé deve ser provada, fortaleceu-se paulatinamente na jurisprudência do Tribunal[111]. Com efeito, as alterações legislativas engendradas para assegurar o conhecimento geral da existência de contenda sobre o bem[112] passaram a ser interpretadas como um dever, ou um ônus do credor[113]. Caberia a ele o empenho para tornar pública a contenda, e, com isso, assegurar suas chances de êxito, afastando terceiros interessados em adquirir bens do patrimônio de seu devedor[114]. Caso contrário, ele deveria

---

109 STJ, Recurso Especial 87.547/SP, rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Turma, j. 17/12/1998, DJ 22/03/1999, p. 160.

110 STJ, Recurso Especial 655000/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 23/08/2007, DJ 27/02/2008, p. 189.

111 STJ, Recurso Especial 203677/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 27/04/1999, DJ 21/06/1999, p. 167; STJ, Recurso Especial 115878/SP, rel. Min. César Asfor Rocha, Quarta Turma, j. 18/05/1999, DJ 21/06/1999, p. 158; STJ, Recurso Especial 185138/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 20/05/1999, DJ 28/06/1999, p. 119; STJ, Recurso Especial 111899/RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, j. 02/09/1999, DJ 08/11/1999, p. 75; STJ, Recurso Especial 172910/PB, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Terceira Turma, j. 30/09/1999, DJ 16/11/1999, p. 208; STJ, Recurso Especial 167920/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 09/12/1999, DJ 22/05/2000, p. 106; STJ, Recurso Especial 218290/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, j. 11/04/2000, DJ 26/06/2000, p. 161; STJ, Recurso Especial 153020/SP, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 11/04/2000, DJ 26/06/2000, p. 176; STJ, Recurso Especial 225091/GO, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, j. 29/06/2000, DJ 28/08/2000, p. 78; STJ, Recurso Especial 268259/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 17/10/2000, DJ 11/12/2000, p. 211; STJ, Recurso Especial 256110/SP, rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, j. 26/10/2000, DJ 27/11/2000, p. 158; STJ, Recurso Especial 243497/MS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 19/04/2001, DJ 25/06/2001, p. 186; STJ, Recurso Especial 298558/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 12/06/2001, DJ 27/08/2001, p. 333; STJ, Recurso Especial 175831/SP, rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, j. 07/11/2002, DJ 16/12/2002, p. 310; STJ, Recurso Especial 493914/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, j. 08/04/2008, DJe 05/05/2008.

112 GOMIDE, Alexandre Junqueira. Fraude à execução: Lei n. 13.097/2015 *versus* novo Código de Processo Civil. Retrocessos na defesa do adquirente de boa-fé? In: *Revista Síntese: Direito Civil e Processual Civil*, v.19, n. 112, abr.-maio 2018, p. 41.

113 STJ, Recurso Especial 56056/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 04/02/1997, DJ 17/03/1997, p. 7.505; STJ, Recurso Especial 49780/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 23/04/1997, DJ 26/05/1997, p. 22.542; STJ, Recurso Especial 40854/SP, rel. Min. César Asfor Rocha, Quarta Turma, j. 12/08/1997, DJ 13/10/1997, p. 51.594; STJ, Recurso Especial 186633/MS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 29/10/1998, DJ 01/03/1999, p. 341; STJ, Recurso Especial 80791/RJ, rel. Min. Nilson Naves, Terceira Turma, j. 19/11/1998, DJ 08/03/1999, p. 214; STJ, Recurso Especial 116827/RS, rel. Min. Nilson Naves, Terceira Turma, j. 20/05/1999, DJ 15/05/2000, p. 155; STJ, Recurso Especial 215306/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 10/08/1999, DJ 13/09/1999, p. 72; STJ, Recurso Especial 214990/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 02/09/1999, DJ 11/10/1999, p. 74.

114 ERPEN, Décio Antônio. A declaração de fraude à execução: consequências e aspectos registrais. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 14, n. 28, jul.-dez. 1991, p. 48; ALVIM, Eduardo Arruda; GRUBER, Rafael Ricardo. Segurança jurídica dos negócios imobiliários *versus* fraude à execução: ônus dos credores e ônus dos adquirentes de bens no direito civil e tributário brasileiro. In: *Revista de Processo*, v. 291, ano 44, maio 2019, p. 118-119. STJ, Recurso Especial 401452/MT, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 27/06/2002, DJ 26/08/2002, p. 238; Recurso Especial 254554/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 27/11/2001, DJ 18/03/2002, p. 255; STJ, Recurso Especial 112024/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 18/04/2002, DJ 01/07/2002, p. 343; STJ, Recurso Especial 351807/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 04/06/2002, DJ 26/08/2002, p. 232; STJ, Recurso Especial 200262/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 25/06/2002, DJ, 16/09/2002, p. 188; STJ, Recurso Especial 182760/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 27/06/2002, DJ 26/08/2002, p. 222; STJ, Recurso Especial 316301/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 27/06/2002, DJ 26/08/2002, p. 229; STJ, Recurso Especial 316244/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 27/06/2002, DJ 16/09/2002,

arcar com os ônus da prova da ciência de terceiros sobre a demanda e a iminente insolvência do devedor[115], o que representa considerável dificuldade para a tutela do seu crédito[116].

A Segunda Seção debateu se o registro da penhora ou da ação contra o devedor constituía um pressuposto da fraude à execução, no regime anterior à Lei 8.953/1994, no julgamento do Recurso Especial 442.583/MS[117]. Na ocasião, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito posicionou-se no sentido de que "somente quando a venda não é feita diretamente pelo executado é que deve prevalecer a necessidade de provar o credor que o comprador tinha conhecimento da ação capaz de reduzir o devedor à insolvência". Todavia, a maioria encampou a tese do Ministro Aldir Passarinho Júnior, cujo entendimento seguia o perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal, considerando "bastante a prévia existência de ação para que se configure a fraude à execução, sendo absolutamente possível ao adquirente a obtenção de certidões junto aos cartórios de distribuição", a fim de "informar-se sobre a situação pessoal dos alienantes e do imóvel, cientificando-se da existência de demandas que eventualmente possam implicar na constrição da unidade objeto do contrato"[118].

Com efeito, a prova da ciência do terceiro acerca da execução ou da constrição sobre o bem passou a ser exigida, apenas, no caso de alienações sucessivas[119]. Entretanto, essa distinção não

---

p. 190; STJ, Recurso Especial 284604/SC, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 15/08/2002, DJ 07/10/2002, p. 261; STJ, Recurso Especial 287723/RJ, rel. Min, Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 20/08/2002, DJ 23/09/2002, p. 367; STJ, Recurso Especial 220986/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 05/09/2002, DJ 28/10/2002, p. 321; STJ, Recurso Especial 457768/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 15/10/2002, DJ 24/02/2003, p. 248.

115 STJ, Recurso Especial 155355/PE, rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, j. 06/10/1998, DJ 30/11/1998, p. 154; STJ, Recurso Especial 123616/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, j. 24/11/1998, DJ 01/03/1999, p. 306; STJ, Recurso Especial 193048/PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 02/02/1999, DJ 15/03/1999, p. 257; STJ, Recurso Especial 66180/PR, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 27/04/1999, DJ 30/08/1999, p. 71; STJ, Recurso Especial 145296/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, j. 18/11/1999, DJ 20/03/2000, p. 70; STJ, Recurso Especial 131871/MG, rel. Min. Nilson Naves, Terceira Turma, j. 06/12/1999, DJ 17/04/2000, p. 56; STJ, Recurso Especial 246625/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 04/05/2000, DJ 28/08/2000, p. 90; STJ, Recurso Especial 249328/SP, rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, j. 03/08/2000, DJ 09/10/2000, p. 144; STJ, Recurso Especial 218419/SP, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 07/11/2000, DJ 12/02/2001, p. 120; STJ, Recurso Especial 103719/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 13/02/2001, DJ 07/05/2001, p. 144; STJ, Recurso Especial 235201/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, j. 25/06/2002, DJ 11/11/2002, p. 220.

116 STJ, Recurso Especial 135228/SP, rel. Min. Nilson Naves, Terceira Turma, j. 02/12/1997, DJ 13/04/1998, p. 117; STJ, Recurso Especial 77161/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 19/02/1998, DJ 30/03/1998, p. 67; STJ, Recurso Especial 193179/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 16/09/1999, DJ 08/11/1999, p. 76; STJ, Recurso Especial 235267/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 14/12/1999, DJ 08/03/2000, p. 126; STJ, Recurso Especial 110336/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 16/03/2000, DJ 05/08/2002, p. 343; STJ, Recurso Especial 245064/MG, rel. Mn. Ari Pargendler, Terceira Turma, j. 15/06/2000, DJ 04/09/2000, p. 151; STJ, Recurso Especial 351490/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 21/05/2002, DJ 01/07/2002, p. 337; STJ, Recurso Especial 331203/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 28/05/2002, DJ 26/08/2002, p. 212; STJ, Recurso Especial 885618/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 23/10/2007, DJ 18/12/2007, p. 270.

117 STJ, Recurso Especial 442583/MS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, rel. p/ acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, j. 27/11/2002, DJ 16/02/2004, p. 200. Essa posição foi reafirmada nos Embargos de Divergência em Recurso Especial 144190/SP, rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Seção, j. 14/09/2005, DJ 01/02/2006, p. 427.

118 STJ, Recurso Especial 200262/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 25/06/2002, DJ, 16/09/2002, p. 188.

119 STJ, Recurso Especial 401937/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 29/11/2002, DJ 17/02/2003, p. 271; STJ, Recurso Especial 440665/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 25/02/22003, DJ 31/03/2003, p. 218; STJ, Recurso Especial 533867/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 16/12/2003, DJ 29/03/2004, p. 236; STJ, Recurso Especial 819198/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. 25/04/2006, DJ. 12/06/2006, p. 483; STJ, Recurso Especial 784742/RS, rel. Min. Castro

foi feita em todos os precedentes posteriores, e muitos continuaram a mencionar a necessidade de ser demonstrada a ciência do terceiro sobre a demanda ou a constrição, quando não estivessem registradas[120]. Outrossim, para negócios realizados sob a égide da Lei n. 8.953/1994, o registro da penhora era necessário[121].

> Os precedentes[122] que deram origem à Súmula 375 tratam, muitas vezes, de alienações sucessivas[123], ou seja, quando o terceiro adquirente já teria alienado o bem para uma outra pessoa, e o devedor originário, embora constasse na cadeia de domínio, não era mais o último proprietário. Contudo, essa peculiaridade não transpareceu na redação final do verbete[124]. Outra crítica era de que a redação engendrada pode induzir ao equívoco de tornar o registro da penhora um requisito para a configuração da fraude à execução, ao passo que se trata apenas de um meio para dispensar a prova da ciência do adquirente[125].

A averbação da penhora no registro do imóvel ocasionava presunção absoluta da ciência do adquirente, não apenas da existência da constrição, mas de uma ação contra o vendedor[126].

Filho, Terceira Turma, j. 21/11/2006, DJ 04/12/2006, p. 306.

120 STJ, Recurso Especial 476423/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 20/05/2003, DJ 04/08/2003, p. 317; STJ, Recurso Especial 217824/SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, j. 13/04/2004, DJ 17/05/2004, p. 212; STJ, Recurso Especial 648457/MT, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 04/08/2005, DJ 29/08/2005, p. 334.

121 STJ, Recurso Especial 532946/PR, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, j. 21/08/2003, DJ 13/10/2003, p. 373; STJ, Recurso Especial 555044/DF, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, j. 04/11/2003, DJ 16/02/2004, p. 271; STJ, Recurso Especial 439418/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 23/09/2003, DJ 01/12/2003, p. 348; STJ, Recurso Especial 448120/MT, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 21/10/2003, DJ 01/12/2003, p. 359; STJ, Recurso Especial 557358/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 18/03/2004, DJ 10/05/2004, p. 294; STJ, Recurso Especial 509062/MT, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 23/03/2004, DJ 17/05/2004, p. 230; STJ, Recurso Especial 625235/RN, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 21/09/2004, DJ 25/10/2004, p. 344; STJ, Recurso Especial 626067/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, rel. p/ acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 02/12/2004, DJ 13/06/2005, p. 312; STJ, Recurso Especial 432185/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, j. 03/03/2005, DJ 21/03/2005, p. 383; STJ, Recurso Especial 144190/SP, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 15/03/2005, DJ 02/05/2005, p. 353; STJ, Recurso Especial 127159/MG, rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, j. 19/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 286; STJ, Recurso Especial 236369/RJ, rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, j. 15/09/2005, DJ 10/10/2005, p. 354; STJ, Recurso Especial 399854/DF, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 10/04/2007, DJ 14/05/2007, p. 310; STJ, Recurso Especial 862123/AL, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 07/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 351; STJ, Recurso Especial 943591/PR, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 19/06/2007, DJ 08/10/2007, p. 311; STJ, Recurso Especial 867502/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 09/08/2007, DJ 20/08/2007, p. 277; STJ, Recurso Especial 170430/SP, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, j. 28/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 281.

122 Resp. 739.388/MG.

123 STJ, Recurso Especial 185813/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 05/11/1998, DJ 01/02/1999, p. 214.

124 FERRARI NETO, Luiz Antonio. Fraude contra credores *vs.* fraude à execução: a polêmica trazida pela Súmula 375 do STJ. In: *Revista de Processo*, v. 36, n. 195, maio 2011, p.237.

125 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 4, p. 446.

126 STJ, Recurso Especial 131587/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 158/05/2000, DJ 07/08/2000, p. 108; STJ, Recurso Especial 234148/SP, rel. Min, Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 26/03/2002, DJ 27/05/2002, p. 175; STJ, Recurso Especial 332.126/SP, rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, j. 04/11/2003, DJ 16/02/2004, p. 241; STJ, Recurso Especial 647176/DF, rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, j. 06/10/2005, DJ 13/03/2006, p. 325; STJ, Recurso Especial 136038/SC, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 16/09/2003, DJ 01/12/2003/, p. 357; STJ, Recurso Especial 489346/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 06/05/2003, DJ

Essa ciência passou a ser considerada, expressamente, um requisito para configuração da fraude à execução[127], por vezes identificado como *consilium fraudis*[128], e o adquirente poderia afastá-lo caso demonstrasse a sua boa-fé[129], por exemplo, com a juntada de pesquisa realizada nos cartórios judiciais do domicílio do vendedor e do lugar do imóvel[130].

> A súmula estabeleceu, assim, dois requisitos **não cumulativos para reconhecimento da fraude à execução. O primeiro deles é o registro da penhora**, e o segundo, a prova da má-fé do adquirente[131-132], cujo ônus é atribuído ao credor, por ser quem alega a fraude à execução[133]. O enunciando, porém, não fez cessar os debates sobre o ônus da prova da má-fé do terceiro adquirente quando a penhora não constasse no registro do bem[134].

25/08/2003, p. 320; Recurso Especial 218419/SP, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 07/11/2000, DJ 12/02/2001, p. 120; STJ, Recurso Especial 131871/MG, rel. Min. Nilson Naves, Terceira Turma, j. 06/12/1999, DJ 17/04/2000, p. 56; Recurso Especial 140670/GO, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 14/10/1997, DJ 09/12/1997, p. 64.695; STJ, Recurso Especial 113666/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 13/05/1997, DJ 30/06/1997, p. 31.031; STJ, Recurso Especial 921160/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 08/02/2008, DJe 10/03/2008; STJ, Recurso Especial 753384/DF, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (desembargador convocado do TJ/AP), Quarta Turma, j. 01/06/2010, DJe 07/10/2010; STJ, Recurso Especial 1163114/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 16/06/2011, DJe 01/08/2011; STJ, Recurso Especial 1743088/PR, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 12/03/2019, DJe 22/03/2019; STJ, Recurso Especial 1334635/RS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 19/09/2019, DJe 24/09/2019.

127 STJ, Recurso Especial 437184/PR, rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 20/09/2021, DJe 23/04/2013; STJ, Recurso Especial 1355828/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 07/03/2013, DJe 20/03/2013; STJ, Recurso Especial 1861025/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 12/05/2020, DJe 18/05/2020; STJ, Recurso Especial 1763376/TO, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 18/08/2020, DJe 16/11/2020.

128 STJ, Recurso Especial 1073042/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 19/03/2009, DJe 27/03/2009.

129 STJ, Recurso Especial 1260490/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 07/02/2012, DJe 02/08/2021.

130 STJ, Recurso Especial 1015459/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 19/05/2009, DJe 29/05/2009.

131 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. O princípio da concentração da matrícula e a fraude à execução: um diálogo entre a Lei n. 13.097/2015 e o CPC/ 2015. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). *Panorama atual do novo CPC*. São Paulo: empório do direito.com: Tirant lo Blanch, 2019, p. 208.

132 STJ, Recurso Especial 661103/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. 29/09/2009, DJe 13/10/2009; STJ, Recurso Especial 1112143/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, j. 20/10/2009, DJe 09/11/2009; STJ, Recurso Especial 495098/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 16/03/2010, DJe 29/03/2010; STJ, Recurso Especial 316242/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. 10/08/2010, DJe 26/10/2010; STJ, Recurso Especial 809760/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 17/05/2011, DJe 26/05/2011; STJ, Recurso Especial 841192/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 02/06/2011, DJe 27/06/2011; STJ, Recurso Especial 860044/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 14/06/2011, DJe 01/07/2011; STJ, Recurso Especial 312661/SP, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, j. 20/10/2011, DJe 26/10/2011; STJ, Recurso Especial 1121461/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 08/04/2014, DJe 14/04/2014; STJ, Recurso Especial 1459154/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 04/09/2014, DJe 11/09/2014; STJ, Recurso Especial 1636689/GO, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 13/12/2016, DJe 19/12/2016.

133 ASSIS, Araken de. Fraude à execução e legitimidade do terceiro hipotecante. In: *Revista Jurídica*, ano 39, n. 168, out.-1991, p. 11-12; MAZZEI, Rodrigo; BENTO, Leriane Drumond. Fraude à execução no CPC/2015: algumas questões registrais. In: *Revista Jurídica*, v. 63, n. 452, jun. 2015, p. 11; ALVIM, Eduardo Arruda; GRUBER, Rafael Ricardo. Segurança jurídica dos negócios imobiliários *versus* fraude à execução: ônus dos credores e ônus dos adquirentes de bens no direito civil e tributário brasileiro. In: *Revista de Processo*, v. 291, ano 44, maio 2019, p.115; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fraude de execução, responsabilidade processual civil e registro de penhora. In: *Revista de Processo*, v. 25, n. 98, abr.-jun. 2000, p. 170-173.

134 AURELLI, Arlete Inês. A evolução da fraude à execução na jurisprudência do STJ. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno;

Parte da doutrina critica essa atribuição do ônus da prova[135], pois entende que a sua dificuldade é tal que resultaria no esvaziamento da efetividade do instituto da fraude à execução[136]. Tal corrente defende que a fraude é presumida quando pendente ação fundada em direito real ou capaz de reduzir o devedor à insolvência, sendo de caráter absoluto a presunção quando constar averbação da penhora na matrícula do imóvel, e relativa a presunção de má-fé do terceiro que adquirir o bem[137].

Essa preocupação teve lugar nos debates entre os Ministros que compõem o Superior Tribunal de Justiça, especialmente no julgamento dos Recursos Especiais n. 618.625/SC[138], 804.044/GO[139] e 956.943/PR[140], este último julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos. A Ministra Nancy Andrighi propôs a revisão da súmula, para que fosse atribuído ao terceiro adquirente o ônus da prova de sua boa-fé, ao fundamento de que: (*i*) o art. 593, II, do Código de Processo Civil de 1973, estabelecia uma presunção relativa de fraude à execução; (*ii*) que deve ser considerada a distribuição dinâmica do ônus da prova na fraude à execução, sobretudo, porque só se pode considerar de boa-fé o comprador que toma as cautelas adequadas antes de realizar o negócio, dentre as quais verificar o registro e a distribuição de feitos nos cartórios judiciais do foro do domicílio do proprietário e da localização do bem; e (*iii*) que a Lei n. 7.433/1985 obrigou que tabeliães fizessem constar a apresentação do documento comprobatório de feitos ajuizados contra o então proprietário do bem[141]. Destacou a Ministra que entre os precedentes que formaram a própria súmula encontram-se ressalvadas posições de Ministros que consideravam suficiente a prévia existência de ação judicial para que se configure a fraude à execução, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, à época[142].

FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (coord.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 885.

135 FERRARI NETO, Luiz Antonio. Fraude contra credores *vs.* fraude à execução: a polêmica trazida pela Súmula 375 do STJ. In: *Revista de Processo*, v. 36, n. 195, maio 2011, p. 239.

136 ARRUDA ALVIM, Angélica; MIRANDA, Flávia Poyares. Fraude à execução no novo CPC e a súmula n. 375/STJ. In: *Revista Forense*, v. 421, ano 111, jan.-jun. 2015, p. 4-5; DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. O princípio da concentração da matrícula e a fraude à execução: um diálogo entre a Lei n. 13.097/2015 e o CPC/ 2015. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). *Panorama atual do novo CPC*. São Paulo: empório do direito.com: Tirant lo Blanch, 2019, p. 211; AURELLI, Arlete Inês. A evolução da fraude à execução na jurisprudência do STJ. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (coord.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 888.

137 ARRUDA ALVIM, Angélica; MIRANDA, Flávia Poyares. Fraude à execução no novo CPC e a súmula n. 375/STJ. In: *Revista Forense*, v. 421, ano 111, jan.-jun. 2015, p. 15; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Fraude de execução. In: *Revista da AMAGIS*, v. 3, n. 8, 1985, p. 96-98; ASSIS, Carlos Augusto de. Fraude à execução e boa-fé do adquirente. In: *Revista de Processo*, v. 27, n. 105, jan.-mar. 2002, p. 238-239.

138 STJ, Recurso Especial 618.625/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 19/02/2008, DJe 11/04/2008.

139 STJ, Recurso Especial 804044/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, j. 19/05/2009, DJe 04/08/2009.

140 STJ, Recurso Especial 956943/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. 20/08/2014, DJe 01/12/2014.

141 Registre-se posicionamento de registradores que entendem ser essa exigência inconstitucional em: RANALDO FILHO, Antonio. As certidões de ações e o dever anexo de registro. In: *Revista de Direito Imobiliário*, v. 36, n. 74, jan.-jul. 2013.

142 STJ, Recurso Especial 943591/PR, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 19/06/2007, DJ 08/10/2007, p. 311; AURELLI, Arlete Inês. A evolução da fraude à execução na jurisprudência do STJ. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (coord.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 877-878.

> Não obstante, no julgamento do Recurso Especial 956.943/PR[143], manteve-se a posição do Superior Tribunal de Justiça de atribuir ao credor o ônus de prova da má-fé do adquirente, quando não houver registro da penhora. As razões do voto vencedor, da lavra do Ministro João Otávio de Noronha, **são que:** (*i*) a má-fé não se presume, se prova; (*ii*) a inviabilização da compra e venda de imóveis, exigindo que o adquirente busque em todos os cartórios judiciais de todas as comarcas brasileiras alguma restrição sobre o bem ou em nome de todos os proprietários anteriores, não apenas o alienante; (*iii*) tornar inaplicáveis o § 4º do art. 659 e o art. 615-A, do Código de Processo Civil de 1973; (*iv*) o credor pode ter acesso à certidão de registro e verificar a titularidade do domínio. Outrossim, frisou-se, naquela ocasião, a impertinência de se modificar radicalmente a interpretação sobre o ônus da prova na fraude à execução[144].

A força probatória do registro[145], assim como a atribuição ao credor do ônus de provar a má-fé de terceiro adquirente, foi, ainda, reforçada no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial 655.000/SP[146]. Na fundamentação, o Ministro Luis Felipe Salomão fez referência ao regramento da fraude à execução no Código de Processo Civil de 2015, destacando as hipóteses de configuração e, também, o ônus do terceiro adquirente de comprovar a adoção das cautelas necessárias, no caso de bens não sujeitos a registro.

3. PRESSUPOSTOS DA FRAUDE À EXECUÇÃO NO CPC/2015

O legislador ampliou as hipóteses de fraude à execução e optou por expor mais detalhadamente os requisitos inerentes a cada uma delas, incorporando, em certa medida, a posição consolidada na jurisprudência e exprimida na primeira parte da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça[147].

Assim, não só a pendência de ação fundada em direito real, mas também a reipersecutória, passaram a ser admitidas como hipótese de fraude[148]. Essa ampliação veio acompanhada de um novo requisito: a averbação da ação no respectivo registro público do bem, quando houver. De

---

143 STJ, Recurso Especial 956.943/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. 20/08/2014, DJe 01/12/2014.

144 AURELLI, Arlete Inês. A evolução da fraude à execução na jurisprudência do STJ. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (coord.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 887.

145 Registre-se que a promessa de doação celebrada em ação de divórcio possui a mesma eficácia da escritura pública, conforme reconhecido em STJ, Recurso Especial 1634654/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 26/09/2017, DJe 13/11/2017.

146 STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial 655000/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. 10/06/2015, DJe 23/06/2015.

147 ALVIM, Eduardo Arruda; GRUBER, Rafael Ricardo. Segurança jurídica dos negócios imobiliários *versus* fraude à execução: ônus dos credores e ônus dos adquirentes de bens no direito civil e tributário brasileiro. In: *Revista de Processo*, v. 291, ano 44, maio 2019, p. 117; VICELLI, Gustavo de Melo; FÜRST, Henderson. Fraude à execução e a imprecisão normativa do Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, v. 303, ano 45, p. 157-180, maio 2020, p. 165; BRITO, Cristiano Gomes de. Novas perspectivas da fraude à execução nos processos civil, trabalhista e tributário. In: *Revista de Processo*, v. 277, ano 43, mar. 2018, p. 265-266.

148 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. O princípio da concentração da matrícula e a fraude à execução: um diálogo entre a Lei n. 13.097/2015 e o CPC/ 2015. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). *Panorama atual do novo CPC*. São Paulo: empório do direito.com: Tirant lo Blanch, 2019, p. 214; SOUZA, Gelson Amaro de. Execução e fraude à execução no novo CPC/2015. In: CÂMARA, Helder Moroni; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; MAZZEI, Rodrigo (org.). *Aspectos polêmicos do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Almedina, 2018, v. 2, p. 30.

modo semelhante, a averbação de ação de execução[149], de hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial[150] no registro do bem configuram a fraude à execução. Tal situação se aproxima da venda de bens constritos[151], com ciência do adquirente, já reconhecida jurisprudencialmente como caracterizadora da fraude em questão[152].

Com efeito, percebe-se que o registro, que originalmente era um meio de prova da ciência de terceiro quanto à situação do alienante e do bem que pretendia adquirir, foi erigido a um requisito legal da fraude à execução[153]. Sendo assim, as discussões acerca da boa-fé de terceiros foram reduzidas à hipótese do inciso IV do art. 792 do Código de Processo Civil em vigor, referente à tramitação de ação capaz de tornar insolvente o devedor, ao tempo da alienação ou oneração do bem, correspondente ao inciso II do art. 593 do diploma legal anterior, que também foi a principal fonte de discussões jurídicas sobre os requisitos da fraude à execução. Cumpre, contudo, indagar se nas demais hipóteses legais, na falta do registro, o credor não mais terá a possibilidade de comprovar a ciência de terceiro por outros meios[154].

---

149 VICELLI, Gustavo de Melo; FÜRST, Henderson. Fraude à execução e a imprecisão normativa do Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, v. 303, ano 45, p. 157-180, maio 2020, p. 165-166; SOUZA, Gelson Amaro de. Execução e fraude à execução no novo CPC/2015. In: CÂMARA, Helder Moroni; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; MAZZEI, Rodrigo (org.). *Aspectos polêmicos do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Almedina, 2018, v. 2, p. 30-31; SÁ, Renato Montans de. A responsabilidade patrimonial do executado e os atos atentatórios à dignidade da execução. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de execução e cumprimento de sentença*: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 540;

150 SOUZA, Gelson Amaro de. Execução e fraude à execução no novo CPC/2015. In: CÂMARA, Helder Moroni; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; MAZZEI, Rodrigo (org.). *Aspectos polêmicos do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Almedina, 2018, v. 2, p. 31; SÁ, Renato Montans de. A responsabilidade patrimonial do executado e os atos atentatórios à dignidade da execução. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de execução e cumprimento de sentença*: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 540-541; MAZZEI, Rodrigo; BENTO, Leriane Drumond. Fraude à execução no CPC/2015: algumas questões registrais. In: *Revista Jurídica*, v. 63, n. 452, jun. 2015, p. 13-16.

151 AURELLI, Arlete Inês. A evolução da fraude à execução na jurisprudência do STJ. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (coord.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 874; ALVIM, Eduardo Arruda; GRUBER, Rafael Ricardo. Segurança jurídica dos negócios imobiliários *versus* fraude à execução: ônus dos credores e ônus dos adquirentes de bens no direito civil e tributário brasileiro. In: *Revista de Processo*, v. 291, ano 44, maio 2019, p. 881-884.

152 STJ, Recurso Especial 113666/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 13/05/1997, DJ 30/06/1997, p. 31031; STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial 114415/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, Segunda Seção, j. 12/11/1997, DJ 16/02/1998, p. 19; STJ, Recurso Especial 135228/SP, rel. Min. Nilson Naves, Terceira Turma, j. 02/12/1997, DJ 13/04/1998, p. 117; STJ, Recurso Especial 174355/SP, rel. Min, Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 03/09/1998, DJ 13/10/1998, p. 133; STJ, Recurso Especial 166787/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 10/08/1999, DJ 06/09/1999, p. 79; STJ, *Habeas Corpus* 9729/GO, rel. Min. Nilson Naves, Terceira Turma, j. 28/09/1999, DJ 16/11/1999, p. 206; STJ, Recurso Especial 110336/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 16/03/2000, DJ 05/08/2002, p. 343; STJ, *Habeas Corpus* 20005/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 27/06/2002, DJ 02/09/2002, p. 190; STJ, Recurso Especial 432185/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, j. 03/03/2005, DJ 21/03/2005, p. 383; STJ, Recurso Especial 690005/MG, rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, j. 27/09/2005, DJ 17/10/2005, p. 293; STJ, Recurso Especial 418032/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. 25/04/2006, DJ 29/05/2006, p. 227.

153 VICELLI, Gustavo de Melo; FÜRST, Henderson. Fraude à execução e a imprecisão normativa do Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, v. 303, ano 45. p. 157-180, maio 2020, p. 160; SOUZA, Gelson Amaro de. Execução e fraude à execução no novo CPC/2015. In: CÂMARA, Helder Moroni; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; MAZZEI, Rodrigo (org.). *Aspectos polêmicos do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Almedina, 2018, v. 2, p. 32.

154 VICELLI, Gustavo de Melo; FÜRST, Henderson. Fraude à execução e a imprecisão normativa do Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, v. 303, ano 45. p. 157-180, maio 2020, p. 172-173; SÁ, Renato Montans de. A responsabilidade patrimonial do executado e os atos atentatórios à dignidade da execução. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI,

Alienado bem não sujeito a registro, o § 2º do art. 792 indica que o terceiro adquirente terá o ônus de provar[155] que adotou as cautelas necessárias antes de realizar o negócio, com a juntada das certidões obtidas nos cartórios judiciais do foro do domicílio do vendedor e do local onde se encontra o bem[156]. A legislação anterior não fazia distinção entre bens sujeitos ou não a registro, pois esse não era considerado um requisito legal, mas um meio de prova apto a ensejar a presunção absoluta da ciência do terceiro sobre o risco na aquisição do bem. Todavia, fosse o bem móvel ou imóvel, a ciência de terceiro acerca era exigida indistintamente, fosse por inscrição no órgão competente ou por outros meios aptos a demonstrá-la, na esteira de vários precedentes do Superior Tribunal de Justiça[157].

A doutrina divide-se sobre o § 2º do art. 792 do Código de Processo Civil e sua relação com a Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça, que imputa ao credor o ônus de provar a má-fé do terceiro adquirente.

Sobre o tema, Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Conceição, Leonardo Ribeiro e Rogério Mello entendem que a Súmula 375 foi superada e deve ser parcialmente revogada, tendo em vista a inversão do ônus da prova determinada pela lei[158]. Por outro lado, as considerações de Fredie Didier Junior e Paula Sarno Braga indicam que a Súmula 375 continua aplicável, permitindo que o credor faça a prova da má-fé do adquirente quando não houver registro da ação real ou reipersecutória, em razão do disposto no art. 54, I, e parágrafo único, da Lei 13.097/2015[159].

Gilberto Gomes (coord.). *Processo de execução e cumprimento de sentença*: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 541.

155 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. O princípio da concentração da matrícula e a fraude à execução: um diálogo entre a Lei n. 13.097/2015 e o CPC/ 2015. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). *Panorama atual do novo CPC*. São Paulo: empório do direito.com: Tirant lo Blanch, 2019, p. 211-213.

156 A doutrina critica essa disposição, por considerá-la imprecisa e por tratar como exceção o que, na prática, é a regra, que é a alienação de bens móveis ou não, sujeitos a registro, que têm maior circulação comercial. Cf. VICELLI, Gustavo de Melo; FÜRST, Henderson. Fraude à execução e a imprecisão normativa do Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, v. 303, ano 45. p. 157-180, maio 2020, p. 174.

157 STJ, Recurso Especial 309832/RR, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 16/04/2002, DJ 24/06/2002, p. 309; STJ, Recurso Especial 253707/PR, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 14/05/2002, DJ 12/08/2002, p. 215; STJ, Recurso Especial 618444/SC, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 07/04/2005, DJ 16/05/2005, p. 356; STJ, Recurso Especial 50878/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 19/04/2005, DJ 30/05/2005, p. 378; STJ, Recurso Especial 623775/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 25/10/2005, DJ 20/02/2006, p. 332; STJ, Recurso Especial 694728/RS, rel. Min. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, j. 07/11/2006, DJ 11/12/2006, p. 364; STJ, Recurso Especial 784995/MT, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 14/11/2006, DJ 05/02/2007, p. 249; STJ, Recurso Especial 742097/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. 08/04/2008, DJe 28/04/2008; STJ, Recurso Especial 1726186/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 08/05/2018, DJe 11/05/2018.

158 ARRUDA ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1.146-1.147. No mesmo sentido cf. ARRUDA ALVIM, Angélica; MIRANDA, Flávia Poyares. Fraude à execução no novo CPC e a Súmula n. 375/STJ. In: *Revista Forense*, v. 421, ano 111, jan.-jun. 2015, p. 16-22; AURELLI, Arlete Inês. A evolução da fraude à execução na jurisprudência do STJ. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (coord.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 874; ALVIM, Eduardo Arruda; GRUBER, Rafael Ricardo. Segurança jurídica dos negócios imobiliários *versus* fraude à execução: ônus dos credores e ônus dos adquirentes de bens no direito civil e tributário brasileiro. In: *Revista de Processo*, v. 291, ano 44, maio 2019, p. 889.

159 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. O princípio da concentração da matrícula e a fraude à execução: um diálogo entre a Lei n. 13.097/2015 e o CPC/ 2015. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). *Panorama atual do novo CPC*. São Paulo: empório do direito.com: Tirant lo Blanch, 2019, p. 220-222. No mesmo sentido: ALVIM, Eduardo Arruda; GRUBER, Rafael Ricardo. Segurança jurídica dos negócios imobiliários *versus* fraude à execução: ônus dos credores e ônus dos adquirentes de bens no direito civil e tributário brasileiro. In:

Quanto à opção legislativa de inversão do ônus de prova, no caso de bens não sujeitos a registro, há quem entenda que o § 2º do art. 792 estaria impondo "ao adquirente de bem móvel um ônus superior àquele que recai sobre o adquirente de bem imóvel", ao passo que "seria mais fácil, simplesmente, a presunção de boa-fé do terceiro adquirente"[160]. Sob outro ângulo, defende-se "uma postura, um dever de conduta proativo, em que se busque conhecer a situação econômica do alienante"[161].

Apesar da extensa discussão sobre os requisitos para configuração da fraude à execução, sobretudo sobre a boa-fé de terceiro, que ora era designada de *concilium fraudis*, ora se dava pela necessidade de registro, outras vezes pela valorização de uma conduta diligente, a ciência do terceiro sobre a penhora ou o risco de insolvência do devedor alienante sempre esteve presente no Direito brasileiro. A imprecisão no tema está mais intimamente relacionada à diversidade de termos e ao uso de conceitos imprecisos, e, sobretudo, como bem observou o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira em registro doutrinário, ao de ônus de prova[162].

Quanto à primeira indagação, ao contrário do que se depreende da interpretação literal dos incisos I a III do art. 792 do Código de Processo Civil, o elemento subjetivo, isto é, a ciência do terceiro adquirente, mesmo que presumível, continua sendo relevante para a caracterização da fraude. Ela constitui a razão para a exigência do registro. Essa é a conclusão que decorre do estudo da fraude à execução na doutrina e, principalmente na jurisprudência, empreendido neste trabalho. Outrossim, o próprio Liebman não considerava prescindível o elemento subjetivo, mas a sua comprovação, já que o tinha como *in re ipsa*, ou seja, inerente à fraude.

Quanto à possibilidade de o credor demonstrar a má-fé do adquirente quando não houver o registro de ação ou constrição, e ao ônus de prova do terceiro adquirente, no caso de bens não sujeitos a registro, não cabe prever qualquer posição a ser seguida pela jurisprudência, pois isso tampouco é possível. Entretanto, na segunda metade de 2021, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça revisitou o debate sobre a extensão de ineficácia oriunda da fraude à execução em alienações sucessivas. Na ocasião, a Ministra Nancy Andrighi reforçou o entendimento cristalizado na Súmula 375, quanto à presunção absoluta de conhecimento por terceiros, e, portanto, de fraude à execução, oriunda da inscrição da penhora ou da pendência de ação no registro do bem, inclusive fazendo um paralelo entre os arts. 659, § 4º, e 615-A, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973, com os arts. 844 e 828, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015. Considerou, ainda, que a ausência de registro "não obsta, *prima facie*, o reconhecimento da fraude à execução", reiterando o disposto na Súmula 375 quanto à atribuição do ônus de prova ao credor nesse caso. Concluiu que a ineficácia não se transmite automaticamente pela cadeia dominial, sendo necessária a averbação, da penhora ou da ação, no registro do imóvel, ou a prova de má-fé do adquirente sucessivo[163], o que significa que a Súmula 375 é aplicável às alienações sucessivas, já na vigência do Código de Processo Civil de 2015.

Revista de Processo, v. 291, ano 44, maio 2019, p. 117-125. Por outros fundamentos, mas com a mesma posição: AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 825; SÁ, Renato Montans de. A responsabilidade patrimonial do executado e os atos atentatórios à dignidade da execução. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de execução e cumprimento de sentença*: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 537-538.

160 GOMIDE, Alexandre Junqueira. Fraude à execução: Lei n. 13.097/2015 *versus* novo Código de Processo Civil. Retrocessos na defesa do adquirente de boa-fé? In: *Revista Síntese: Direito Civil e Processual Civil*, v. 19, n. 112, abr.-maio 2018, p. 43-44.

161 BRITO, Cristiano Gomes de. Novas perspectivas da fraude à execução nos processos civil, trabalhista e tributário. In: *Revista de Processo*, v. 277, ano 43, mar. 2018, p. 268.

162 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Fraude de execução. *Revista da AMAGIS*, v. 3, n. 8, 1985, p. 96.

163 STJ, Recurso Especial 1863999/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 03/08/2021, DJe 09/08/2021.

Naturaleza, efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

LORENZO M. BUJOSA VADELL[1]

Sumario: 1. Introducción. 2. El TEDH como órgano jurisdiccional supranacional. 3. La fuerza de obligar de las sentencias del TEDH. 4. La aparente naturaleza heterogénea de las sentencias del TEDH. 5. La eficacia de las sentencias del TEDH. 5.1. La larga problemática de la obtención de eficacia de las sentencias del TEDH. 5.2. El Comité de Ministros del Consejo de Europa como garante de la eficacia de las sentencias del TEDH. 5.3. Las sentencias del TEDH y el proceso de revisión de sentencias firmes.

INTRODUCCIÓN

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) es considerado el más efectivo sistema de protección de los derechos humanos del mundo[2], que es una muestra significativa de un rasgo fundamental de la evolución del Derecho en el siglo XX[3] y que supuso un paso certero hacia la concreción de formulación más amplias y menos coercitivas, al tiempo que ha sido modelo de otros sistemas de protección que también buscan su efectividad.

En efecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue un paradójico fruto de los grandes estragos de las guerras mundiales que confrontaron, de manera particular y muy dramática, en primera línea, a sucesivas generaciones de jóvenes europeos, especialmente franceses y alemanes, pero además a millones de personas que sufrieron en sus propias carnes las funestas consecuencias de políticas que menospreciaron radicalmente la idea central de dignidad humana[4]. La proclamación de una serie de derechos como fundamento universal de la convivencia supuso un cambio radical: el Estado ya no se debía limitar a proteger – en su caso – a sus ciudadanos a

1 Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

2 Cfr. SWEET, A.S.; KELLER, H., "The reception of the ECHR in National Legal Orders", *A Europe of Rigths. The impact of the ECHR in National Legal Systems,* Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 3.

3 Precisamente Mauro CAPPELLETTI, "Appunti per una fenomenologia della giustizia nel secolo XX", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 1978, num. 4, pp. 1413-1414, al trazar las características principales de la fenomenología del Derecho Procesal en el siglo XX, destaca sus pasos avanzados hacia la internacionalización: "La dimensione internazionale della giustizia implica infatti, prima di ogni altra cosa, abbandono della concezione esclusivistica e monopolistica della sovranità dello Stato; essa implica, com'è eloquentemente proclamato dalla costituzione italiana del 1948, volontà dello Stato di consentire le 'limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicurì la pace e la giustizia fra le Nazioni'".

4 Justamente en la famosa Declaración Schuman, de 9 de mayo de 1950, el ministro de Asuntos Exteriores francés declaraba: "Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho. La agrupación de las naciones europeas exige que la oposición secular entre Francia y Alemania quede superada...".

través de la protección diplomática, sino que era visto como una potencial amenaza respecto a su propia población. La inmediata experiencia histórica era clara. Por ello, se consideraba imprescindible la creación de instrumentos de protección los sujetos jurídicos frente al poder público de sus propios países.

Sin embargo, un planteamiento realista no podía detenerse en proclamaciones programáticas o de excelentes deseos, por muy oportunas que fueran. Se tuvo la suficiente visión práctica para conseguir acompañar esas declaraciones de un conjunto orgánico dirigido a asegurar la interpretación y la aplicación concreta de los derechos humanos enumerados en los textos internacionales. Tales innovaciones, no obstante, suponían alteraciones en los equilibrios jurídico-constitucionales que no han sido fáciles de resolver, como son, sin ningún ánimo exhaustivo, la justificación de la potestad jurisdiccional ejercida por estos nuevos órganos, la incardinación del proceso supranacional en el *iter* de resolución de un caso concreto iniciado, naturalmente, en el ámbito interno o el problema en el que nos deberemos centrar en las páginas siguientes y que tiene que ver, nada menos, que con la eficacia de las sentencias en todo el ámbito espacial de incidencia de estos órganos.

Para un procesalista resulta evidente la insuficiencia de las enumeraciones dogmáticas, si no van acompañadas de los instrumentos necesarios para hacerlas valer[5]. Pero, aún con la configuración de cauces procesales en los que se puedan constatar las vulneraciones en los supuestos concretos que se sometan a – y logren ser admitidos por – los órganos competentes, es también claro que no nos podemos quedar satisfechos con la mera declaración contenida en la sentencia, que puede ser valiosa en sí misma, pero que debe producir los efectos propios derivados de su contenido. En todo ello está implicado un análisis sobre la verdadera naturaleza de las sentencias dictadas en el sistema europeo de protección de los derechos humanos y sobre las consiguientes consecuencias en los ordenamientos de los Estados parte del CEDH.

2. EL TEDH COMO ÓRGANO JURISDICCIONAL SUPRANACIONAL

En el esquema orgánico originario del CEDH se crearon dos órganos destinados a asegurar la observancia de los compromisos contraídos por las Altas Partes Contratantes: La Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 19 CEDH); mientras que se asignaban atribuciones en este contexto a dos órganos preexistentes en el conjunto orgánico del Consejo de Europa: el Secretario General y el Comité de Ministros, órgano este último, como veremos, con un creciente protagonismo para el control de la eficacia de las sentencias emitidas por el TEDH.

El carácter novedoso de esta configuración implicaba lo que ahora consideramos como una excesiva prudencia desde el punto de vista del procedimiento: La recepción de reclamaciones de cualquier persona, de organizaciones no gubernamentales o de grupos de individuos se condicionaba a declaraciones facultativas emitidas por cada uno de los Estados parte (art. 25 CEDH), que se emitían para un periodo determinado y se iban prorrogando. Y, por otro lado, se preveía otra declaración facultativa a efectos de reconocer la jurisdicción del TEDH respecto a todos los asuntos relativos a la interpretación y a la jurisdicción del Convenio (art. 46 CEDH).

Estas salvaguardas adicionales posiblemente estuvieran justificadas en los primeros años de funcionamiento del sistema europeo, pero en los años noventa se pretendió reforzar la posición del Tribunal y, en definitiva, reestructurar los mecanismos de control del sistema europeo, ante la masiva abundancia de casos presentados y con el fin de aumentar la eficiencia en su gestión procesal. Conviene recordar que, además, en esos años, la incorporación de los países del Este

5 Recuérdese la concepción de ALMAGRO NOSETE, J., *Constitución y Proceso,* Barcelona, 1984, pp. 153-155, por la que el Derecho procesal se entiende como un conjunto institucional que sirve a la efectividad de todo el Derecho, y que, por tanto, instrumenta la efectividad judicial de todas las normas jurídicas.

supuso una inflexión importante en la vertiente práctica de la protección europea de los derechos humanos, que debía sus consecuencias estructurales.

De este modo, el Protocolo núm. 11, de 11 de mayo de 1994[6], consolidó el sistema de protección al hacer desaparecer la Comisión, como filtro previo a la fase propiamente jurisdiccional, y al establecer un Tribunal, con una mayor permanencia, pero también con una más elevada complejidad, pues los magistrados – tantos como Estados parte del CEDH – se agrupan en Comités, Salas y Gran Sala (art. 27 CEDH), aunque también caben reuniones plenarias a efectos organizativos. Ahora, por el simple hecho de la vinculación con el sistema de protección hay un sometimiento de los Estados a estos órganos del Tribunal y las reclamaciones pueden presentarse directamente por los sujetos privados (personas físicas, organizaciones no gubernamentales y grupos de individuos), por tanto desaparecen las declaraciones facultativas anteriores.

Los Comités, con tres miembros, pueden, por unanimidad, declarar inadmisible o eliminar del orden del día una demanda individual presentada en virtud del artículo 34, en ciertas circunstancias. Pero son las Salas y la Gran Sala las que dictan resoluciones sobre el fondo, una vez tramitado el proceso supranacional, aunque las Salas deben realizar inicialmente una nueva valoración de admisibilidad. Ordinariamente estos órganos, compuestos por siete magistrados, conocen en primera instancia de las pretensiones presentadas por los reclamantes y, naturalmente, se pronuncian a través de sentencias de primera instancia.

En casos excepcionales, en los que se planteen cuestiones graves relativas a la interpretación del Convenio o de sus protocolos, o si la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal, la Sala podrá inhibirse en favor de la Gran Sala, mientras no haya dictado sentencia, salvo que una de las partes se oponga a ello (art. 30 CEDH). A su vez, en el plazo de tres meses desde la fecha de la sentencia de la Sala, cualquier parte puede pedir la remisión del asunto a la Gran Sala, que lo admitirá si se aprecia una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus protocolos o una cuestión grave de carácter general (art. 43 CEDH). Por supuesto, la Gran Sala no tiene una instancia superior, por tanto sus sentencias gozarán de firmeza.

Posteriores protocolos han ido ajustando este esquema. Así el Protocolo núm. 14, de 13 de mayo de 2004, constatando de nuevo la urgente necesidad de modificar algunas previsiones del Convenio, y con el reiterado propósito de perfeccionar la eficiencia del sistema de control a largo plazo, en el contexto del crecimiento exponencial de asuntos[7], añadió la posibilidad de que los magistrados, individualmente, puedan considerar la inadmisibilidad de la reclamación o su exclusión del orden del día (art. 27 CEDH). Pero a su vez, otorgó competencias sobre el fondo a los Comités, de modo que, si se trata de asuntos para los que el tribunal tiene ya una jurisprudencia

6 Cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de noviembre de 1998. *Vid*. BONET i PÉREZ, J., "El Protocolo núm. 11 y la reforma del sistema europeo de protección de los derechos humanos", *Revista Española de Derecho Internacional,* vol. XLVI, 1994, núm. 1, pp. 474-485; MARÍN LÓPEZ, A., "La reforma del sistema de protección de los derechos del hombre en el Consejo de Europa: El protocolo nº. 11 al Convenio Europeo de 1950", *Anuario de Derecho Internacional*, XI, 1995, pp. 169-202; SALINAS ALCEGA, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI. El proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 28-38.

7 No está de más señalar que el problema del elevado número de reclamaciones lleva directamente al asombro. Conforme a las estadísticas publicadas por el propio TEDH, eran 70.150 las reclamaciones pendientes de resolución el 31 de diciembre de 2021, la mayor parte de ellas contra la Federación Rusa (24,20 %) y Turquía (21,70 5). Solo en el año 2021 fueron presentadas 44.250. Y desde que se puso en funcionamiento el Tribunal hasta finales de 2021 fueron 24.511 las sentencias dictadas, más de un tercio de las cuales respecto a tres países: Turquía (3.820), Federación Rusa (3.116) e Italia (2.466).

consolidada, el asunto es resuelto sobre el fondo, y por tanto con una sentencia que goza de firmeza[8] (art. 28 CEDH). Por otra parte, con idéntica finalidad de restringir el número de casos que ingresen en el sistema, aumentan los criterios que permiten inadmitir una reclamación con criterios de difícil concreción y de imposible control[9].

Es importante resaltar la exigencia general del previo agotamiento de las vías internas, como dispone el artículo 35.1 CEDH: "Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva". Esta aplicación del principio de subsidiariedad es lógica y va en la misma dirección de restringir las funciones de estos tribunales supranacionales a los estrictamente necesario y cuando la pretensión que se ejercite no pueda haber obtenido satisfacción previamente en el ámbito interno. En este sentido, el Protocolo núm. 15, ha añadido un nuevo párrafo al preámbulo de la Convención, en el que se viene a destacar que los Estados parte tienen la responsabilidad principal de garantizar los derechos y libertades definidos en el Convenio y sus Protocolos, y que al hacerlo disfrutan de un margen de apreciación, bajo el control del TEDH.

Pero esta prioridad de las vías internas no es absoluta, ya que el Protocolo núm. 16, de 2 de octubre de 2013[10], prevé que los órganos jurisdiccionales de mayor rango de los Estados parte podrán solicitar al tribunal que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos, siempre respecto a un asunto del que estén conociendo. Se permite de este modo una profundización del diálogo entre el Tribunal Europeo y los Altos tribunales internos[11] a través de esta técnica de cuestiones prejudiciales que ya había sido propuesta hace años[12]. Pero la resolución de estas cuestiones prejudiciales, aunque debe ser motivada no tiene forma de sentencia, sino una forma específica a la que el protocolo denomina simplemente "opiniones consultivas", que deberán ser motivadas, serán comunicadas al órgano que realizó la consulta y, especialmente importante para nuestro análisis: "no serán vinculantes", conforme al artículo 5 del Protocolo[13].

---

8 La posición de los magistrados componentes del respectivo Comité se ve muy fortalecida, pues su determinación sobre si la cuestión planteada en el caso concreto, acerca de la interpretación o la aplicación de la Convención y sus Protocolos, ha sido objeto de jurisprudencia consolidada por el Tribunal, queda como indiscutible, o lo que es lo mismo en terminología jurídico-procesal: irrecurrible, al ser firme (art. 28.2 CEDH).

9 Así, el artículo 35.3 CEDH, tras la reforma, mantiene la redacción anterior, de modo que el Tribunal considerará inadmisible cualquier demanda individual presentada en aplicación del artículo 34 cuando la estime incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva. Pero se añade un nuevo criterio relativo a que el reclamante no haya sufrido un perjuicio significativo, a menos que en relación con la protección de los derechos humanos tal y como se definen en el Convenio y sus Protocolos exija un examen sobre el fondo. No obstante, ningún asunto podrá ser rechazado por este motivo si no ha sido debidamente considerado por un tribunal nacional.

10 Como señala el preámbulo de este Protocolo núm. 16: "la ampliación de la competencia del tribunal para emitir opiniones consultivas reforzará la interacción entre el Tribunal y las autoridades nacionales y consolidará así la implementación del Convenio, de conformidad con el principio de subsidiaridedad".

11 *Vid*. GONZÁLEZ HERRERA, D., *El diálogo judicial en el Espacio Jurídico Europeo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 289-368.

12 Así, CARRILLO SALCEDO, J.A., "En favor de la atribución al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la competencia de estatuir, a título prejudicial, sobre la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *Problemas actuales de la Justicia (Homenaje al Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario),* Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, pp. 777-780. Asimismo, BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, p. 109.

13 Ciertamente, ni el Convenio, ni el Protocolo núm. 16, ni el Reglamento de Procedimiento del TEDH (arts. 91 a 95) hablan de sentencia al referirse a estos trámites, sino simplemente "opiniones consultivas".

3. LA FUERZA DE OBLIGAR DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH

Como ocurre con cualquier convenio internacional, los Estados que han firmado y se han adherido o han ratificado el texto acordado están vinculados por él. Como dispone el artículo 26 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados[14]: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". Por tanto, es claro que las normas contenidas en el Convenio Europeo también tienen fuerza vinculante.

La peculiar naturaleza de este tratado internacional multilateral hace que no sólo debamos tener en cuenta la obligación de los Estados parte de vincularse a sus disposiciones, sino que la creación de órganos específicos para la interpretación y la aplicación de tales normas, extiende notablemente el acervo jurídico a aplicar. Estas consideraciones afectan notablemente a la cláusula de apertura supranacional de la Constitución española de 1978, pues el artículo 10.2 exige que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, pues a través del CEDH encuentra una indudable vía de expansión y de actualización[15].

Pero no es exactamente lo mismo el texto del convenio que el texto de las sentencias emanadas de un órgano creado por el convenio. Por si hubiera dudas acerca de la fuerza vinculante de estas resoluciones, el propio CEDH establece que "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias firmes[16] del Tribunal en los litigios en que sean partes" (art. 46.1 CEDH), por lo tanto es claro que los Estados miembros están obligados a acatar las sentencias que se dicten en los casos en que aparezcan como parte reclamada en el sistema de protección del CEDH. Tan simple como que las partes de un proceso quedan vinculadas al resultado de ese proceso en forma de sentencia firme[17].

---

14 Firmado en Viena el 23 de mayo de 1969. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigor desde el 27 de enero de 1980.

15 El TC en sentencia núm. 91/2000, de 30 de marzo, se afirma que: "Especial relevancia revisten, en ese proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 C.E. remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 78/1982, de 20 de diciembre, y 38/1985, de 8 de marzo) y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, firmado en Roma en 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, de 14 de marzo; 114/1984, de 29 de noviembre; 245/1991, de 16 de diciembre; 85/1994, de14 de marzo, y 49/1999, de 5 de abril)".

16 La traducción española del texto del convenio, reflejada en el propio texto publicado en el BOE, utiliza el término "definitiva", pero en realidad se ajustan mejor al concepto de "sentencia firme", entendida como aquella contra la que no cabe recurso alguno (art. 245.3 LOPJ). Téngase en cuenta que el adjetivo que se utiliza en la versión inglesa es de "final", por tanto: "final judgments".

17 Lo cual no implica, como en el Derecho interno, que en caso de que la justicia material lo exija, pueda haber una rescisión de la firmeza de estas sentencias. El artículo 80 del Reglamento de procedimiento del TEDH permite la presentación de solicitudes de revisión de sentencias "en caso de que se descubriera un hecho que, por su naturaleza, hubiera podido tener una influencia decisiva en el resultado de un asunto ya resuelto y que, en el momento de la sentencia, fuera desconocido por parte del TEDH y no podía ser razonablemente conocido por una de las partes". Para ello se tienen seis meses desde que se tuvo conocimiento del hecho descubierto a fin de solicitar al TEDH la

Sin embargo, surge de inmediato la pregunta acerca de qué sentencias estamos hablando. Desde luego no todas las que dictan los diversos órganos del TEDH, sino sólo de algunas de ellas. El articulado del Convenio nos da una respuesta pormenorizada: Las sentencias de la Gran Sala serán firmes; las sentencias de una Sala lo serán cuando las partes declaren que no solicitarán la remisión del asunto ante la Gran Sala, cuando no haya sido solicitada la remisión del asunto ante la Gran Sala durante los tres meses posteriores a la fecha de la sentencia o cuando el colegio de la Gran Sala inadmita la remisión que se haya planteado, aplicando el apartado segundo del artículo 43 CEDH (art. 44 CEDH)[18].

Aparte de estas referencias normativas, tanto valor o más tiene otra perspectiva derivada de las sentencias del TEDH más allá de las partes del proceso supranacional que se haya tramitado. Por tanto, por un lado, tenemos el efecto de cosa juzgada propio de la actividad jurisdiccional, en algún momento determinado de cualquier procedimiento, por el que se impide la posibilidad de ulteriores decisiones en el mismo proceso y, asimismo, la prohibición de entrar de nuevo, a través de un proceso distinto, en el asunto que ya ha sido enjuiciado[19].

Pero, por otro lado, hay otro aspecto que ha tenido una mucho mayor influencia para la conformación continental de un orden público de los derechos humanos y que ha sido denominado, en contraposición del efecto de cosa juzgada, como "efecto de cosa interpretada *erga omnes*" [20]. Este efecto se refiere a la fuerza irradiadora que tiene la doctrina desplegada en la multitud de resoluciones del TEDH, que de forma dinámica han ido desmenuzando los derechos humanos y las libertades fundamentales que el Convenio proclama. No es nada extraño que los tribunales internos se apoyen en argumentos construidos en el seno del TEDH y que eso sea en procesos que nada tienen que ver directamente con nuestro país. Un ejemplo clásico – y drástico – de esa utilización argumental en asuntos nacionales fue la aplicación de la doctrina de los casos Piersack y De Cubber, ambos contra Bélgica, por nuestro Tribunal Constitucional al tener que valorar la constitucionalidad del proceso penal de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, y su ajuste a la derecho a un juez imparcial[21].

De este modo, se consigue un valioso cauce de actualización de los derechos humanos de alcance continental, y aún mucho más allá, teniendo en cuenta el fértil diálogo entre tribunales de diferentes ámbitos regionales que se alimentan de las construcciones jurídicas nacidas en otras latitudes, pero que contribuyen a resolver de manera renovada los complejos asuntos jurídicos que les son sometidos.

---

revisión de la sentencia de que se trate.

18 El tercer apartado del artículo 44 CEDH añade que "La sentencia firme será hecha pública".

19 Nos parecen asimismo indudables los efectos perjudiciales de la sentencia o de cosa juzgada en sentido positivo, pues es obligado que su contenido sea tenido en cuenta en el ámbito interno del Estado parte que hubiera sido parte reclamada en el proceso supranacional. En este sentido ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., "Nota a la STS (Sala 2.ª) de 4 de abril de 1990 y al ATC (Sala 2.ª) de 18 de julio de 1990", *Revista Española de Derecho Internacional,* 1990, vol XLII, p. 554, afirma que obliga al Estado a reconocer como válida la interpretación del Convenio contenida en la misma".

20 CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Tecnos, Madrid, 2003, p. 63: "El efecto de cosa interpretada de las sentencias del Tribunal tiene, por consiguiente, alcance general, esto es, respecto de todos los Estados parte en el Convenio; las autoridades nacionales, por tanto, incluidas las judiciales, deben tomar en consideración la interpretación del Convenio por el tribunal de Estrasburgo a través de su jurisprudencia ya que dicha interpretación les vincula jurídicamente".

21 Así, la STC 145/1988, de 12 de julio, afirma literalmente: "en su citada Sentencia «De Cubber», el TEDH entendió que la actuación como Juez en el Tribunal sentenciador de quien había sido Juez Instructor de la causa suponía, por las razones ya expuestas, una infracción del derecho al Juez imparcial consagrado en el citado artículo del Convenio. De todo lo que antecede resulta que el párrafo segundo del apartado segundo de la Ley Orgánica 10/1980, que prohíbe en todo caso la recusación (y consiguientemente la abstención) del Juez sentenciador que ha sido instructor de la causa es inconstitucional por vulnerar el derecho al Juez imparcial que reconoce el artículo 24.2 de la Constitución".

4. LA APARENTE NATURALEZA HETEROGÉNEA DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH

De la letra del Convenio no se deduce claramente, por lo menos de manera directa, la existencia de sentencias de diversa naturaleza. Simplemente, como hemos visto, tenemos sentencias que han adquirido firmeza y otras que, por lo menos durante un tiempo, aún no la han adquirido. Y también hemos visto que podemos tener sentencias dictadas por la Gran Sala, y otras dictadas por las Salas, o incluso, más recientemente, por los propios Comités.

Pero el artículo 41 nos da una pista hacia otras valoraciones, pues se refiere al caso en que el Tribunal declare que ha habido una violación del Convenio o de sus Protocolos y el Derecho interno del Estado parte sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, y en ese supuesto, permite la concesión a la parte perjudicada, si así procede, lo que se conoce como una "satisfacción equitativa"[22]. Por tanto, en principio podemos tener sentencias que declaran la vulneración de alguno o algunos derechos proclamados en el Convenio, aunque si hay dificultades para reparar las consecuencias de esa vulneración, el contenido del fallo será distinto, pues puede condenar al demandado a esa satisfacción fundada en términos de equidad.

Son varias las consecuencias que podemos extraer de estas consideraciones iniciales. Está claro que estamos ante procesos de declaración: la pretensión ejercitada plantea si determinadas actuaciones del Estado han vulnerado o no alguno de los derechos y libertades del Convenio, y eso es lo que tiene que resolver el órgano competente del organigrama del TEDH. Por tanto, podrá resultar que hay vulneración de todos los derechos alegados, que hay vulneración solo de parte de ello o que no hay vulneración alguna. Y todo ello son meras declaraciones. Esa es la apariencia, por lo menos. Pero justamente la colocación orgánica del TEDH, como institución supranacional, hace que tenga unas atribuciones limitadas e incompletas, si las comparamos con las resoluciones dictadas en los ordenamientos internos y de ello también emanan asimismo consecuencias.

Vemos que hay supuestos en que los propios órganos del Tribunal deben ir más allá de la mera declaración y fijar directamente alguna medida, pues las circunstancias específicas nos muestran la imposibilidad de una completa reparación de las consecuencias de la vulneración. Fijémonos que hay un salto lógico: aparece aquí una reparación que expresamente nadie ha exigido, pero entonces la aparente mera declaración, en realidad en el fondo tiene otra naturaleza. El dar, el hacer o el no hacer son prestaciones de condena, no meras declaraciones[23]. Es verdad que, de ordinario, las sentencias del TEDH se limitan a declarar la infracción, pero si no pueden adoptarse las consecuencias requeridas en el plano interno, el artículo 41 nos permite sustituir la satisfacción plena y directa – que resulta en estos casos imposible o incompleta – por una satisfacción equitativa, con lo que sale a la luz la verdadera naturaleza de la sentencia.

---

22 El TEDH, en su sentencia del *caso De Wilde, Ooms y Versyp,* de 10 de marzo de 1972 (§ 21), determinó que, en el supuesto de que las consecuencias de una vulneración solo puedan ser eliminadas parcialmente, la concesión de una "satisfacción justa" en aplicación del artículo 50 CEDH requiere que: (...) (i) El Tribunal haya declarado que "una decisión o medida adoptada" por una autoridad de un Estado parte está "en conflicto con las obligaciones derivadas del ... Convenio"; (ii) hay una "parte vulnerada"; (iii) el tribunal lo considera "necesario" para brindar una justa satisfacción.

23 Como nos explica FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina general del Derecho procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales,* Librería Bosch, Barcelona, 1990, p. 91, al referirse a las pretensiones declarativas de condena afirma: "Se trata de obtener mediante ellas, una 'declaración' judicial, que precisa ser puesta en práctica, mediante una *ejecución,* también judicial, de diferente tipo, según se trate de condena civil, a hacer, deshacer, no hacer, entregar dinero o cosa específica; o penal, de condena a una pena, a ejecutar bajo la autoridad jurisdiccional". Y es especialmente clarificador el siguiente párrafo, cuando dice: "Dan, pues, lugar a un proceso integrado por dos estadios; el primero, 'declarativo', y el segundo – siempre es la misma fuerza la que lo mueve, la misma pretensión- 'ejecutivo'".

La complejidad del sistema enturbia la calificación de la naturaleza de la sentencia. Pero tratemos de aclararlo. No hay duda de que estamos ante un proceso de cognición, y por ello las sentencias resultantes serán en todo caso declarativas: declararán si ha habido o no vulneración, en qué medida y por qué razones. De todo ello se deduce una evidente valoración de la actividad pública que se ha estado enjuiciando. Si no se detecta violación de ningún derecho ni libertad fundamental, no se plantea problema alguno en el sentido que estamos considerando. Pero si se declara la vulneración y las razones por las que ésta se ha producido, debería ser fácil deducir que alguna norma interna – o quizás también la ausencia de ella – o una interpretación o aplicación de determinado precepto son contrarias al Convenio y, por consiguiente, se derivan obligaciones indirectas de derogar – o tal vez también promulgar – esa concreta norma o de corregir la interpretación o aplicación que se ha estimado infringe el Convenio.

Pero todo ello opera en un doble plano: la declaración y la necesidad de realizar la determinada prestación corresponde a contextos distintos. Los dos estadios de los que habla FAIRÉN. La declaración corresponde al órgano supranacional, pero la ejecución es competencia de los órganos del Estado implicado. Y decimos bien 'ejecución', porque se trata de sentencias una verdadera naturaleza es de condena. No lo dicen directamente, pero la finalidad de la declaración, unida a la obligación de acatar las sentencias (art. 46 CEDH), exige al Estado reclamado que ha obtenido una sentencia en su contra a adoptar las medidas necesarias para reparar la vulneración cometida, restituyendo la situación al momento previo, si eso fuera posible, y si no lo es, tratando de compensar de alguna manera esa infracción[24].

Nos movemos por tanto ante la exigencia de un concurso de actividades jurisdiccionales, supranacional e interna[25], que opera como una obligación implícita de resultado[26]. Aunque sea una innegable instancia de protección, el TEDH no puede considerarse en sentido pleno una ulterior instancia supraordenada a las nacionales[27], por lo menos en el sentido de poder anular o corregir directamente los actos contrarios al Convenio, sin embargo sus decisiones firmes tienen consecuencias que deben ser propiciadas por los Estados, que son quienes deben poner los medios para llegar al resultado que se deduce de la sentencia firme del tribunal supranacional.

La mera existencia de una sentencia desfavorable, en un contexto favorable, ya puede conllevar cambios interpretativos en el plano interno. Así ha ocurrido, por ejemplo, respecto a la reciente sentencia contra España, de 18 de enero de 2022, confirmada por la Gran Sala el 9 de mayo de 2022, acerca de la necesidad de motivación específica para la limitación del derecho a la defensa por abogado de libre elección en casos de investigados por terrorismo (caso Atristain Gorosabel contra España), que ha sido tenida en cuenta por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional[28], aplicando más bien el efecto de cosa interpretada y no los efectos derivados del caso concreto que se tramité en Estrasburgo. Los problemas, sin embargo, se plantearon en relación con la necesidad de obtener efectos en el ámbito interno respecto a la situación específica que está en la base de la reclamación que ha sido estimada por el TEDH.

---

24 Es preocupante que esta satisfacción equitativa pueda implicar una monetarización de los derechos humanos. Es cierto que, en ocasiones, no habrá otra manera de restituir el derecho vulnerado que a través de una indemnización económica.

25 LIÑÁN NOGUERAS, D., "Efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Derecho Español", *Revista Española de Derecho Internacional,* vol. XXXVII, pp. 355 y ss., habla de una colaboración de efectividades, interna e internacional.

26 *Vid.* FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, pp. 77-80.

27 REQUEJO PAGÉS, J.L., "La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales (A propósito de la STC 245/91: 'Caso Bultó'", *Revista Española de Derecho Constitucional,* 1992, núm. 35, p. 187.

28 Cfr. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1222480 (Consultado el 27 de mayo de 2022).

5. LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH

La exigencia de agotamiento de las vías internas para que pueda ser admitida la reclamación por el TEDH implica la culminación de la vía jurisdiccional interna y con ello el intentar obtener la eficacia de la sentencia de Estrasburgo choca con el efecto de cosa juzgada interno. Así quedan afectados principios fundamentales del ordenamiento procesal como el de la inmodificación de las sentencias firmes, el cual precisamente ha sido considerado como parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva[29] y, de hecho la irrevocabilidad ha sido considerado una característica esencial de la jurisdicción[30], pues las exigencias de seguridad jurídica conllevan un determinado momento en el procedimiento en el que no va a poder seguir discutiendo el objeto del proceso y la resolución recaída zanja el pleito.

De nuevo, la superposición de un órgano supranacional interfiere en la dogmática clásica, basada en la concepción cerrada de la soberanía, por la que no habría nada más allá del ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado. Es, por tanto, imprescindible una adaptación conceptual y, si se nos permite la expresión, una relativización de la cosa juzgada interna, pues de lo contrario es imposible encontrar vías adecuadas para obtener la eficacia en el ámbito interno de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales supranacionales.

La creación de estos órganos debe ir acompañada de las necesarias flexibilizaciones, pues de lo contrario nos quedaríamos a medio camino, sin conseguir alcanzar el propósito fijado precisamente por quienes tuvieron el atrevimiento y la fortuna de conseguir tal creación. Si se cede el ejercicio de la soberanía para la constitución de órganos supranacionales con unas atribuciones determinadas, debe completarse esa cesión permitiendo que el resultado del ejercicio de las potestades de estos tribunales puedan alcanzar el ámbito interno, pues a él se refieren las constataciones de vulneraciones que les corresponde declarar. Para ello es preciso contar con el concurso de las autoridades correspondientes del Estado parte implicado, y por tanto puede considerarse razonablemente que la obligación de acatar esas sentencias debe ir acompañada siempre de las actuaciones necesarias para obtener la reparación de las violaciones constatadas, incluidas reformas legislativas que adecuen el ordenamiento nacional a las prescripciones del CEDH.

---

29 Como dijo el TC en la sentencia 304/1993, de 25 de octubre, y en otras muchas: "Debe tenerse en cuenta, al respecto, la doctrina sentada por este Tribunal en sus SSTC 119/1998 y 16/9. Decíamos en la STC 119/1988 que la inmodificación de la Sentencia integra también el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que si, fuera del cauce del correspondiente recurso, el órgano judicial modificase una Sentencia, vulneraría el derecho fundamental del justiciable a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por Sentencia firme. De este modo el derecho fundamental del justiciable a la tutela judicial efectiva actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las Sentencias y demás resoluciones firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos por la Ley. La protección constitucional de la no modificación de las Sentencias definitivas y firmes tiene su base en el derecho a la tutela judicial efectiva del que aquélla sería manifestación, y no en el art. 9.3 de la Constitución. Ello significa que esa inmodificabilidad no es un fin en sí misma, sino un instrumento para el derecho a la tutela judicial. No integra el derecho a la tutela judicial el beneficiarse de simples errores materiales, o de evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo, que pueden deducirse, con toda certeza, del propio texto de la Sentencia".

30 Así, PEDRAZ PENALVA, E., "Sobre el 'poder' judicial y la ley orgánica del poder judicial", *Constitución, jurisdicción y proceso,* Akal, Madrid, 1990, p. 185, define la jurisdicción como: "aquella potestad constitucional ejercida, exclusiva y excluyentemente, por Tribunales independientes, previa y legalmente establecidos, funcionalmente desarrollada de modo imparcial en el proceso, dirigida a la satisfacción *irrevocable* de los intereses jurídicos socialmente relevantes". Y aún de manera más destacada, SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Jurisdicción, acción y proceso,* Atelier, Barcelona, 2008, p. 53, cuando sintetiza su concepto: "entendemos por jurisdicción la determinación irrevocable del derecho en un caso concreto, seguido, en su caso, por su actuación práctica".

5.1. LA LARGA PROBLEMÁTICA DE LA OBTENCIÓN DE EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH

Las flexibilizaciones exigidas por la vinculación al Convenio no han sido tarea fácil, como no lo ha sido aceptar que órganos integrados por juristas extranjeros puedan decirnos que alguna actuación de un órgano público ha vulnerado el núcleo central de derechos, de modo que debe modificar ese proceder y adecuar su conducta a los parámetros que fijan los órganos jurisdiccionales supranacionales.

Por un lado, los efectos indirectos de las resoluciones del TEDH – por tanto no respecto al caso concreto que resuelven, sino por el efecto de cosa interpretada del Convenio – se han extendido a lo largo y a lo ancho de los Estados parte, con un efecto armonizador mínimo[31], que ha tenido mayor o menor efectividad según la mayor o menor apertura del ordenamiento concreto a las exigencias supranacionales. De este modo, la profundización interpretativa que a través de su abundantísima jurisprudencia han llevado a cabo los órganos de Estrasburgo ha supuesto una destacada vía de renovación de las declaraciones de derechos contenidos en los respectivos textos constitucionales, con un llamativo activismo que ha llevado a la incorporación de nuevos derechos no explícitamente previstos en el documento fundacional ni siquiera en los protocolos adicionales – como es el caso al derecho al ambiente adecuado – y con una vertebración del contenido de derechos que estaban formulados como conceptos jurídicos indeterminados.

Por otro lado, las mayores dificultades se han dado respecto a los efectos directos de las sentencias firmes de Estrasburgo, cuando declaran una vulneración del Convenio o de sus Protocolos y se busca una reparación pretendidamente integral en el ámbito interno, y si no es posible, se complementaría o se sustituiría por una satisfacción equitativa, ya determinada en la propia sentencia sobre el fondo del TEDH, o en una resolución posterior específica.

Aunque no es descartable iniciar un proceso supranacional por la vigencia de una norma objetivamente contraria a las disposiciones del Convenio esta posibilidad se limita a las interposiciones de demandadas interestatales, ejercitando una suerte de acción popular internacional. Sin embargo, por cuanto se refiere a las llamadas demandas individuales (las interpuestas por personas físicas, organizaciones no gubernamentales o grupos de individuos) es necesario recordar que exigen la previa alegación de la condición de víctima ("que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos", art. 34 CEDH). Se exige, por tanto, la concreción de la violación, con lo cual no se trata de un control abstracto de la legislación de un determinado Estado parte.

Sin embargo, como hemos visto, esta evidencia no obsta para que se deriven consecuencias más amplias de la constatación de una vulneración concreta en la sentencia firme que resulte de los órganos del TEDH[32]. De lo contrario, el Estado que no atienda estas exigencias indirectas se expone a un aluvión de demandas basadas en cada una de las situaciones particulares que sean sustancialmente idénticas a la que ha sido declarada contraria al Convenio a o sus protocolos[33]. Aunque sea por elemental prudencia, parece que en estos supuestos el efecto debería ser la promoción de un cambio legislativo o, como mínimo, un cambio interpretativo, si las técnicas jurídicas

31 El TEDH en su sentencia de 23 de marzo de 1995, en el *caso Loizidou contra Turquía* (Excepciones preliminares) alude a la efectividad del Convenio como instrumento constitucional de orden público (§ 75).

32 Así, lo afirmaba ya el Tribunal, en la sentencia de 13 de junio de 1979, en el *caso Marckx contra Bélgica*: "es evidente que la decisión del Tribunal producirá efectos que excedan los límites de este caso concreto, sobre todo si se tiene en cuenta que las supuestas violaciones de derechos que aquí se plantean derivaron de preceptos jurídicos generales y no de medidas concretas de ejecución".

33 Sobre la dimensión colectiva de los procesos supranacionales del TEDH, *vid*. CUCARELLA GALIANA, L.A., *Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y Jurisdicción. Especialidades en los procesos por discriminación: amparo ordinario, constitucional y europeo*, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 173-296.

aplicables lo permitieran. Conviene añadir que en estos casos no es probable que estemos ante el supuesto previsto en el artículo 41 CEDH, no porque no existan impedimentos de Derecho interno, sino porque éstos deben considerarse superables en un tiempo prudencia a través de la reforma normativa que corresponda[34]. Una cuestión adicional que puede resultar polémica se refiere al alcance temporal de la reforma, es decir, si debe tener efectos retroactivos desde la promulgación de la norma del derecho o la libertad fundamental vulneradora del derecho humano o libertad fundamental o si las exigencias de seguridad jurídica obligan a un alcance más limitado (*ex nunc*).

Por cuanto se refiere a las infracciones derivadas de actos administrativos, vías de hecho o inactividades administrativas, la necesidad de agotar las vías internas nos lleva a exigir la culminación del proceso jurisdiccional administrativo, a través de pretensiones contra actos administrativos, expresos o presuntos, contra la inactividad de la administración o contra actuaciones materiales constitutivas de vías de hecho[35]. Si se considera que hay actos discrecionales o políticos exentos de control jurisdiccional[36], entonces sí que podríamos estar ante el caso de sentencias del TEDH de las que se deducirían vulneraciones a los derechos del Convenio y sus protocolos, pero probablemente la principal vulneración en esos casos sería la de del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del sujeto que hubiera sufrido el perjuicio concreto por estas actividades excluidas de ella[37].

En esos supuestos en que no ha habido control jurisdiccional interno, el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para la reparación de la vulneración acaecida. Pero por la misma razón no concurrirá ningún impedimento de cosa juzgada y, por tanto, la administración afectada debería iniciar el correspondiente procedimiento para la reintegración de la situación jurídica previa a la violación del derecho o libertad fundamental[38].

Las complejidades mayores se han dado respecto a los actos jurisdiccionales internos, pues cuando una sentencia del TEDH declara una vulneración tienen que haberse agotado las vías internas, dada la subsidiariedad de la jurisdicción supranacional: los órganos del Estado deben haber tratado de constatar esa vulneración, pero no lo han hecho, por lo que la víctima ha acudido

---

34 Como señala COHEN-JONATHAN, G., *Aspects européens des droits fondamentaux*, *Libertés et droits fondamentaux,* Montchrestien, Paris, 1996, p. 50, la adaptación del derecho interno a las enseñanzas del TEDH es la única forma de evitar violaciones similares en el futuro respecto a víctimas potenciales.

35 CASTILLEJO MANZANARES, R.; LOREDO COLUNGA, M., "El objeto del recurso", en *Derecho Procesal Contencioso-Administrativo,* (Dirs. R. Castillejo Manzanares y L. Martín Contreras), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 70-74.

36 *Vid.* OLIVÁN DEL CACHO, J., "La jurisdicción contencioso-administrativa (I). Ámbito, planta, partes, objeto y pretensiones", en *Lecciones de Derecho Administrativo* (Dirs. P. Menéndez y A. Ezquerra), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2019, p. 482.

37 Como afirma SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2020, pp. 541-544: "la idea de Estado de Derecho se compagina mal con la ausencia de todo control de algunas decisiones del poder público".

38 La vigente ley federal suiza de procedimiento administrativo contempla expresamente en su artículo 66 esta posibilidad: "1. L'autorité de recours procède, d'office ou à la demande d'une partie, à la révision de sa décision lorsqu'un crime ou un délit l'a influencée. 2. Elle procède en outre, à la demande d'une partie, à la révision de sa décision: a. si la partie allègue des faits nouveaux importants ou produit de nouveaux moyens de preuve; b. si la partie prouve que l'autorité de recours n'a pas tenu compte de faits importants établis par pièces ou n'a pas statué sur certaines conclusions; c. si la partie prouve que l'autorité de recours a violé les art. 10, 59 ou 76 sur la récusation, les art. 26 à 28 sur le droit de consulter les pièces ou les art. 29 à 33 sur le droit d'être entendu, ou d. si la Cour européenne des droits de l'homme a constaté, dans un arrêt définitif, une violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950116 ou de ses protocoles117, pour autant qu'une indemnité ne soit pas de nature à remédier aux effets de la violation et que la révision soit nécessaire pour y remédier. 3. Les motifs mentionnés à l'al. 2, let. a à c, n'ouvrent pas la révision s'ils pouvaient être invoqués dans la procédure précédant la décision sur recours ou par la voie du recours contre cette décision".

a Estrasburgo[39], donde se le ha dado la razón. Ahora pretende obtener las consecuencias de ello en el ámbito interno frente a la autoridad de la cosa juzgada derivada de la firmeza que puso fin a los cauces nacionales.

Desde luego es imprescindible interpretar las normas procesales que integren alguna vía rescisoria de sentencias firmes en el sentido más favorable para permitir la adecuada protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (STC 185/1990, de 15 de noviembre), pero esta preponderancia de los derechos fundamentales debe encontrar su cauce procesal por elementales exigencias de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de concreción de las garantías procesales (art. 24.2 CE). Las contradicciones e incoherencias entre los distintos órganos jurisdiccionales ante los que se pretendieron respuestas concretas respecto a esa necesidad fueron muchas y trataremos de resumirlas en las líneas que siguen.

Antes de 2 de octubre de 2015 ninguna disposición normativa preveía en España la ejecución de sentencias materialmente condenatorias del TEDH, se plantearon distintas posibilidades y con resultados desiguales. El proceso de revisión (aún denominado indebidamente "recurso de revisión" en algunos casos, entre ellos en la LECrim) es una vía para la rescisión de sentencias en las que la seguridad pueda chocar o degradar la justicia y el Derecho[40], por tanto podría servir para dejar sin efecto un estado jurídico no sólo existente, sino consolidado[41]. Se ataca la cosa juzgada de una sentencia firme por razones eminentemente de justicia material, por tanto, en principio podría servir como vía de acceso al ordenamiento español de las sentencias del TEDH. Pero el problema está en el carácter excepcional de la revisión, que solo puede admitirse en los motivos taxativos contemplados por la ley y, además, de interpretación estricta, precisamente por sus consecuencias contrarias a los efectos esenciales y ordinarios de las sentencias firmes. En el corto elenco de supuestos no había ninguno que permitiera la asimilación con los resultados derivados de una sentencia de Estrasburgo y por ello mismo, esta vía apareció ya como infructuosa de entrada[42].

Otros procedimientos dirigidos a la rescisión de sentencias firmes son la audiencia al rebelde en el proceso civil y el llamado "recurso" de anulación en el proceso penal. Pero tampoco son útiles como cauces para dar eficacia a las sentencias del TEDH. Es cierto que se dirigen a la protección del derecho de defensa para los casos en que no ha habido oportunidad de contradicción por razones no imputables al reclamante o por incumplimiento de los límites legalmente establecidos. Podría ser una solución para los casos en que el TEDH hubiera declarado la vulneración del derecho a un proceso equitativo por indefensión equiparable a los supuestos en que caben estos trámites de la LEC y de la LECrim, es decir por desconocer la garantía de la contradicción. Sin embargo, los presupuestos específicos de sendas figuras procesales y sus límites temporales hacen patente la inviabilidad práctica de estos medios de sentencias firmes para servir de vía de entrada al ordenamiento español a las sentencias del TEDH.

Podría pensarse en un cauce más tradicional como es el *exequatur,* es decir, el procedimiento de cooperación internacional por el que se obtiene el reconocimiento u homologación en España de resoluciones dictadas por órganos jurisdiccionales extranjeros o incluso de otros órganos, como

39 Y como señaló la sala Primera (De lo Civil) del Tribunal, en su sentencia de 22 de julio de 1994: "tales impugnaciones no suspenden en ningún caso la firmeza y ejecutoriedad de las resoluciones dictadas en los Estados de las Altas Partes Contratantes, en donde supuestamente se haya producido la violación del derecho reconocido en el convenio; antes al contrario, el art. 26 del citado convenio exige como requisito de admisibilidad, que se hayan agotado todos los recursos internos, y la resolución haya adquirido definitivamente firmeza".

40 Así, CALVO SÁNCHEZ, M.C., *La revisión civil,* Montecorvo, Madrid, 1977, p. 23.

41 CALVO SÁNCHEZ, M.C., *La revisión..., op. cit.*, p. 64.

42 En cambio, otros ordenamientos sí preveían expresamente vías específicas para la eficacia interna de estas sentencias.

los arbitrales. Todo ello para otorgar eficacia a resoluciones recaídas en procedimientos tramitados fuera de nuestras fronteras, pero relativos a elementos subjetivos u objetivos de nuestro país. Existe, como es sabido, un amplio desarrollo normativo, tanto por vía convencional, como de normativa de la Unión Europea, como de desarrollo articulado interno. Pero, como afirma VELU[43], existen diversas posiciones doctrinales acerca de la producción de efectos en el orden interno de las resoluciones de órganos jurisdiccionales internacionales. La doctrina española se ha manifestado razonablemente en contra de la utilización de esta vía respecto a la eficacia de las sentencias del TEDH[44] por considerar que estas últimas son resoluciones cualitativamente diferentes, porque proceden de un órgano creado por un convenio en el que España es miembro, por consiguiente no son en puridad sentencias extranjeras. La obligación de propiciar la reparación como consecuencia de la declaración de vulneración opera en un contexto normativo muy distinto, enmarcado en la obligación establecida en el artículo 46.1 del CEDH, y eso se comprueba fácilmente cuando hacemos notar que la autoridad de cosa juzgada también se opondría a los intentos de *exequatur* y pondría en marcha la cláusula de orden público como límite para dar entrada a sentencias emitidas en el exterior.

Otra solución práctica que ha sido propugnada en nuestro ordenamiento ha sido la concesión caso por caso del indulto. Esa es la vía a la que aludió la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1990 – en el complejo *caso Barberá*, *Messegué y Jabardo* – como cauce aplicable "en el caso de cumplimiento de penas privativas de libertad o pecuniarias por cumplir", si acaso acompañada por una reparación pecuniaria complementaria. Sin perjuicio de que no era descabellado proponer este cauce conforme al Derecho vigente en ese momento, el indulto no deja de ser una vía muy limitada y en absoluto adecuada para ser considerado el trámite ideal para la ejecución de las sentencias de Estrasburgo. Obviamente, opera en el ámbito penal, y por tanto quedan fuera todos los asuntos no penales, pero además no rescinde la firmeza de la sentencia, por mucho que haya sido dictada con vulneración de derechos[45]. Es una vía para alcanzar soluciones prácticas, pero por esa misma razón no puede propugnarse como un cauce universal de solución de esta problemática.

Cuando hablamos de infracciones procesales, si la intensidad de la vulneración es suficiente la consecuencia es la nulidad[46]. Como sabemos, la firmeza convalida las nulidades que no han sido alegadas por los cauces oportunos[47]. Pero, aún así, nuestro ordenamiento regula la posibilidad de hacer valer la nulidad de sentencias firmes. De este modo podemos contar con un instrumento privilegiado por el cual los órganos jurisdiccionales tengan ocasión de corregir defectos o vicios procesales que afecten a garantías constitucionales o derechos fundamentales. Por tanto, las abundantes vulneraciones de derechos humanos de contenido procesal podrían considerarse supuestos de nulidad y podrían tratar de conseguir efectos en el ordenamiento interno por la vía del llamado incidente de nulidad de sentencias firmes. La reparación de la vulneración del derecho se obtiene a través de la nulidad de los actos procesales que hayan dado lugar a ella, purgando así infracciones

43 VELU, J., "Les effects directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme", *Revue Belge de Droit International*, vol. XV, 1980, pp. 293-316.

44 *Vid.* SORIA JIMÉNEZ, A., "La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Análisis de la STC 245/1991. Asunto Barberà, Messegué y Jabardo)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, núm. 36, p. 328.

45 Como añade FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., "La responsabilidad internacional de España en el llamado caso Bultó", *Poder Judicial,* núm. 17, 1990. p. 128, el indulto no repara el daño moral que supone una condena.

46 Sigue siendo convincente la concepción de HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., *La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ,* Forum, Oviedo, 1995, pp. 44-52, de la nulidad como técnica de protección del ordenamiento jurídico y como manifestación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (pp. 114-129).

47 HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., *La nueva regulación...*, *op. cit.,* p. 324.

que el legislador y la jurisprudencia hayan considerado especialmente relevantes. También aquí, no obstante, nos encontramos con dificultades, pues la existencia de cauces procesales determinados limita la posibilidad de alegación de estas violaciones. Precisamente, por afectar también a la seguridad jurídica, la nulidad no es imprescriptible, y por ello el artículo 241 LOPJ, en todas sus modificaciones, no ha dejado de contener límites temporales que dificultan el encauzamiento de las sentencias de Estrasburgo[48].

Con la primera condena a España, en el *caso Barberá, Messegué y Jabardo*[49], se plantearon con una extraordinaria viveza estas cuestiones, pues el TEDH había declarado que los tres condenados en un proceso penal no habían gozado de su derecho a un proceso equitativo[50], y por ello intentaron hacer valer ese rotundo pronunciamiento ante los órganos jurisdiccionales internos. Si bien el órgano jurisdiccional en el que se había producido la vulneración del Convenio, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, se declaró en primer lugar incompetente en favor del Tribunal Supremo, acordó la suspensión de la ejecución de la condena, y al resolver la súplica, modificó su resolución anterior en el sentido de imponer ciertas conductas a los dos condenados que hasta ese momento seguían privados de libertad. El Tribunal Supremo[51] destacó la falta de fundamento, legalidad y el exceso competencial en que había incurrido la Sala de la Audiencia Nacional, concluyendo la imposibilidad de conceder efectos anulatorios a las sentencias de Estrasburgo en nuestro ordenamiento, mientras no tuvieran lugar reformas legislativas[52].

De este modo, se planteó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en el que se partía de la ausencia de carácter ejecutivo directo de la sentencia del TEDH, pero se solicitaba que se extrajeran las consecuencias jurídicas correspondientes dirigidas a obtener la nulidad del acto que había producido la violación. El Tribunal Constitucional reconoció no ser el competente para dar eficacia a las resoluciones de Estrasburgo, pero sí consideró que debía valorar si la sentencia impugnada, la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, había provocado vulneración de derechos fundamentales. Es clave destacar que dos de los recurrentes en ese momento seguían privados de libertad, lo que dio pie a la constatación por parte del Tribunal Constitucional de la existencia de una violación actual de derechos fundamentales, ante la que era absolutamente insuficiente una simple reparación sustitutoria de índole económica.

---

48 En efecto, la regulación de la LOPJ no pensó en esta finalidad al promulgar el artículo 241. En la regulación vigente en estos momentos, el trámite se refiere a "cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución", lo cual sí combina perfectamente con los fines a los que nos referimos en el texto, (la reparación de la vulneración de los derechos humanos y libertades fundamentales previstos en el CEDH); sin embargo, el plazo para pedir la nulidad es el de veinte días desde la notificación de la resolución o desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de la indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución. Sin embargo, con las adaptaciones consiguientes, esta vía pudiera ser técnicamente más adecuada que la de la revisión, que ha sido, como veremos, la que finalmente ha prosperado.

49 STEDH de 6 de diciembre de 1988.

50 En el parágrafo 89, el TEDH afirma: "Teniendo en cuenta el traslado tardío de los peticionarios de Barcelona a Madrid, el cambio inopinado en la composición del Tribunal inmediatamente antes de la apertura del debate, la brevedad de la vista y, sobre todo, la circunstancia de que elementos de prueba muy importantes no fueron presentados ni discutidos de manera adecuada en la vista, en presencia de los acusados y bajo la mirada del público, el Tribunal concluye que no ha respondido a las exigencias de un proceso equitativo y público. Por tanto, ha habido violación del artículo 6. § 1".

51 En sentencia de la Sala Segunda (De lo Penal), de 4 de abril de 1990.

52 Con razón ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., "Nota a la STS (Sala 2.ª) ...", *op. cit.*, p. 556, resalta la contradicción en la que cae la Sala Segunda cuando, por un lado, afirma que la configuración del Convenio prohíbe colateralmente dar naturaleza de última instancia definitiva al TEDH y, por otro, propugna reformas legislativas internas en este sentido.

Ya en alguna sentencia anterior, a pesar de confirmar la regularidad técnica del acto impugnado, dio lugar a un salto argumentativo para permitir la nulidad reclamada, basándose en que de la sentencia recurrida se derivaba la consolidación de una situación actual de vulneración de derechos fundamentales procedente de resoluciones anteriores que debían ser también anuladas, retrotrayendo las actuaciones al momento justamente previo a la producción del acto vulnerador del convenio. Por tanto, el Tribunal Constitucional, en consideraciones de justicia del caso concreto, consideró que el único remedio frente a situaciones de indefensión constitucional causadas por vicios procesales advertidos después de que recayera una sentencia firme, siguiendo su argumentación de la STC 185/1990, era la vía del recurso de amparo[53].

Pero esta solución jurisprudencial, al apuntar la vía del amparo como cauce de eficacia interna de la sentencia del *caso Barberá*, *Messegué y Jabardo*, no era más que una respuesta parcial a esta problemática, como pronto se pudo comprobar. La doctrina de la situación lesiva actual no resuelve genéricamente la cuestión, solo el caso concreto basado en la privación actual de libertad de dos de los recurrentes, pero si bien se observa la vulneración del Convenio declarada por el TEDH persistiría aun en el caso en que no hubiera privación de libertad, todavía seguiría pendiente la necesidad de reparar la vulneración del proceso equitativo, que era lo efectivamente constatado por la jurisdicción de Estrasburgo.

Pero, en realidad, el amparo constitucional, tras la interpretación constitucional que hemos recordado, tampoco se convirtió en vía legítima para que los particulares pudieran hacer valer en nuestro ordenamiento las declaraciones de vulneración de derechos humanos y libertades fundamentales emitidas en las sentencias del TEDH. Como decíamos, por un lado, esta vía no contempla todas las posibilidades y, por otro, es técnicamente muy discutible por introducir por la puerta falsa un medio adicional de rescisión de sentencias firmes.

Pocos años después la familia Ruiz-Mateos, basándose en la sentencia favorable que habían obtenido ante el TEDH (STEDH de 23 de junio de 1993) intentó la vía del amparo y su pretensión fue inadmitida de plano por dos providencias en las que se defendió que el Tribunal

Constitucional carece de jurisdicción para revisar sus propias decisiones, las cuales gozan del efecto de cosa juzgada – como las resoluciones del Constitucional en el *caso Barberá*, *Messegué y Jabardo*, podemos añadir nosotros – y, como argumento adicional, se afirmó que el recurso planteado carece manifiestamente de contenido que justifique una resolución sobre el fondo del asunto.

Tampoco tuvieron éxito los amparos intentados tras otras condenas a nuestro país. El argumento común fue que no había en ninguno de estos casos un proceso penal en que los demandantes de amparo estaban sometido a penas privativas de libertad que se estuvieran ejecutando en ese momento, como consecuencia de un proceso que, observado en su conjunto, hubiera vulnerado el artículo 6 del CEDH. Pero debería ser evidente que en ellos persistía la vulneración de su derecho a un proceso equitativo, y esa vulneración seguía si ser reparada[54]. El Tribunal Constitucional, sin embargo, en la STC 197/2006, de 3 de julio reconoció "la notoria incertidumbre procesal a la que se enfrentan los justiciables favorecidos por una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de escoger la vía procesal para hacer

53 "La nulidad de actuaciones que no le está permitida pronunciar al Tribunal Supremo ni a otros órganos judiciales ordinarios, por imperativo legal, en supuestos como el presente, existiendo Sentencia firme, sí le está dado pronunciarla a este Tribunal por la vía del recurso de amparo" (FJ 5).

54 Así fue en el ATC 96/2001, de 24 de abril, relativo al *caso Castillo Algar* y en las SsTC 240/2005, de 10 de octubre relativa al *caso Riera Blume y otros;* la 313/2005, de 12 de diciembre, en el *caso Perote Pellón;* la 197/2006, de 3 de julio, en el *caso Fuentes Bobo* y en la 70/2007, de 16 de abril, en el *caso Prado Bugallo.*

valer a efectos internos esa Sentencia, cuando entienden que persiste una lesión actual de sus derechos fundamentales". Y cabe reconocer, que ha habido interpretaciones flexibilizadoras respecto a la aplicación de las normas de la revisión penal[55].

5.2. EL COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA COMO GARANTE DE LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH

La reforma operada en el CEDH por el Protocolo núm. 14, mantuvo la competencia sobre la vigilancia de la ejecución de las sentencias del TEDH ya prevista en el anterior artículo 54, pero introdujo una nueva y más amplia redacción que ahora debemos leer en el artículo 46. Tras proclamar el compromiso de acatar las sentencias firmes en los litigios en que sean partes, continúa disponiendo que estas sentencias deben remitirse al Comité de Ministros del Consejo de Europa[56] para que vele sobre su ejecución[57]. Aparece de nuevo aquí la naturaleza real de estas resoluciones y la necesidad de que haya una verdadera ejecución.

Por su parte, los apartados tercero, cuarto y quinto prevén dos situaciones distintas que pueden darse en el ejercicio de esta función de garantía de la ejecución de las sentencias del TEDH. En primer lugar, puede suceder que el Comité de Ministros considere que se está obstaculizando la supervisión de la ejecución de una sentencia firme por un problema de interpretación de esa sentencia. Si ello ocurre, se autoriza al Comité a dirigirse al Tribunal con la finalidad de que se pronuncie al respecto de la duda interpretativa. Para adoptar esta decisión de dirigirse al Tribunal son necesarios dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité.

En segundo lugar, puede suceder que un Estado parte se niegue a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto del que es parte. Si ello ocurre el comité, tras notificarlo formalmente a ese Estado, si la decisión se adopta por una mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, podrá plantear al Tribunal el incumplimiento. Si una vez analizada la cuestión, el tribunal concluye que se ha incumplido la obligación de acatar la sentencia, lo declarará así y remitirá el asunto al Comité de Ministros para que examine las medidas que deben ser adoptadas.

---

55 Así, la STS, Sala 2.ª (De lo Penal), de 19 de mayo de 2015: "Como ya se decía en el Auto de 24 de noviembre de 2014, en estas mismas actuaciones, esta Sala ha entendido que en los casos en los que el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo dicte sentencia en la que aprecie que a un condenado por los Tribunales españoles se le ha vulnerado con la condena un derecho reconocido en el Convenio, e igualmente en la Constitución como un derecho fundamental, es posible acudir al llamado recurso de revisión de los artículos 954 y siguientes de la LECrim con la finalidad de hacer efectiva la mencionada resolución en la medida procedente, evitando una lesión actual de los derechos del ciudadano. No se ha de interpretar esta posibilidad en el sentido de que en todo caso, si el TEDH ha apreciado la vulneración de un derecho reconocido en el CEDH, haya de estimarse directamente la demanda y deba acordarse mecánica e ineludiblemente la nulidad de la sentencia cuya revisión se pretende. Pues la sentencia estimatoria del TEDH no acuerda la nulidad o la revocación de la sentencia interna, sino que se limita a declarar la vulneración de un derecho reconocido en el Convenio, aunque pueda contener, como ocurre cada vez con más frecuencia, una modalidad concreta de reparación o una satisfacción equitativa, como prevé el artículo 41 del Convenio".
Vid. IBAÑEZ GARCÍA, I., "La necesaria regulación del cauce procesal adecuado en relación con la efectividad de las resoluciones del TEDH", La Ley Penal, *LA LEY 7890/2014*.

56 También se refiere a este órgano el artículo 39.3 y 4 CEDH al disponer que, al alcanzarse un acuerdo amistoso el Tribunal dictará una decisión por la que se archiva el asunto y en ella se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada. Esta decisión se trasmite asimismo al Comité de Ministros, que supervisará la ejecución de los términos del acuerdo.

57 EISSEN, M.A., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1985, p. 73, lamentaba que fuera un órgano político el encargado de mostrar vigilancia y la diligencia debida en estos asuntos, y consideraba que se trataba de un punto débil del sistema de protección.

Si, por el contrario, el Tribunal considera que no se ha vulnerado la obligación de acatar las sentencias del apartado primero del artículo 46, lo declarará así y remitirá el asunto al Comité de Ministros, para que ponga fin al examen del asunto.

Una mención particular merece el procedimiento de sentencias piloto para los casos en que se revele un problema estructural o sistémico u otra disfunción similar que haya dado lugar o sea susceptible de dar lugar a la formulación de otras demandas análogas[58]. En el fallo de la sentencia piloto el TEDH debe indicar la naturaleza del problema o de la disfunción y las medidas correctoras que deben ser adoptadas por el Estado implicado y para ello puede fijar un plazo determinado. Podrá aplazar el examen de las demás demandas fundadas en la misma alegación hasta que se adopten las medias correctoras. El Comité de Ministros deberá dar prioridad a la supervisión de la ejecución de este tipo de sentencias, aunque no por delante de otros asuntos importantes, principalmente los relativos a casos en que la vulneración ha causado graves consecuencias.

A fin de disciplinar el ejercicio de estas funciones el Comité de Ministros adoptó unas Reglas para la supervisión de la ejecución de sentencias y de los términos de los acuerdos amistosos[59]. En cuanto le sea trasmitido la sentencia o la decisión sin demora deberá inscribir el asunto en el orden del día. El Comité pedirá información al Estado sobre las medidas adoptadas o por adoptar en consecuencia de la sentencia del Tribunal. Debe comprobar si se ha pagado alguna satisfacción equitativa y, de manera discreta, si se han adoptado medidas individuales para hacer cesar la vulneración y si se ha reintegrado a la víctima, en la medida de lo posible, a la situación previa a la infracción, y medidas generales a fin de prevenir nuevas vulneraciones o para la cesación de las que se están cometiendo. Hasta que el Estado comunique el pago de la satisfacción equitativa o la adopción de medidas individuales el asunto permanecerá en la agenda.

Se dispone que en cualquier momento se podrá remitir al Tribunal la cuestión interpretativa suscitada y, en cuanto considere que un Estado rehúsa acatar la sentencia firme del Tribunal, tras una notificación formal al Estado en general por lo menos seis meses antes, y por decisión de por lo menos tres tercios, someter la cuestión del incumplimiento al Tribunal, aunque se matiza que esta última decisión debe tomarse solo en circunstancias excepcionales. Finalmente el Comité dictará una resolución final en la que se declare que se han tomado todas las medias necesarias para acatar la sentencia o los términos del acuerdo amistoso y que se han ejercido las funciones del Comité de Ministros como supervisor de la ejecución[60]. A pesar de que la reforma operada por el Protocolo núm. 14, ha aumentado la coercibilidad de la ejecución, sigue siendo criticable que un órgano político como el Comité sea el encargado de la vigilancia de una actividad que debería ser estrictamente jurisdiccional: hacer ejecutar lo juzgado.

---

58 Está previsto en el artículo 61 de Reglamento de procedimiento del TEDY, introducido por este Tribunal el día 21 de febrero de 2011. En desarrollo de lo dispuesto en la Resolución Res (2004) 3 del Comité de Ministros sobre sentencias que revelan un problema sistémico subyacente, adoptada el 12 de mayo de 2004, en la sesión 114 del Comité de Ministros.

59 Adoptadas por el Comité de Ministros el 10 de mayo de 2006, en la reunión 964 de los representantes de los Ministros y modificadas el 18 de enero de 2017 en la reunión 1275 de los mismos representantes.
Disponível em: https://rm.coe.int/16806eebf0 (Consultado el 27 de mayo de 2022).

60 Respecto a los casos cerrados, puede comprobarse: https://www.coe.int/en/web/execution/closed-cases y sobre los asuntos pendientes: Disponível em: https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168059ddb0
Son llamativos los problemas causados por la falta de países como Rusia, el Reino Unido o Ucrania, por la falta de voluntad de adoptar medidas respecto a algunas de las condenas recaídas.

5.3. LAS SENTENCIAS DEL TEDH Y EL PROCESO DE REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES

Fue durante las abundantes reformas legislativas promulgadas durante el año 2015 que se planteó la necesidad de establecer un cauce general para dar eficacia a las sentencias dictadas por el TEDH, que hubieran condenado a España y que implicaran la necesidad de rescindir una – o varias – sentencias que hubieran ganado firmeza. Así, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su preámbulo anuncia la inclusión de "una previsión respecto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaren la vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en sus Protocolos", de modo que esa resolución se considera motivo suficiente para iniciar un proceso de revisión. El legislador sigue sin tener claridad de ideas en este punto y lo vuelve a denominar "recurso de revisión". Destaca, además que, "con ello se incrementa, sin lugar a dudas, la seguridad jurídica en un sector tan sensible como el de la protección de los derechos fundamentales, fundamento del orden político y de la paz social, como proclama el artículo 10.1 de nuestra Constitución". Nos parece que va bastante más allá de incrementar la seguridad jurídica, como pueden entenderse por lo que llevamos dicho en las páginas anteriores.

De este modo, se adiciona un artículo 5 bis LOPJ, dirigido, en términos generales, a ofrecer la posibilidad de interponer lo que denomina "recurso de revisión", ante el Tribunal Supremo, contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando haya resultado una declaración del TEDH sobre la violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH y sus Protocolos. Pero es importante subrayar dos condiciones para la válida opción por este cauce: la violación, por su naturaleza y gravedad, debe entrañar efectos persistentes y, por otro lado, estos efectos no deben poder cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión. Es razonable que la rescisión de una sentencia firme se deje como última opción, por su carácter tan excepcional en el sistema procesal.

La disposición final segunda de esta Ley Orgánica 7/2015 incluye en la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, una regulación más pormenorizada de la revisión, que incluye, en el apartado segundo del artículo 504, una de las modalidades previstas. No estamos ante orden jurisdiccional alguno, sino ante una jurisdicción especial en la que ha habido ya vulneraciones de derechos declaradas por el TEDH, y es correcto que se arbitre la vía para la rescisión de sentencias firmes dictadas por los órganos de la jurisdicción militar cuando vulneren el Convenio y ninguna instancia interna haya sido capaz de detectar la vulneración.

Por su parte, la Disposición final tercera de esta Ley Orgánica 7/2015 modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y, entre otras numerosas disposiciones nuevas, se incluye el nuevo motivo de revisión en el artículo 102, en términos similares a los del art. 5 bis LOPJ, aunque añade otra condición más: la de no perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

Por lo que se refiere al proceso civil, también la Ley Orgánica 7/2015, en su Disposición final cuarta, modifica la LEC, entre otras materias, en cuanto a la regulación del proceso de revisión con una redacción idéntica a la contencioso-administrativo, con lo que en un contexto en que aparecía claramente que la revisión no era considerada recurso y el encabezamiento del título VI del Libro II se hablaba simplemente "De la revisión de sentencias firmes", se introduce indebidamente, en el artículo 510.2 la referencia a la posibilidad de "interponer recurso de revisión". Se prevé una legitimación activa limitada a quien hubiera sido demandante ante el TEDH y un plazo de interposición específico, previsto en el artículo 512.1.II, es decir, en el período de un año desde firmeza de la sentencia del TEDH[61].

61 No se reforma expresamente el apartado primero del artículo 236 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora

En cambio, la reforma de la revisión penal tuvo lugar por otro texto legal posterior: la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Se incluye un motivo nuevo de revisión en el apartado tercero del artículo 954, relativo a la resolución firme sobre la que se haya pronunciado el TEDH en el sentido de que fue dictada en violación del CEDH o de sus Protocolos[62], siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión. También aquí se limita la legitimación activa a quien haya sido el demandante ante el TEDH y se limita a un año desde la firmeza de la sentencia supranacional el plazo para iniciar el proceso de revisión.

Nos parece correcta la posibilidad de reabrir procesos ya cerrados por sentencias firmes cuando ello se derive de la constatación de una vulneración de un derecho o libertad previstos en el CEDH o sus Protocolos. Desde luego, el proceso de revisión es una vía adecuada para la rescisión de resoluciones firmes, pero tal vez no sea la más coherente con el fundamento y la concepción subyacentes en la revisión. La iniciación de este tipo de procesos tradicionalmente se deriva de cuestiones de hecho: se trata de hechos que no se conocían en el momento del proceso y el órgano jurisdiccional no pudo tener en cuenta en el momento de fallar, porque no fueron aportados al proceso o porque se ha confirmado su falsedad o su ilicitud, como cuando se han utilizado documentos falsos o cuando la sentencia se ha dictado por medio de coacciones. En definitiva, característica común a todos ellos es la auténtica novedad de estos hechos, ya sean hechos nuevos o de nueva noticia. Pero hasta 2015 la revisión no se daba por errores o vicios de tipo jurídico constatados por órganos jurisdiccionales, sino por situaciones fácticas producidas o conocidas con posterioridad a la resolución que se pretende rescindir[63]. Por tanto la revisión, en puridad no debería considerarse un medio para la denuncia de nulidades, por eso hubiera sido preferible que el legislador hubiera optado por la configuración de un procedimiento autónomo de nulidad, como vía específica para articular la nulidad derivada de las infracciones procesales, simplemente añadiendo un nuevo apartado al artículo 241 LOPJ.

---

de la jurisdicción social, porque a nuestros efectos se remite al artículo 510 LEC, con lo que también queda integrada la posibilidad de revisión derivada de sentencias del TEDH en el orden social.

62 NIÑO ESTÉBANEZ, R., *Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España: El procedimiento de revisión,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 227-228, destaca que "la reapertura de procedimientos judiciales ya concluidos parece, en particular, una técnica idónea para obtener el restablecimiento del *statu quo ante* cuando la violación tiene su origen en un proceso penal", pero se muestra mucho más escéptico cuando la lesión convencional procede de un procedimiento civil "en el que de ordinario la reapertura del proceso judicial podría perjudicar los derechos de terceras personas".

63 Como decía CALVO SÁNCHEZ, M.C., *La revisión... op. cit.*, p. 48: "no existen en los motivos de la revisión vicios *in procedendo,* primero, porque de haberlos cometido se tendrían que haber denunciado en su tiempo y se hubiera tenido para hacerles frente el recurso de casación por quebrantamiento de forma, y de no haberlo interpuesto nuestras posibilidades hubieran decaído. Segundo no existen vicios de esta clase, porque si se hubiera cometido tal error la sentencia no sería válida, adolecería de un defecto formal y como hemos dicho la sentencia revisable es válida procesalmente. Tampoco existen vicios *in iudicando,* porque el Juez ha juzgado con arreglo a derecho y lo ha aplicado rectamente en base a los autos, es decir, el Juez no podía haber juzgado de otra manera el caso con el material fáctico que tenía".

A proteção dos direitos socioambientais do povo Yanomami no Brasil: Desafios e perspectivas

CRISTINA TEREZA GAULIA[1] | ANA PAULA TEIXEIRA DELGADO[2]

Sumário: Introdução. 1. Em busca de um novo paradigma. 2. Correlação entre os direitos sociais, os direitos ambientais e os direitos dos povos indígenas. 3. A situação dos direitos socioambientais dos Yanomami no Brasil. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A questão ambiental na América Latina tem se agravado nas últimas décadas, contrariando uma tendência verificada nos países industrializados. Segundo o 6º Informe Global sobre o Meio Ambiente (GEO 6) do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (United Nations Environment Programme - Unep), a diversidade e o aumento de intensidade das forças motrizes na América Latina continuam a afetar ecossistemas e processos ecológicos importantes para a região. Os dados indicam que, embora a taxa de conversão dos sistemas naturais em sistemas cultivados pelo homem tenha começado a diminuir, a taxa global de perda do ecossistema continua alta.

As reformas neoliberais experimentadas pelos países do sul do continente nos últimos anos não se demonstraram suficientes para mudar o quadro de devastação ambiental. Ao contrário, colaboraram para a exploração desenfreada do meio ambiente, contribuindo ao aumento da desigualdade social e para deficiências na ocupação do solo, assim como para a persistente dependência de muitas economias, no tocante à exploração dos recursos naturais. Este quadro denota a devastação de biomas e ecossistemas em benefício da agropecuária latifundiária, da grilagem, da exploração madeireira e da atividade de mineração.

No Brasil, o discurso oficial negacionista e antiambiental, até há pouco em vigor, legitimou ações de desmatamento, de grilagem, de assassinato de indígenas e dos ativistas ambientais, corroboradas por medidas governamentais que apontaram para a perda de autonomia dos órgãos fiscalizadores.

Em semelhante contexto, considera-se pertinente realizar uma reflexão acerca da experiência latino-americana, quanto à proteção ao direito ao meio ambiente sadio, sob a óptica de alternativas

1 Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (UVA/RJ). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Presidente do Fórum Permanente de Direito Constitucional, Administrativo e de Políticas Públicas da EMERJ, desde 2016. Desembargadora em atuação na 5ª Câmara Cível e na Seção Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, desde 2006 e 2019, respectivamente. E-mail: gaulia.cristina@gmail.com.

2 Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Transformação Social (GPDHTS), vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Diretora do Departamento de Gestão e Disseminação do Conhecimento (DECCO), da Secretaria-Geral de Administração do TJERJ.

para desconstruir a configuração de um padrão colonial que homogeneíza a humanidade, despreza o diálogo multicultural e aniquila os recursos naturais.

A devastação ambiental causa graves impactos sobre as condições de vida dos povos originários, em especial as do povo Yanomami, o que constitui objeto dessa investigação, tendo em vista que no período de pandemia esse grupo vulnerável passou a ser ainda mais fragilizado pelos problemas socioambientais. Diante desse contexto, é relevante e essencial estudar as bases firmadas na Constituição brasileira de 1988 para o dever do Estado na proteção dos direitos fundamentais.

Foi realizado o levantamento bibliográfico, legislativo e, através de *sites* de organizações não governamentais e da mídia eletrônica, foi possível obter dados sobre a situação da pandemia, seus impactos sobre os direitos socioambientais e o aumento da vulnerabilidade social no Brasil.

A metodologia empregada foi a dedutiva, utilizando-se como método a pesquisa bibliográfica, a legislativa e a jurisprudencial, tendo sido o estudo desenvolvido sob o enfoque interdisciplinar e com base em exposições empíricas.

1. EM BUSCA DE NOVO PARADIGMA

No cenário de devastação que se potencializa nos países periféricos, constata-se que a atual adoção do modelo capitalista não problematiza a ideia de progresso como acumulação desenfreada de capitais, tampouco reflete sobre a transformação de seres em *commodities*.

A esse respeito, Ailton Krenak (2020) traz ponderações sobre o modelo desenvolvimentista dominante, as quais são essenciais na contemporaneidade, sobretudo para os países que foram submetidos à colonização. Como bem diz Krenak, a humanidade foi forjada em uma lógica excludente, que hierarquiza seus próprios integrantes e objetifica a natureza (2020). Ao estabelecer a relação de sujeito-objeto com a natureza, a humanidade despersonaliza os seres vivos e não vivos e os torna aptos à atividade industrial e extrativista.

Outra reflexão suscitada em sua obra diz respeito ao fim de outros mundos, o que, segundo Krenak, ocorreu diversas vezes, bem como à necessidade de se adiar o fim dos mundos restantes diante do cenário de destruição ambiental que se apresenta (2020). Não se trata aqui de outras narrativas, mas de outros mundos que já se acabaram, como no caso da colonização na América Latina, a qual dizimou o mundo dos povos originários.

Uma vez que a razão colonial é antropocêntrica, funda-se na ideia de que o ser humano, por ter natureza racional, se sobrepõe aos demais. Desse modo, a arrogância antropocêntrica não admite cosmovisão diferente, tampouco outras humanidades "não civilizadas", as quais são relegadas à sub-humanidade por não aceitarem a distinção entre seres humanos e demais seres terrestres. Isso porque, diferentemente da humanidade civilizada, os povos originários dos continentes concebem todos os seres humanos de forma interligada, todos fazendo parte do planeta enquanto organismo vivo.

Neste contexto, adiar o fim desse mundo que restou implica reformular a própria noção clássica de humanidade – constituída por seres racionais hierarquizados, que transformaram seus meios em fins. A humanidade, que homogeneizou o mundo e o transformou em reservatório para a produção de mercadorias com vistas à acumulação desmesurada, desvalorizou-o metafisicamente e destruiu mundos – ecossistemas, crenças, culturas e pensamentos.

Dada a sua falência, tal projeto precisa ser repensado sob os escombros deste mundo para dar lugar a nova proposta, em que haja uma rede indissociável de interdependências entre o humano e o não humano, em plena comunhão com a natureza, da qual todos constituem parte integrante. Para o pensador e escritor Daniel Munduruku, a vida capitalista não é a única possível, existe um outro caminho enraizado nos saberes indígenas: "Nós formamos mesmo a última fronteira de resistência que o capitalismo brasileiro ainda não conseguiu superar" (BRASIL DE FATO, 2021).

Ao observar a experiência latino-americana nas últimas décadas, verifica-se que o constitucionalismo entrou em nova fase, impulsionado pelas Constituições da Venezuela, do Equador e da Bolívia, que são mais amplas, detalhadas, e remetem a suas respectivas realidades plurais com a afirmação do paradigma do *bem viver* e da adoção de um Estado plurinacional, que permite a reconstrução da identidade cultural e da herança ancestral dos povos originários.

Em especial, a Constituição Equatoriana de 2008, em seu preâmbulo, deu início a um processo de reconhecimento da diversidade, do pluralismo e de nova forma de Estado inclusiva no continente latino-americano, erigindo Sumak Kawsai[3] ou Buen Vivir como princípio fundamental:

> Decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay; una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; un país democrático, comprometido con la integración latino-americana – sueño de Bolívar y Alfaro, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra[4].

A despeito de a Constituição da Bolívia e a da Venezuela trazerem inovações importantes ao constitucionalismo democrático, a Constituição equatoriana constitui um marco não só para o constitucionalismo latino-americano, mas para todo o constitucionalismo moderno, ao adotar a concepção biocêntrica por meio do reconhecimento da natureza como sujeito de direito, do reconhecimento da diversidade cultural e da adoção do modelo comunitário, trazendo, assim, a remodelação do Estado.

A adoção do Sumak Kawsai enquanto princípio constitucional acarreta impactos em sua aplicação pelo Poder Judiciário, tal como para o Poder Executivo, quanto à reformulação de políticas públicas e socioambientais, criando todas as condições de possibilidade para se refundar a noção de Estado e a de humanismo letal, desde que haja real efetividade. O desapego do modelo tradicional de humanidade é de vital relevância para a proteção do direito ao meio ambiente e, de forma inovadora, passou a ser adotado no sistema interamericano de direitos humanos.

Dado o esgotamento do sistema capitalista de acumulação e a crescente preocupação com o meio ambiente e as condições de vida, a Assembleia Geral da ONU aprovou em 2014, por meio da Resolução A/Res 68/309, um plano de ação para erradicar a pobreza, proteger o planeta e garantir que as pessoas alcancem a paz e a prosperidade, contribuindo para a redução das desigualdades e a promoção da paz e proteção do planeta. A Agenda 2030 tem o fim de pavimentar os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), interconectados, desdobrados em 169 metas, com foco em superar os principais desafios comuns a todos os países, promovendo o crescimento sustentável global até 2030.

A Agenda 2030 afirma que, para pôr o mundo em um caminho sustentável, é preciso tomar medidas ousadas e transformadoras. Os ODS, por sua vez, constituem uma ambiciosa lista de metas a serem cumpridas até 2030. O objetivo principal dessa agenda é, de acordo com o documento, "não deixar ninguém para trás". Para tanto, é imprescindível que todas as pessoas, em todas as partes do mundo, sejam parte dessa transformação.

---

3 O Buen Vivir ou Sumak Kawsay (quéchua) é alternativa decolonial ao conceito de desenvolvimento e baseia-se no diálogo entre conhecimentos tradicionais e práticas ancestrais com conhecimentos filosóficos e científicos ocidentais, a fim de promover formas de organizar a sociedade não baseadas em acumulação de capital e no consumo desenfreado.

4 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 21. Disponível: https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

2. A CORRELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS SOCIAIS, O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

O arcabouço normativo internacional coloca o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito humano e, no âmbito do constitucionalismo brasileiro, há o suporte doutrinário e jurisprudencial que corroboram a afirmativa de que a Constituição brasileira de 1988 protege, em seu artigo 225, o meio ambiente na qualidade de direito fundamental.

A Constituição de 1988, sob um viés antropocentrista mitigado, firma que meio ambiente é bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida, incumbindo a todos a sua defesa com vistas a garantir o direito à higidez ambiental para as presentes e futuras gerações.

Nesse escopo, tanto no capítulo dedicado ao meio ambiente, isto é, no artigo 225, quanto no artigo 23, inciso VI, a Constituição impõe ao Poder Público brasileiro a adoção de medidas para proteger a diversidade biológica, prevenir danos e realizar ações para combater a poluição em todas as suas formas. Esses dispositivos constitucionais, somados ao firmado nos arts. 1º e 3º, culminam na obrigação de promover políticas públicas inclusivas, de erradicação da pobreza e que se coadunem com as medidas que assegurem a higidez ambiental.

A adoção de medidas para promover a segurança ambiental envolve o combate à poluição, pois a degradação dos recursos naturais e a poluição atmosférica, do solo e das águas colocam em risco a saúde humana, bem como impactam o *habitat* de diversas espécies, podendo levar inclusive à diminuição da biodiversidade.

A falta de acesso à água potável é uma das facetas da ausência de fruição do mínimo existencial por expressiva parcela da população. No Brasil, cerca de 15.000 pessoas morrem anualmente por doenças ligadas à precariedade do saneamento básico (JORNAL DA USP, 2020).

Na região Norte do Brasil, no município de São Gabriel da Cachoeira, conhecido como "o mais indígena do país", em razão da falta do serviço de saneamento básico, os problemas de saúde da população são recorrentes e se agravaram em razão da pandemia de covid-19 (RADLER, 2020).

A água é um recurso vital para a vida humana e das demais espécies, portanto, o comprometimento da qualidade desse bem ambiental, provocado pela ação humana, cria riscos para a saúde de todos, diminui o acesso a algo que é imprescindível à própria sobrevivência dos seres humanos, gera o aumento de gastos públicos com o tratamento químico das águas para despoluí-las e também tem como consequência o aumento de doenças que atingem a população e implicam gastos com tratamento médico, em razão de contaminação pelo consumo de água.

A falta de infraestrutura nas cidades gera riscos ambientais. A título de exemplo, destaca-se o déficit de saneamento básico (TRATA BRASIL, 2020) como um dos fatores que provocam a poluição hídrica. É grave o déficit de acesso ao serviço público essencial de saneamento básico, de acordo com as informações do Instituto Trata Brasil.

A contaminação das águas também constitui outro fator que provoca não só danos ambientais, mas compromete o ecossistema e a saúde daqueles que dependem da água para sua sobrevivência. O Código de Águas, em seus artigos 109 a 118, estabelece a proibição geral de conspurcação ou contaminação das águas em prejuízo de terceiros. Determina o art. 110 que os trabalhos para a salubridade das águas serão executados à custa dos infratores, que além de por responsabilidade criminal, se houver, responderão pelas perdas e danos que causarem e pelas multas que lhes forem impostas nos regulamentos administrativos. Nesse sentido, trata-se de uma obrigação de repristinar o meio ambiente agredido pelo enquinamento (ANTUNES, 2021).

Ainda nesse âmbito de evitar a degradação ambiental, no Capítulo da Ordem Econômica, no artigo 170, inciso VI, da Constituição brasileira (BRASIL, 1988), foi estabelecido como princípio basilar a defesa do meio ambiente. Desse modo, há a responsabilidade do setor empresarial de incluir a variante ambiental nas estratégias de condução de seus negócios e empreendimentos,

incumbindo-lhes adotar as premissas da precaução e da prevenção. Consequentemente, a leitura e interpretação lógica da Constituição brasileira mostra que em seu âmago está o princípio *in dubio pro natura*.

Nesses termos, o intérprete do Direito precisa relacionar o disposto no art. 1º da CRFB/88, que coloca a dignidade humana como o valor fundamental a conduzir as ações estatais, com as determinações expressas nos artigos 6º, 170, 196, 216, 216, 225 e 231, o que acarreta a responsabilidade do setor público de assegurar a ordem pública ambiental, promover o acesso aos direitos sociais, econômicos e culturais de uma maneira integrada, tendo em visa que as diversas dimensões dos direitos humanos fundamentais se entrelaçam no sentido de bem viver, de assegurar uma vida digna em bem-estar físico e mental, em um meio ambiente hígido.

Os comandos da Constituição de 1988 denotam o reconhecimento de que a sociedade brasileira é plural e que, além da proteção da diversidade biológica, do meio ambiente natural que propicia a existência da vida em todas as suas formas, também é preciso respeitar os referenciais culturais e o direito dos povos originários à sua identidade, modo de ser e viver.

O Brasil é signatário da Convenção 169 da OIT[5], e ela está internalizada no ordenamento jurídico pátrio, cabendo ressaltar a sua absoluta harmonia com o disposto nos artigos 231 e 232 da CRFB/88. Nesses termos, há formalmente o reconhecimento do direito dos povos tribais, leia-se os povos indígenas originários, os quilombolas, a serem consultados sempre que uma decisão do Poder Público repercuta sobre as terras onde vivem, sobre seus respectivos modos de vida e interesses. Trata-se da consulta prévia, livre e informada.

É preciso registrar que esse tema diz respeito aos direitos fundamentais de grupo vulnerável, de modo que qualquer proposta legislativa acerca do conteúdo da citada Convenção e do respectivo Decreto de internalização não poderá ser no sentido de excluir, denunciar o tratado, reduzir seu alcance, pois não se admite regressão. Portanto, qualquer ação que tente contrariar os direitos e valores encerrados pela Convenção nº 169 implicaria flagrante inconstitucionalidade. Nesses termos, se posicionou a Procuradoria Geral da República, 6ª Câmara de Revisão – Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais, através da Nota Técnica contrária ao Projeto de Decreto Legislativo nº 177/2021, que pretende autorizar o Presidente da República brasileiro a denunciar a Convenção nº 169 da OIT (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2021).

Tanto a Convenção nº 169 da OIT quanto a Constituição brasileira de 1988 estão alinhadas no sentido democrático de adotar os princípios basilares éticos, que têm como pressupostos a proteção da dignidade humana, assegurar a liberdade de expressão, o acesso à informação, a participação pública e o acesso à justiça ambiental, impondo que seja reconhecida a relevância desse arcabouço normativo, nacional e internacional, que fornece os marcos jurídicos do Estado de Direito Ambiental. Contudo, não é suficiente o reconhecimento formal desses valores e direitos.

A Constituição de 1988 alterou a relação estabelecida entre os indígenas e o Estado, e rompeu a lógica tutelar que considerava os índios seres incapazes para vida civil e para o exercício de seus direitos. Nesse jaez, duas disposições importantes em relação aos direitos indígenas foram consagradas: o direito originário às terras que tradicionalmente ocupam e à diversidade étnica e cultural, previstos no art. 231 da CF/88 e seus parágrafos, e o direito ao pleno exercício de sua capacidade.

A despeito de a Constituição brasileira proteger os direitos dos povos indígenas e estabelecer a defesa do meio ambiente, verifica-se, pelos grandes desastres, pelas inúmeras lides ambientais e pela própria judicialização da questão da demarcação das terras indígenas, as incertezas e

5 Cf. Decreto Legislativo n. 143/2002. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/norma/588321#:~:text=APROVA%20O%20TEXTO%20DA%20CONVEN%C3%87%C3%83O,E%20TRIBAIS%20EM%20PAISES%20INDEPENDENTES. Acesso em: 22 nov. 2021.

dificuldades que os povos originários enfrentam em concretizar o direito de ver respeitada a sua cultura, o seu modo de vida e a sua dignidade.

Nesse cenário, são relevantes as considerações de Enrique Dussel sobre a possibilidade de a ética da libertação abrir novos horizontes no que se refere à complexa articulação das massas das comunidades vitimadas:

> Trata-se dos novos movimentos sociais, políticos e econômicos, raciais, ecológicos, do "gênero", étnicos, etc., que surgem no final deste século XX. Luta pelo reconhecimento de vítimas que operam transformações em diversas "frentes de libertação", que esta Ética da Libertação fundamenta e legitima, podendo dar uma certa orientação, a partir dos critérios e princípios éticos, no dia-a-dia, para o exercício de libertação, desde as vítimas, de normas, ações, microestruturas, instituições ou sistemas de eticidade, sem ter de esperar o tempo das revoluções quando estas são "impossíveis". (DUSSEL, 2012, p. 13).

É importante destacar que o direito ao meio ambiente sadio, como muitos direitos fundamentais, exige obrigações positivas do Estado que, tradicionalmente, impõem um dever de proteção. Nesses casos, se o Estado não age ou se age de maneira insuficiente, ele viola a proibição de proteção insuficiente, que é a segunda vertente do princípio da proporcionalidade.

Isso ocorre, notadamente, no caso das obrigações positivas ou dos deveres de proteção, a exemplo dos direitos fundamentais socioambientais. Se o Estado tem o dever de proteger o meio ambiente e não o faz ou faz aquém do devido, ele infringe a proibição de proteção insuficiente. Essas ações só podem ser exigidas dentro da reserva do possível, que será aferida concretamente, não bastando mera invocação abstrata de insuficiência de recursos.

A proibição da proteção insuficiente, a despeito de ser uma figura jovem no arsenal de instrumentos de defesa de direitos fundamentais, vem sendo crescentemente referida nos julgados da Corte Constitucional. A aplicação da proibição da proteção insuficiente possui o condão contribuir para a sistemática da responsabilidade civil ambiental (ANDRADE, 2021).

É preciso estar atento para combater as tentativas de imposição de retrocessos, manter a vigilância, lutar pela prevalência, coerência e pelos preceitos éticos e buscar os caminhos possíveis para alcançar a universalidade e a efetividade dos direitos humanos.

3. A SITUAÇÃO DOS DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS DOS YANOMAMI NO BRASIL

Desde a colonização europeia na América Latina, os povos tradicionais vêm sofrendo um processo de violência e exclusão, que fora aumentando através dos séculos, juntamente com a progressiva degradação do meio ambiente, em nome de um projeto incessante de acumulação de lucros. No Brasil, há quinhentos anos, havia mais de três milhões de índios e atualmente estima-se que haja cerca de 900.000 distribuídos em cerca de 300 etnias. Dentre essas, estima-se que a Yanomami, está estabelecida na região entre o rio Orinoco e a serra Parima, o que corresponde hoje ao território do estado brasileiro de Roraima (IBGE, 2016).

Somente a partir do início da segunda metade do século XX, o povo Yanomami pela primeira vez passou a ter contato com não indígenas: expedicionários, missionários, extrativistas, militares e agentes do Serviço de Proteção ao Índio, que foi sucedido pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) em 1967 (RICARDO; GONGORA, 2019). Assim como as demais etnias, os Yanomami vêm sofrendo diversos tipos de violência e de ameaça às terras que ocupam tradicionalmente.

Na década de 70, os Yanomami sofreram impactos em virtude da construção da rodovia BR-210, também conhecida como Perimetral Norte (OEA, http://www.cidh.oas.org/countryrep/

brazil-port/Pag%206-1.htm). Trata-se de uma rodovia federal projetada para atender aos Estados do Amazonas, Pará, Amapá e de Roraima. No entanto, somente foram construídos trechos nos dois últimos estados. A construção da Perimetral Norte na região de Roraima, na primeira metade da década de 1970, levou a morte de diversos Yanomamis, levando os sobreviventes a suplicar por auxílios à beira da estrada. A população Yanomami dos vales dos rios Ajarani e Catrimani também foi devastada em decorrência da construção da rodovia devastada, sendo registrado que as aldeias do Ajarani perderam 22% de sua população, entre 1973 a 1975, e quatro outras de Catrimani perderam metade de seus integrantes em epidemias de sarampo em 1978, em razão do contato com não indígenas (COMISSÃO PRÓ-YANOMAMI, Boletim URIHI nº 13, 1990).

De 1970 a 1985, foi implementado o Projeto RADAM, cujo objetivo era a captação de imagens aéreas de radar do território, com vistas a detectar riquezas minerais. O projeto permitiu detectar jazidas de ouro, cassiterita e tantalita, o que levou a uma grande invasão garimpeira no período de 1987 a 1992, que culminou em diversas mortes, por propagação de doenças e ondas de violência aos indígenas (FIOCRUZ, 2020). Em 1992, houve a demarcação das terras Yanomami, o que não foi suficiente para conter uma invasão no ano seguinte, que resultou em quarenta e três homicídios, dos quais trinta e dois foram cometidos por não indígenas, incluindo garimpeiros e madeireiros. No mesmo ano, foram assassinados dezesseis Yanomamis em Haximu, dentre os quais mulheres, crianças e idosos. O caso foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 1997, sob o fundamento de que o Brasil não havia tomado uma decisão definitiva acerca dos recursos da jurisdição interna. Em 2006, foi confirmado o massacre de Haximu como crime de genocídio pelo Supremo Tribunal Federal (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, p. 2).

A despeito de todos os acontecimentos, nas décadas seguintes o garimpo continuou em terras Yanomami e em novembro de 2014, a pedido da Hutukara Associação Yanomami (HAY) e da Associação do Povo Ye'kwana do Brasil (APYB), uma equipe de pesquisadores visitou aldeias e coletou amostras de cabelo dos indígenas, a fim de analisar a possibilidade de contaminação pelo mercúrio despejado nos rios, utilizado no processo de exploração do ouro. Evidenciou-se alto índice de contaminação nas áreas que possuem o garimpo próximo (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2016).

Ao longo de 2021, a Amazônia brasileira registrou 8.381 km² de desmatamento, tendo sido considerada a maior devastação no período em dez anos (IMAZOM, 2021). No Brasil, o discurso oficial legitimou ações de desmatamento, de grilagem, de assassinato de indígenas e dos ativistas ambientais, corroboradas por medidas governamentais que apontam para a perda de autonomia dos órgãos fiscalizadores. De 2019 a 2020, cem toneladas de mercúrio utilizadas para extrair ouro foram despejadas nos rios utilizados por Yanomamis. A intoxicação por mercúrio afeta a formação de fetos e traz uma série de graves problemas para o organismo, levando à morte dos indígenas (FERRARI, 2021). O território Yanomami conta com mais 10 milhões de hectares distribuídos no Amazonas e em Roraima. Dados do Mapbiomas mostram que o garimpo nessas terras cresceu nada menos que 3.350% de 2016 a 2020. A ação dos garimpeiros tem levado ao aumento da malária, devido ao desmatamento, e também a contaminação dos rios com mercúrio, que é usado durante a extração do ouro, prejudicando a saúde dos indígenas. Os danos ambientais causados pelo mercúrio e os impactos do desmatamento também levam à desnutrição.

Com a escassez de alimentos provocada pela ação dos garimpeiros, a comida vira moeda de troca para cooptação, especialmente de jovens indígenas, que passam a trabalhar para o garimpo. A presença dos invasores também tem elevado a violência sexual. Segundo Relatório da Hutukara Associação Yanomami, divulgado em 11 de abril, pelo menos três meninas indígenas do povo Yanomami, de 13 anos, morreram após sofrerem série de estupros por garimpeiros ilegais.

O drama vivido pelos indígenas Yanomami também aflige outros povos, que sofrem com a invasão de terras em áreas de proteção ambiental. Um desses povos é o Munduruku, que vive

no médio Rio Tapajós, nos municípios de Itaituba e Trairão, no Pará, região norte do país. Nessas terras, calcula-se que existam em torno de 70 mil garimpeiros ilegais. O estudo indica que todos os participantes da pesquisa estão afetados pelo mercúrio. A análise revelou ainda que os peixes, principal fonte de proteína das comunidades, também estão contaminados.

Durante a pandemia, aproximadamente 20.000 garimpeiros estiveram na região do Rio Parima, colocando em risco os indígenas pela contaminação de Covid-19. Além disso, registrou-se que uma enorme draga, que operava no garimpo ilegal em Roraima, sugou e despejou duas crianças Yanomamis (OLIVEIRA, 2021).

Em abril de 2022, a ONG MapBiomas divulgou estudo sobre a explosão da mineração em terras indígenas brasileiras. Entre 2010 e 2020, a área ocupada por garimpo ilegal em territórios protegidos cresceu 495%. O avanço foi maior nos dois anos finais do estudo.

Mineração e garimpo ilegal devastaram 1.451 hectares em 2018. Já em 2019, o número subiu para 2.975. Contudo, o Governo Federal tenta mudar a legislação e reduzir a proibição dessas atividades. Além do desmonte de políticas públicas de proteção ambiental, um dos principais ataques contra o meio ambiente é o Projeto de Lei 191/2020, de autoria do Planalto, que legaliza o garimpo nessas áreas, permite a construção de hidrelétricas e autoriza que ruralistas e mineradores avancem, mesmo sobre povos isolados, em situação de vulnerabilidade. A vigorar esse quadro, infere-se que a totalidade de indígenas da etnia Yanomami será contaminada por mercúrio, a exemplo do que ocorreu com os indígenas Munduruku (FIOCRUZ, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito do constitucionalismo latino-americano, tanto a Constituição do Equador quanto a da Bolívia positivam o direito fundamental à vida digna em um ambiente hígido sob o signo do bem viver. A Constituição brasileira de 1988, por sua vez, tem um importante capítulo dedicado ao meio ambiente enquanto bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida. Contudo, ainda existem muitos entraves à efetivação dos direitos humanos fundamentais nos países latino-americanos.

Nesse contexto, a pesquisa possibilitou verificar que na pandemia, no Brasil, o povo indígena Yanomami, inserido entre os grupos considerados vulneráveis, foi ainda mais afetado, restando clara a ampliação do déficit de acesso aos direitos fundamentais, identificando a falha do Estado brasileiro quanto ao dever de dar assistência e promover a segurança de seus nacionais.

O acesso à água potável é essencial à vida. Portanto, a contaminação dos recursos hídricos, além dos impactos negativos que repercutem sobre a diversidade biológica, tem como uma de suas consequências o abalo à saúde da população, o que tem sido verificado e vem se agravando ainda mais com a poluição provocada pelos garimpeiros que invadem as terras dos Yanomamis e que, no processo de extração do ouro, lançam mercúrio nas águas dos rios.

Os avanços na constitucionalização dos direitos socioambientais trouxeram esperança ao fortalecimento do direito ao meio ambiente sadio no continente latino-americano. Todavia, para que haja avanços significativos é necessário que os governos parem de atuar como coautores da lógica de depredação ambiental levada a cabo por corporações e busquem, de fato, modelos de desenvolvimento efetivamente emancipadores, que sejam centrados na união de saberes com povos originários e no combate às desigualdades sociais e à dependência econômica da exploração dos recursos naturais, visando, sobretudo, a construir novos mundos e o fortalecimento de uma ética de valorização da vida.

REFERÊNCIAS

AGENDA 2030. Transformando nosso mundo. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel. Acesso em: 27 set. 2022.

ANDRADE, Adriano. *Proibição da proteção insuficiente e responsabilidade civil ambiental*. Belo Horizonte, São Paulo: D´Placido, 2021.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. São Paulo: Atlas: 2021.

Arquivo Pró-Yanomami, Boletim URIHI nº13, São Paulo junho de 1990. Disponível em: http://www.proyanomami.org.br/v0904/index.asp?pag=htm&url=/apy/urihi/boletim_13.htm. Acesso em: 28 nov.2021.

BOLIVIA. Constitución Política del Estado, 07 de fevereiro de 2009. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

Bolívia Eventos 2019. Human Rights Watch, 2019. Disponível em: https://www.hrw.org/pt/world-report/2020/country-chapters/336399. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.088, de 05 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: D10088 (planalto.gov.br).

BRASIL. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 22 de out. de 2021.

BRASIL. Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm. Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL DE FATO. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2021/10/17/daniel-munduruku-os-povos-indigenas-sao-a-ultima-reserva-moral-dentro-desse-sistema. Acesso em: 13 jul. 2022.

CARDIM, Maria Eduarda; TUNES, Gabriela. Apenas 6,5 % dos rios brasileiros têm boa qualidade da água, aponta estudo. *Correio Brasiliense*, 23.03.2019. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/03/23/interna-brasil,744836/apenas-6-5-dos-rios-brasileiros-tem-boa-qualidade-da-agua.shtml. Acesso em: 22 nov. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Os Yanomamis. A fragilidade da sua cultura e condições de sobrevivência física e cultural. In: Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil. 1997, 05 p. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Pag%206-1.htm. Acesso em: 25 nov. 2021.

_____. Relatório nº 88/11: decisão de arquivamento. 2011, 04p. Disponível em:
www.cidh.oas.org/annualrep/2011port/BRAR11745PO.doc. Acesso em: 25 nov. 2021.

COMISSÃO PRÓ-YANOMAMI. *Boletim URIHI* nº 13, 1990. Disponível em: http://www.proyanomami.org.br/v0904/index.asp?pag=htm&url=/apy/urihi/boletim_13.htm. Acesso em: 25 nov. 2021.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Disponível: https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

DUSSEL, Henrique. Ética da l*ibertação*: na idade da globalização e da exclusão. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

FERRARI, Mariana. O mercúrio que mata as crianças yanomamis. In: ISTOÉ Independente, 18.10.2021. Disponível em: https://istoe.com.br/autor/mariana-ferrari/. Acesso em: 27 out. 2021.

FIOCRUZ - Fundação Oswaldo Cruz. Estudo analisa contaminação por mercúrio entre o povo indígena munduruku. *Informe Ensp*, 26.11.2020. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/noticia/estudo-analisa-contaminacao-por-mercurio-entre-o-povo-indigena-munduruku. Acesso em: 27 nov. 2021.

IBGE. Caderno Temático: Populações Indígenas, 2016. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/apps/atlas_nacional/#/home. Acesso em: 27 nov. 2021.

IMAZON - Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia. Dados sobre desmatamento. Disponível em: https://imazon.org.br/categorias-imprensa-grandetema/desmatamento/. Acesso em: 27 nov. 2021

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. O povo Yanomami está contaminado por mercúrio do garimpo, 2016. Disponível em: https://medium.com/hist%C3%B3rias-socioambientais/o-povo-yanomami-est%C3%A1-contaminado-por-merc%C3%BArio-do-garimpo-fa0876819312#.ev79z0tp4. Acesso em: 26 nov. 2021.

JORNAL DA USP. Dados da ONU mostram que 15 mil pessoas morrem por doenças ligadas à falta de saneamento. Disponível em: https://jornal.usp.br/atualidades/dados-da-onu-mostram-que-15-mil-pessoas-morrem-anualmente-por-doencas-ligadas-a-falta-de-saneamento/. Acesso em: 22 out. 2021.

KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

MACAS, Luis. Sumak Kawsay: la vida em plenitude. In: *Revista América Latina em movimiento*, Quito: Equador, v. 52, 2010 p. 14-16.

MAPA DO CONFLITO. Invasão de posseiros e garimpeiros em terra Yanomami. FIOCRUZ, 31.01.2020. Disponível em: http://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/rr-invasao-de-posseiros-e-garimpeiros-em-terra-yanomami/. Acesso em: 30 nov. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Geral da República, 6ª Câmara de Revisão – Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais, Nota Técnica - Projeto de Decreto Legislativo nº 177/2021 (Denuncia da Convenção 169 da OIT) 2021. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Nota_Tecnica_Convencao169.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

OLIVEIRA, Suzanne. Garimpo ilegal degrada área igual a 200 campos de futebol na terra Yanomami em três meses. G1, 25.05.2021. Disponível em: https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2021/05/25/garimpo-ilegal-degrada-area-igual-a-200-campos-de-futebol-na-terra-yanomami-em-tres-meses-fotos.ghtml. Acesso em: 27 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 27 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Os Yanomamis. A fragilidade da sua cultura e condições de sobrevivência física e cultural. In: Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, 1997, 05 p. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Pag%206-1.htm. Acesso em: 26 nov. 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Protocolo de San Salvador. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm. Acesso em: 28 nov. 2021.

POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Yanomami. Acesso em: 21 dez. 2015.

RADLER, Juliana. Cidade mais indígena do Brasil, São Gabriel se isola contra a Covid-19. In: Instituto Socioambiental - ISA, 23.03.2020. Disponível em: https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/cidade-mais-indigena--do-brasil-sao-gabriel-da-cachoeira-se-isola-contra-a-covid-19. Acesso em: 22 nov. 2021.

RICARDO, Fany; GONGORA, Majoí Fávero (org.). Cercos e Resistências – Povos indígenas isolados na Amazônia brasileira. In: Instituto Socioambiental - ISA. 1ª ed. São Paulo: 2019. Disponível em: https://acervo.socioambiental.org/acervo/publicacoes-isa/cercos-e-resistencias-povos-indigenas-isolados-na-amazonia-brasileira. Acesso em: 30 nov. 2021.

TRATA BRASIL. 5,5 milhões de brasileiros sem água tratada e quase 22 milhões sem esgotos nas 100 maiores cidades segundo novo Ranking do Saneamento. Press release, 2021. Disponível em: https://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/Ranking_saneamento_2021/Press_release_-_Ranking_do_Saneamento_2021.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

TRATA BRASIL. Ranking do Saneamento 2021. Disponível em: https://www.tratabrasil.org.br/pt/estudos/estudos-itb/itb/novo-ranking-do-saneamento-2021. Acesso em: 22 nov. 2021.

UNESCO, SITEAL. Constitución de la República del Ecuador. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_ecuador_6002.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

UNITED NATIONS, CEPAL. Regional agreement on access to information, public participation and justice in environmental matters in Latin America and the Caribbean, adopted in Escazú, Costa Rica, on 4 March 2018. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43583/1/S1800428_en.pdf. Acesso em: 4 jul. 2021.

VOLSCHAN JUNIOR, Isaac. Causa e efeitos da poluição por esgotos sanitários e a crise do abastecimento de água da Região Metropolitana do Rio de Janeiro. UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Escola Politécnica, Drhima. Notícias, 2020. Disponível em: http://drhima.poli.ufrj.br/index.php/br/destaque/noticias/298-causa-e-efeitos-da-poluicao--por-esgotos-sanitarios-e-a-crise-de-abastecimento-de-agua. Acesso em: 22 nov. 2021.

Critério orçamentário objetivo para a reserva do possível: Marco necessário para não inviabilizar o Estado do Bem-Estar Social

EDUARDO ANTÔNIO KLAUSNER[1] | FERNANDO BARROSO DE DEUS[2]

Sumário: Introdução. 1. A proposta de construção de critério objetivo para a reserva do possível. 1.1. A reserva do possível. 2. O critério objetivo de satisfação do mínimo existencial a nível orçamentário. 3. O problema da responsabilidade municipal solidária com outros entes federativos por políticas públicas na área da saúde. 3.1. Os parâmetros para estabelecer o critério objetivo do mínimo existencial em nível orçamentário para fornecimento de bens e serviços de saúde na esfera municipal. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A discussão sobre a implementação de direitos fundamentais que exigem prestações positivas pelo Estado e os seus limites, especialmente no que concerne ao mínimo existencial, ainda é motivo de discussão e divergência na doutrina, com repercussão no âmbito judicial[3].

A dialética geralmente circunscreve-se a tentar estabelecer algum limite entre a necessidade de se garantir a efetividade de um determinado direito prestacional e a saúde financeira das contas públicas do Estado para a sua realização, a denominada reserva do possível.

As decisões judiciais normalmente se dedicam à afirmação e ao reconhecimento de novas demandas exigíveis contra o Estado, especialmente na área da saúde, incluindo-as no conceito de mínimo existencial. No entanto, muitas vezes, o Poder Judiciário não leva em conta os meios existentes para efetivá-las[4] e, dentro de um contexto social e econômico real, implementá-las.

---

1 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ), membro efetivo da 2ª Câmara de Direito Público. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

2 Controlador Interno do Município de Cambuci (RJ). Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Professor de Direito Constitucional na Universidade Estácio de Sá (UNESA/Campos dos Goytacazes - RJ).

3 Cf. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018; GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos do Direito. Direitos não nascem em árvores.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: o orçamento na Constituição.* V. 5, 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

4 A título de exemplo, nos autos do processo nº 0006684-22.2018.8.19.0028, a parte autora, deficiente auditiva e aluna recém-ingressa no IFF (Instituto Federal Fluminense), no dia 19 de junho de 2018, solicitou, entre outras coisas, atendimento psicológico com psicólogo fluente em libras (não sendo suficiente o atendimento terapêutico mediante intérprete de libras). O serviço requerido é tão excepcional, particular e individualizado que a sua contratação é na prática inviável e, se eventualmente possível, vultosa, principalmente para cidades de interior (a ação foi distribuída

Devolve-se à Ciência da Administração a responsabilidade pelas escolhas difíceis (*trade-offs*)[5], não poucas vezes dramáticas e embebidas de um esforço de planejamento e de previsibilidade absolutamente danosos para o conjunto de políticas públicas que deveriam ser implementadas.

Assim, o objetivo do presente trabalho é analisar a possibilidade de se determinar um critério objetivo e essencialmente financeiro-orçamentário, para avaliar se o investimento público cobre o mínimo existencial na esfera da saúde e justifica o argumento da reserva do possível, não sob o ponto de vista estrito das essencialidades humanas, ou seja, daquilo que é necessário para a realização de uma vida não miserável, mas sim a nível orçamentário e para fins de comparação e limite ao pretendido por uma parte em uma demanda por fornecimento de bens e serviços em saúde pública.

Isto não significa uma mera análise específica dos números, admitindo inevitavelmente um *non facere* do Estado em razão da insuficiência de caixa, mas a estipulação de critério que permita à Administração Pública e ao Judiciário utilizar para avaliar a pretensão do demandante, sob a ótica da proporcionalidade e da razoabilidade, diante das demais necessidades orçamentárias do Poder Público.

Pesquisa patrocinada pelo Conselho Nacional de Justiça revela que a reserva do possível não é considerada como argumento juridicamente apto a restringir pleitos em matéria de saúde, entre outros motivos, pela incapacidade de o Poder Executivo provar a impossibilidade financeira de custear o bem ou serviço demandado[6].

O presente trabalho concentrar-se-á na esfera da saúde municipal, considerando que os entes municipais são os mais sobrecarregados financeiramente por demandas de saúde pública e sofrem de notória deficiência de recursos.

1. A PROPOSTA DE CONSTRUÇÃO DE CRITÉRIO OBJETIVO PARA A RESERVA DO POSSÍVEL

Sob o ponto de vista da despesa pública, quando a Constituição Federal dispõe em preceito o dever expresso de política pública a ser efetivada pelo Estado, atribui objetivamente ao Poder Executivo um poder-dever para implementar a previsão constitucional. Os recursos deverão ser arrolados obrigatoriamente na lei orçamentária, cuja execução é impositiva[7].

Algumas destas políticas públicas são consideradas tão importantes, que existem vinculações constitucionais expressas sobre a quantidade de recursos destinados, uma heterovinculação para os responsáveis pela elaboração do orçamento, como prevê o artigo 198, parágrafos segundo e terceiro, e respectivos incisos, da Constituição Federal, no que concerne às ações e serviços públicos de saúde[8].

Quando não garante o texto constitucional recursos para a implementação de determinado direito fundamental, confere à Administração Pública a discricionariedade para alocar recursos

---

em Macaé-RJ), com notórias dificuldades financeiras.

5 Segundo Flávio Galdino (GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos do direito. Direitos não nascem em árvores.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 160): "Se não há recursos públicos para prestar educação, lazer, infraestrutura básica e saúde em uma dada sociedade em um dado momento, será necessário optar por um ou por alguns deles – efetuando *trade-offs* – expressão de difícil tradução, mas que pretende designar essa situação de escolha efetuada dentro do conjunto de oportunidades [...]. Também o Estado possui recursos escassos, vivenciando a necessidade de realizar escolhas, sacrificando ainda que parcialmente outras opções que se apresentavam no conjunto de oportunidades disponíveis. Diante de um orçamento 'apertado', o Estado faz a opção entre investir em (i) moradia ou (ii) educação. Lamentavelmente, nem sempre há recursos para ambos. Para o Estado, muitas dessas opções são dramáticas – impondo dificuldades e responsabilidades aos agentes públicos. São as escolhas trágicas".

6 ASENSI, Felipe Dutra, e PINHEIRO, Roseni (coord.). *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 132-133.

7 Nesse sentido, DOMINGUES, José Marcos. A atividade financeira do Estado e as políticas públicas para os direitos humanos. *Direito Financeiro e políticas públicas.* 2015. Rio: GZ Editora, p. 38 e 42-43.

8 Cf. VIEIRA, Artur Alves Pinho. O orçamento como instituto concretizador dos direitos fundamentais sociais. In: DOMINGUES, José Marcos (org.). *Direito Financeiro e políticas p*úblicas. Rio: GZ Editora, 2015, p. 170-171.

no orçamento de modo a progressivamente alcançar os objetivos propugnados como desejáveis em matéria de direitos econômicos e sociais. E nem sempre para se atingir o desiderato constitucional haverá necessariamente dispêndio de recursos. Como ensina José Marcos Domingues, "políticas públicas eficientes podem poupar recursos"[9].

No entanto, deve-se esclarecer, que não há discricionariedade do legislador orçamentário para não prever no orçamento recursos para a implementação de políticas públicas, que assegurem direitos fundamentais[10].

O que pode e deve ser considerado como mínimo existencial para uma vida digna e aceitável para a implementação da política pública não está claro. Este trabalho pretende demonstrar o vínculo destes deveres estatais com o mínimo existencial, no sentido de que, quando observada razoavelmente a obrigação constitucional pela Administração Pública, satisfeita está a demanda da sociedade, e, consequentemente, preservada e respeitada a dignidade humana, não cabendo ao Poder Judiciário impor nova e não planejada despesa à Administração Pública para satisfazer toda e qualquer pretensão individual ou coletiva.

Assim, a tese do máximo existencial[11], ou da aplicação máxima de recursos disponíveis em direitos sociais[12], é repudiada de plano, por ameaçar a própria viabilidade dos demais serviços públicos e, portanto, do próprio Estado.

Consequentemente, o argumento da reserva do possível pode e deve ser acolhido, eis que os recursos financeiros existentes não se destinam todos a promoção dos direitos sociais, mas também à manutenção de outros serviços públicos essenciais à própria existência da sociedade, do Estado e de seus entes federativos, como, por exemplo, os referentes à segurança pública, preservação do meio ambiente, relações exteriores e forças armadas.

Assim, ao se propor a formação de critério objetivo para a reserva do possível, o que se pretende é a mensuração objetiva, sob a forma de despesa, daquilo que minimamente deve haver em um orçamento público para que as pessoas tenham uma vida digna, não miserável, e passível de implementação progressiva no caso dos direitos sociais.

Metodologicamente, o intento é, tendo por fundamento a Constituição Federal e os seus desdobramentos infraconstitucionais, construir um critério objetivo de parâmetro mínimo para gastos públicos destinados a políticas públicas que assegurem direitos fundamentais sociais de implementação progressiva sob a perspectiva de um Estado de Direito, que seja oponível a demandante que pragmaticamente tenha a pretensão de exigir uma prestação referente à saúde pública, critério este que permita o reconhecimento da reserva do possível objetivamente.

Não se pretende o estudo filosófico ou fisiológico da miserabilidade humana, ou o debate sobre o que é economicamente possível de ser realizado pela Administração Pública. O que se deseja é o estudo do mínimo existencial com um enfoque jurídico-financeiro, considerando, para tanto, os direitos assegurados pela Constituição Federal brasileira e o dever ao equilíbrio orçamentário e a repartição equitativa do gasto público[13].

---

9 DOMINGUES, José Marcos. Atividade financeira e direitos sociais. In: QUEIROZ, Luís Cesar Souza de; GOMES, Marcus Lívio (org.). *Finanças públicas, tributação e desenvolvimento*. Rio: Freitas Bastos, 2015, p. 110.

10 Nesse sentido, citando farta doutrina e jurisprudência, ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Financeiro brasileiro.* 4. ed. Rio: Gen/Forense, 2017, p. 212-224, passim.

11 Sobre a teoria do máximo existencial, ver DANTAS, Miguel Calmon. *Máximo existencial como direito fundamental.* Curitiba: Juruá, 2019.

12 BIDART CAMPOS, Germán. *El Orden Socioeconômico en la Constitución.* Ediar: Buenos Aires, 1999.

13 Como ensina DOMINGUES, J. M., in: A atividade financeira do Estado e as políticas públicas para os Direitos Humanos, op. cit., p. 45, o princípio do equilíbrio orçamentário está previsto constitucionalmente e "avança pela lei de normas

O presente trabalho leva absolutamente em consideração ser a Constituição Federal do Brasil dirigente e garantidora de uma série de direitos na esfera da saúde, questão essa pacífica na doutrina e na jurisprudência.

Não se desconhece determinado posicionamento doutrinário de que o mínimo existencial não teria dicção constitucional própria, e que deveria ser procurado na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais de igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios dos cidadãos[14].

O que se investiga é a existência, na área da saúde, de um mínimo orçamentário tutelável, constitucionalmente reconhecido e de presença obrigatória no orçamento público municipal, e que atendido, diante de recursos escassos, justificaria a reserva do possível para negar o atendimento a demandas individuais ou coletivas pleiteando prestações positivas vultosas, capazes de desorganizar a alocação de recursos e o equilíbrio orçamentário e financeiro da Administração Pública.

O conceito de mínimo existencial, no campo doutrinário, apresenta uma série de diferentes olhares, dificultando, em muito, o planejamento orçamentário[15]. Ana Paula de Barcellos traça importantes distinções entre os pensamentos de Robert Alexy, John Rawls e Michel Walzer[16] sobre esse tema, os quais direcionados ao campo da principiologia poderiam bem ser sustentados

---

gerais de direito financeiro" e pela lei de responsabilidade fiscal, "integrando um pacto pela estabilidade orçamentária em favor do perene desenvolvimento nacional".

14 TORRES. Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: o orçamento na Constituição.* V. 5, 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 357.

15 A propósito, em crítica, POSNER afirma que alguns juristas se mostrariam hostis aos estudos de análise econômica do Direito porque (POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho.* Trad. de Eduardo L. Suaréz. 2. Ed. México: FCE, 2007, p. 843 e 844) "[...] creen que mina los derechos legales al disolver todas las cuestiones en un análisis de costo-beneficio. Este problema se relaciona estrechamente con la elección entre reglas y normas. La crítica, para la que la discusión precedente pareciera proveer argumentos, es que en el fondo el economista cree que toda regla legal tiene o debería tener excepciones que la transforman en una norma, que en última instancia depende del equilibrio de los costos y de los beneficios".

16 Desse modo, leciona a professora que John Rawls defende, dentro do princípio da diferença, a existência de um conteúdo mínimo, ao qual se deveria conferir *status* de direito subjetivo constitucional. Assim, o mínimo existencial para Rawls deixaria de ser um fim a ser atingido pelo Legislador para se transformar em um direito constitucionalmente assegurado, e as prestações que representassem um *plus* a este mínimo, permaneceriam no âmbito da competência do Legislativo, a quem caberia promover as políticas de justiça social que realizassem, de forma mais ampla, a justiça distributiva. De outra banda, ao tratar sobre o mínimo existencial em Michael Walzer, Ana Paula de Barcellos afirma que, para o autor, diferentemente de Rawls, seria possível que os indivíduos chegassem a um consenso não apenas em relação a um procedimento para atingir um resultado, mas também a valores materiais comuns àquele grupo social. Walzer assim procuraria descrever uma sociedade justa, na qual nenhum bem social serviria ou poderia servir como instrumento de dominação, propondo a estrutura de uma "igualdade complexa", onde cada bem social (*i.e.*, dinheiro, lazer, trabalho, poder político, educação, etc.) deveria ser distribuído de acordo com as concepções compartilhadas na comunidade de bem-estar social e o sentido, também comum, atribuído a cada um desses bens. Contudo, conclui a professora que Walzer não teria desenvolvido de forma clara uma ideia de mínimo existencial, mas que algumas prestações contidas nesta ideia teriam sido abordadas de forma direta pelo autor, sobretudo quando do estabelecimento da necessidade como critério à assistência social e a igualdade simples como via de acesso à educação básica. Por fim, ao analisar a teoria do mínimo existencial na visão de Robert Alexy, afirma a professora que para o autor o mínimo existencial corresponderia ao conjunto de circunstâncias materiais e mínimas a que todo homem teria direito, o núcleo irredutível da dignidade da pessoa humana. Assim, conclui a professora, estudando o princípio constitucional da dignidade humana, e a ponderação deste princípio com outros que lhe oporiam, Alexy extrairia um núcleo básico inalienável que seria o mínimo existencial, cuja garantia constituiria regra obrigatória e sindicável, independente da intermediação do Legislativo e do Executivo (BARCELLOS, Ana Paula de [et al.]. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 97-130).

por qualquer julgador ou administrador brasileiro, reduzindo significativamente a possibilidade da formação de alguma série histórica quantificável[17].

Nos moldes aqui propostos, a construção de um critério objetivo para se determinar o atendimento ao mínimo existencial é possível, e tem como principal funcionalidade a construção de decisões administrativas e judiciais mais previsíveis, facilitando o planejamento orçamentário da Administração Pública. A construção de um conceito de reserva do possível orçamentário reduziria o campo das soluções judiciais ideológicas, realizadas sob o ponto de vista de uma certa moral individualizada do julgador, disfarçadas com matizes principiológicas[18] e muitas vezes *contra legem*[19]. Por outro lado, permitiria a formação de um banco de dados apto a fornecer elementos para quantificar custos com a implementação de cada medida judicial.

A estipulação de um critério objetivo orçamentário para se determinar a reserva do possível, e que assegure também ao conceito de mínimo existencial uma dimensão coletiva e não individual na área da saúde, especialmente a municipal, ancorado na Constituição Federal, viabiliza o estabelecimento claro das obrigações financeiras a serem aportadas pelo município para a consecução de políticas públicas específicas na área da saúde, além do já determinado legalmente. Isso também permitiria, de fato, que a implementação de política pública estivesse no campo das escolhas políticas, respeitando o plano de governo das autoridades democraticamente eleitas para governar o município.

Por fim, justifica-se o enfoque do presente trabalho na esfera municipal e na área da saúde, considerando ser este ente federativo o mais carente de recursos, o menos dotado de verbas na partilha financeira e tributária das receitas arrecadadas da sociedade, e, também, o réu habitual em todas as demandas judiciais envolvendo saúde pública. É no município que as pessoas vivem. E não há município que não tenha um juiz estadual próximo para atender as demandas da população, como também é notório. Portanto, o ente federativo mais impactado em seu orçamento pela interferência casuística do Poder Judiciário em matéria de saúde pública é o município[20].

---

17 Segundo Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial corresponderia a um direito às condições mínimas de existência humana digna, e que não poderia ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos e que ainda exigiria prestações estatais positivas (TORRES. Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: o orçamento na Constituição*. V. 5, 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 357).

18 Carlos Ari Sundfeld, sobre o tema, faz o seguinte apontamento (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 226): "O que estou querendo dizer aqui é algo simples, evidente, com que provavelmente todo mundo concorda: ideias soltas não podem servir de motivação de decisões judiciais. Mas o 'status principiológico' de certas palavras, expressões e frases tem servido demais para mascarar a falta de critérios. Para muitos juízes, usar fórmulas mágicas meio vazias para resolver o cotidiano é um modo de ir empurrando para mais tarde a construção de critérios gerais consistentes".

19 Lênio Streck, sobre o assunto, traz importante lição (STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 6. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017, p. 129 e 130): "A contaminação pelo 'instrumentalismo' é visível não somente em discursos exógenos como também na legislação e nos respectivos projetos que buscam reformar os mecanismos processuais em *terrae brasilis*. É como se o Direito e tudo o que ele representa em termos institucionais, históricos e factuais dependesse da sua utilização como um objeto, um instrumento, algo manipulável pelo intérprete. Ou, de forma reducionista venhamos a pensar que o 'problema da crise do direito ou da crise da operacionalidade do direito' se deva à incapacidade de gestão por parte dos magistrados. De certo modo, repete-se a 'troca' (e, lamentavelmente, a não superação) de paradigmas. Se antes o jurista era um escravo da(s) estrutura(s) (lembremos do positivismo 'primitivo' – de cariz exegético), portanto, era 'assujeitado à lei' (que era 'igual ao direito'), agora o sujeito se transforma no 'senhor dos sentidos' da estrutura".

20 Sobre o assunto, ver, entre outras notícias e pesquisas, as seguintes, realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ: https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/57046-divida-de-estados-e-municipios-com-precatorios-chega-a-r-94-bi,

O efeito deletério no orçamento municipal é grande e completamente desconsiderado judicialmente. Pesquisa de 2011, em São Paulo, revela situações exemplares. No município de Buritama, "mais da metade do orçamento de saúde é gasto para cumprimento de decisões judiciais e apenas um paciente conseguiu, via justiça, o acesso a um tratamento que custou 16% do orçamento anual de saúde (revista *Época*, 2012)". No município de Campinas, "somente com atendimento de 86 novas ações recebidas em 2009, o município gastou quase 16% de todo seu orçamento para medicamentos (Advocacia-Geral da União e Ministério da Saúde, 2012)"[21].

Também se ambiciona, embora não seja o objetivo principal deste estudo, estabelecer uma reflexão e uma metodologia para a determinação do mínimo existencial ao nível orçamentário que possua atributos para ser utilizada em outras esferas e áreas de governo, permitindo assim o desenvolvimento de um conceito de mínimo existencial a nível orçamentário para todas as políticas públicas, sejam serviços de saúde estaduais ou federais, sejam políticas relacionadas aos mais diversos serviços sociais, como os serviços de educação pública municipal, estadual e federal.

1.1. A reserva do possível

A reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), expressão cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), em julgado no qual se discutia sobre a possibilidade de se pleitear judicialmente a criação de vagas em faculdade de Medicina para estudantes habilitados a ingressar no ensino superior, mas não classificados para as vagas existentes, foi adotada pela doutrina alemã. Trata-se originalmente de um "conceito heurístico aplicável aos direitos sociais, que na Alemanha não se consideram direitos fundamentais", não se confunde com a expressão "reserva de orçamento" e "não é aplicável ao mínimo existencial". No Brasil, a expressão perdeu o sentido originário[22].

No Brasil, a expressão "reserva do possível" sofreu transformação na doutrina e na jurisprudência, exorbitou para os direitos fundamentais e para o mínimo existencial, e tornou-se uma cláusula de reserva fática, ou seja, alegada pela Administração Pública para impedir, restringir ou condicionar pretensão fundada em direito subjetivo individual ou coletivo de índole constitucional, que objetiva adjudicar direitos prestacionais sociais à existência de disponibilidade financeira[23].

A reserva do possível passou a ser compreendida como inexistência de dinheiro ou insuficiência econômica real dos recursos públicos, ou a indisponibilidade jurídica dos mesmos por força de legislação orçamentária, para atender a direito social[24]. Excepcionalmente a reserva do possível é utilizada como argumento em causas nas quais não se discutam direitos sociais[25],

---

https://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/88686-comite-da-saude-discute-crise-nos-municipios-da-fronteira-oeste, https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf, https://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/88263-judicializacao-da-saude-justica-federal-do-rj-divulga-notas-tecnicas.

21 Cf. WANG, D. L. M.; VASCONCELOS, N. P.; OLIVEIRA, V. E.; TERRAZAS, F. V. Os impactos da judicialização da Saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. In: *Revista de Administração Pública,* v. 48, n. 5, set.-out. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rap/v48n5/06.pdf. Acesso em: 15 set. 2019.

22 TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial.* Rio: Renovar, 2009, p. 103-106.

23 Idem, ibidem, p. 106-110, passim.

24 SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos: volume I – reserva do possível.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 145-148.

25 Idem, ibidem, p. 161-162.

sendo utilizada com frequência nas que versam sobre acesso à educação, tratamento de saúde ou fornecimento de medicamentos.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os direitos sociais tocados pela *jusfundamentalidade* e relacionados ao direito à vida e ao direito à existência digna, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, estão consagrados, são garantidos pela jurisdição e exibem um *status positivus libertatis* para assegurar a entrega de prestações estatais positivas aos hipossuficientes econômicos[26].

A paradigmática decisão no AgR-RE n. 271.286-RS, Relator Ministro Celso de Mello, por exemplo, declara o direito à saúde como fundamental, ao reconhecer o direito dos portadores do vírus HIV carentes de recursos financeiros a receberem remédios gratuitamente do Poder Público.

Estes direitos fundamentais sociais, como afirma o Ministro Gilmar Mendes na decisão nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 278-6 Alagoas, da qual foi Relator, previstos no artigo 6º da Constituição Federal[27] e com seu conteúdo e prestação especificados nos artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros, inclusive o direito individual à saúde, podem ser condicionados "ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde".

O argumento da reserva do possível foi parcialmente reforçado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 MC/DF, julgada em 29 de abril de 2004, mas exigindo-se comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira "da pessoa estatal".

O que significa objetivamente e economicamente não comprometer o funcionamento do Sistema Único de Saúde, como decidido na STA n. 278-6 - Alagoas? Qual critério para a comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da Administração Pública, como declarado na ADPF n. 45 MC/ DF? Não há critério jurídico ou financeiro objetivo determinado sobre isso, até a presente data.

Na ADPF acima citada, o Ministro Celso de Mello aceita em tese a possibilidade da reserva do possível, mas exige comprovação objetiva da "incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal", e expressamente adverte:

> [...] a cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Essa decisão, precedente importantíssimo sobre o tema, exige para reconhecimento da reserva do possível incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal objetivamente aferível, mas não fixa nenhum critério para tanto.

A insegurança orçamentária e financeira fomentada por argumentos como estes não para aí. No Superior Tribunal de Justiça (STJ), além do vago parâmetro dado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) de que, para demandas fundadas em direitos fundamentais, a impossibilidade econômica de atendimento da mesma pelo ente estatal deve ser objetiva, adotou-se também a tese de que "o indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não

26 Nesse sentido, TORRES, R. L., op. cit., p. 54 et al., apesar de criticar a imprecisão terminológica e o estilo maximalista de algumas decisões.

27 O Capítulo II "Dos Direitos Sociais" (artigos 6º a 11º) localiza-se no Título II da Constituição Federal, "Dos Direitos e Garantias Fundamentais".

sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus (REsp 104197/MS REsp 2008/0059830-7, DJe 16/9/2009)". O que, objetivamente, são prestações supérfluas em matéria de direitos fundamentais?

Mesmo em decisões do STJ elogiadas pela doutrina, consideradas como apropriadamente ponderadas para enfrentar o argumento da reserva do possível em face do direito ao mínimo existencial, constata-se a absoluta falta de critério objetivo quando os recursos são escassos[28]:

> [...] Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ), cristalizada no enunciado da Súmula de número 241, está em consonância com a do STF[29]. O citado verbete assim está redigido: "cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas pela Constituição".

O enunciado sumular número 241 foi adotado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, ao dar provimento ao processo administrativo n. 0014104-12.2011.8.19.000 para uniformização de jurisprudência, julgado em 06 de junho de 2011, proposto pelo Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – CEDES, com base no artigo 122, parágrafo 3º, do Regimento Interno do Tribunal, tendo por Relator o Desembargador José Geraldo Antonio.

O enunciado de súmula foi aprovado em Encontro de Desembargadores com competência em matéria cível, realizado pelo CEDES, no dia 24 de março de 2011, constituindo jurisprudência predominante (para fins do artigo 926, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil[30]), nos termos do Aviso TJ n. 27/2011, do Presidente do Tribunal de Justiça, antes de ser adotado como Súmula do Tribunal.

A justificativa para a adoção do enunciado, proposto pelo CEDES, foi a seguinte, segundo o voto do Desembargador Relator:

> JUSTIFICATIVA: A necessidade de preservação dos indivíduos e da observância do mínimo existencial permite que se inverta o ônus da prova em desfavor da pessoa jurídica de direito público, quando há inércia governamental na efetivação de políticas públicas, traçadas pela Constituição. Somente será elidida tal presunção se ocorrer justo motivo demonstrado pelo ente público, porquanto o administrador está vinculado à Constituição, que limita, neste aspecto, a discricionariedade político-administrativa. (Precedentes 0139397-96.2005.8.19.0001, TJERJ, 2ª. C. Cível, julgamento em 29/11/2010, DO 115549-58.2008.8.19.0004, TJERJ, 2ª. C. Cível, julgamento em 13/02/2011)[31]

28 ABRAHAM, Marcus. Op. cit., p. 218.

29 O verbete n. 241 da Súmula do TJERJ foi comentado por KLAUSNER, Eduardo A. Comentário ao verbete n. 241 (Sobre a Reserva do Possível) da Súmula do TJERJ. In: *Revista de Direito do TJ-RJ*. V. 96, p. 214 e ss. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2014.

30 No revogado Código de Processo Civil de 1973, a uniformização da jurisprudência é disciplinada nos artigos 476 e ss.

31 No voto existe erro de digitação, pois a correta referência do segundo precedente é n. 0015549-58.2008.8.19.0004, TJERJ, 12ª Câmara Cível, julgamento em 03/02/2011.

A fundamentação do voto acompanha a justificativa do CEDES e acrescenta especialmente o seguinte, *in verbis*:

> As diretrizes programáticas introduzidas pela Constituinte na Carta Magna vigente, como é de conhecimento público, ao longo da história deste país, na maior parte do seu elenco, adormecem no seu texto, sempre esquecidas pelos governantes que se sucedem no poder.

Somente quando há uma convergência de interesses políticos partidários com a administração pública são despertados e colocados na pauta de metas deste ou daquele governo.

Não só por outras razões, mas, sobretudo, por estas agora mencionadas, justifica-se estabelecer a regra da inversão do ônus da prova, tal como consta do enunciado aprovado no 1º Encontro dos Desembargadores deste Tribunal.

Com efeito, a efetivação das políticas públicas, por sua relevância na concretização dos ideais de progresso do país e do desenvolvimento social do povo brasileiro não pode ser relegada à conveniência e oportunidade da administração pública. Vinculadas que estão à saúde, à educação e à segurança da população, as políticas públicas, para não serem implementadas com invocação na reserva do possível exigem relevantes e insuperáveis motivos devidamente demonstrados pelos eventuais agentes públicos[32].

No precedente da 2ª Câmara Cível, Relator Desembargador Mauricio Caldas Lopes, acórdão citado pelo Órgão Especial, após ressaltar-se o direito da pessoa humana de receber do Poder Público medicamentos para o tratamento de doença e recuperação da saúde, afirma-se não ser cabível defesa com base na reserva do possível e na escassez de recursos, quando dos 3,9 bilhões de reais destinados à saúde em 2008, apenas 276 milhões foram efetivamente investidos.

No precedente da 12ª Câmara Cível, Relator Desembargador Antônio Iloízio Barros Bastos, também citado como paradigma pelo Órgão Especial, após declarar-se a saúde direito subjetivo fundamental, afirma-se competir ao Judiciário salvaguardar "o mínimo existencial" e ao Poder Público provar efetivamente os argumentos postos a título de reserva do possível para não conceder a prestação exigida, pois "geralmente limita-se a consignar em papel suas ilações, sem nada provar".

Também merece referência o fato de que entre os enunciados da Súmula do Tribunal de Justiça, a de número 65 reconhece o direito fundamental à saúde, e as de números 116, 179, 180, 183 e 184, o dever da Administração Pública fornecer prestações positivas para satisfação do direito à saúde, entregando medicamentos, alimentos e artigos de higiene necessários para o tratamento da moléstia, bem como fornecendo exames médicos, cirurgias, internações hospitalares e meios para o transporte do jurisdicionado para tratamento médico (passe-livre em transporte público). Outrossim, o enunciado de número 180 expressamente afasta a reserva do possível como argumento para o não fornecimento de medicamentos não padronizados.

---

32 Como visto, a justificativa do CEDES e o voto do Relator estabelecem como cabível a inversão do ônus da prova em desfavor da pessoa jurídica de direito público, mas, como bem colocou o Ministério Público em seu parecer (Promotor de Justiça Emerson Garcia e Subprocurador-Geral de Justiça Antonio José Campos Moreira), deve ser observado que: "Ao dispor sobre a necessidade de 'demonstrar o atendimento à reserva do possível', o enunciado nada mais faz que expressar a imperiosa necessidade de observância da lei processual, que atribui ao demandado o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (CPC, art. 333, II).". Consequentemente, pode-se concluir que a inversão do ônus da prova no caso concreto não exigirá a observância de formalidades processuais excepcionais.

Assim, dúvida não resta de que a reserva do possível só terá o condão de obstar a efetividade de direito fundamental social vindicado judicialmente na Justiça, quando o Poder Público cabalmente provar não ser o pedido razoável, apto a ser universalizável, e não possuir de fato recursos econômicos ou financeiros para prestá-lo.

Outrossim, a expressão "políticas públicas estabelecidas pela Constituição", que compõe o enunciado número 241 acima citado, merece atenção, pois também suscetível de interpretação equivocada por sua vagueza, devendo buscar-se em sua exegese a justificativa do CEDES para o enunciado e na qual se refere expressamente ao mínimo existencial.

Cabe ao Poder Executivo precipuamente implantar e executar as políticas públicas traçadas na Constituição Federal, discricionariamente e atento à realidade social e orçamentária. Por vezes, normas constitucionais de conteúdo programático necessitam de uma "concretização legislativa"[33] de iniciativa do Poder Legislativo.

Não compete ao Poder Judiciário interferir na competência constitucional dos outros dois Poderes da República e na discricionariedade quanto à formulação e implementação de políticas públicas. Mesmo porque, como observa o Ministro Gilmar Mendes na Suspensão de Tutela Antecipada n. 278 – Alagoas, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre tendo em vista uma omissão legislativa absoluta em matéria de políticas públicas, "mas em razão de uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas".

Assim, compete ao Poder Judiciário garantir os direitos fundamentais sociais, especialmente os concernentes ao mínimo existencial, mesmo quando não contemplados por políticas públicas pelo governante. No entanto, urge determinar objetivamente o mínimo existencial para não inviabilizar o orçamento e as finanças públicas.

Para direitos sociais que não tenham a natureza de fundamentais e não sejam diretamente relacionados ao mínimo necessário para uma existência digna, a reserva do possível é o programa político-administrativo do governante, a reserva de políticas públicas e das verbas orçamentárias[34].

Destaque-se que o Desembargador Relator do procedimento para prolação do enunciado n. 241 da Súmula, em seu voto, ao final, esclarece expressamente a quais políticas públicas alude: saúde, educação[35] e segurança pública. Essas são as políticas públicas consideradas como relativas ao mínimo existencial e objeto do enunciado.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça posiciona-se no sentido exposto acima, *v.g.*, Apelação Cível n. 0384470-05.2008.8.19.0001, julgada em 22 de junho de 2011 pela 17ª Câmara Cível, Relator Desembargador Elton Leme[36], e a Apelação Cível n. 0194175-74.2009.8.19.0001,

---

33 SARLET, Ingo Wolfang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 292.

34 Nesse sentido, TORRES, R. L., op. cit., p. 112-113.

35 Merece referência a seguinte decisão do TJERJ: Agravo de Instrumento n. 0024631-57.2010.8.19.000, 5ª. Câmara Cível, Rel. Des. Horácio S. Ribeiro Neto, j. 14/09/2010: ALUNO ESPECIAL. DEFICIÊNCIA AUDITIVA. CURSO PRÉ-VESTIBULAR COMUNITÁRIO. AUSÊNCIA DE INTÉRPRETE. DIREITO SUBJETIVO. GARANTIA CONSTITUCIONAL. [...] 1. Toda vez que a Constituição Federal assegura um direito público subjetivo, cede a teoria da reserva do possível, não havendo violação ao princípio da separação dos poderes. 2. Se a Constituição cria um direito subjetivo à educação, assegurando, especificamente, aos portadores de deficiência atendimento educacional especializado, não pode o Estado furtar-se ao cumprimento da obrigação constitucional. [...].

36 APELAÇÃO CÍVEL. SANEAMENTO BÁSICO. INTERESSE COLETIVO VERSUS INTERESSE INDIVIDUAL. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO INDIVIDUAL NA DEFESA DE SEU INTERESSE ESPECÍFICO. CAUSA MADURA. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. DESPROVIMENTO DO RECURSO. [...] 3. Não compete ao Judiciário determinar ao ente público a implantação de determinado projeto de saneamento básico, em detrimento de outros, diante da complexidade de fatores técnicos e orçamentários que devem ser levados em consideração, o que constituiria atentado

julgada em 06 de outubro de 2010, 14ª Câmara Cível, Relator Desembargador José Carlos Paes[37], que expressamente acolhem a reserva do possível e o argumento baseado na "Separação dos Poderes"; o Agravo de Instrumento n. 0005527-45.2011.8.19.000, julgado em 18 de maio de 2011, pela 13ª Câmara Cível, Relator Desembargador Ademir Pimentel, no qual se afirma que as obras pretendidas se inserem na "discricionariedade administrativa", devendo ser postuladas junto aos governantes e representantes municipais eleitos; e a decisão nos Embargos Infringentes, 2ª Câmara Cível, julgado em 04 de maio de 2011, Relator Desembargador Jessé Torres, na qual se declara ser incompatível com a cláusula pétrea da separação dos poderes a determinação pelo Judiciário de política pública de saneamento básico, mesmo que para a efetivação de direitos sociais.

No entanto, julgados do TJERJ mais recentes vêm desconsiderando a independência da Administração Pública para a implementação de políticas públicas e, principalmente, a reserva do possível diante de recursos escassos. Cite-se, a título de exemplo, o Incidente de Assunção de Competência instaurado na Apelação Cível nº 0005852-07.2017.8.19.0001, considerando reiteradas condenações da CEDAE e do Município do Rio de Janeiro, por órgãos fracionários do TJERJ, a implementar rede de escoamento pluvial e esgotamento sanitário em área ocupada irregularmente, assim como a indenizar moradores por danos morais em razão da ausência do fornecimento do serviço de modo adequado, em ações individuais, *in verbis*:

> APELAÇÃO - CEDAE - REDE DE ESGOTO - REPAROS - CANAL DO ANIL - DEMANDA REPETITIVA - INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA - INSTAURAÇÃO. - Ação de Obrigação de Fazer objetivando os Autores que a Ré proceda a realização da obra de reparo definitivo da instalação da rede de esgoto sanitário, viabilizando a prestação adequada e eficiente do serviço de saneamento básico ao seu imóvel, além da reparação moral. - Inequívoco interesse público a justificar a admissão do Incidente, justificando-se, por sua importância, a concentração do julgamento de recursos que, aliás, tem a tendência de se repetir no âmbito do judiciário. - Questão que envolve grande repercussão social e elevado interesse público, a justificar a unificação dos respectivos julgamentos na fase recursal pela E. Seção Cível deste Tribunal, que deliberará, com efeito vinculativo, sobre o julgamento da responsabilidade eventual do Município do Rio de Janeiro e CEDAE sobre as obras e serviços que se pretende realizar no local. - Incidente de Assunção de Competência que se suscita.

à discricionariedade e aos critérios políticos de escolha do Administrador, além do risco de comprometimento do equilíbrio das finanças públicas. 4. O controle judicial de políticas públicas constitui medida de caráter excepcional em prestígio ao princípio da separação dos poderes. 5. Os problemas de infraestrutura de saneamento básico são seculares e complexos [...]. 6. Assim, se o problema que aflige a demandante não pode ser solucionado em caráter individual, mas depende de empreitada de largo espectro, com implantação de sistema, hoje inexistente, de saneamento básico, a iniciativa individual esbarra no princípio da reserva do possível, podendo o governante escolher, à luz das limitações matérias dos cofres públicos, qual política de obra pública priorizar diante das flagrantes necessidades da população a que serve. [...].

37 AGRAVO INOMINADO. APELAÇÃO CÍVEL. OBRAS DE SANEAMENTO BÁSICO. LEGITIMIDADE ATIVA. DISCRICIONARIEDADE. RESERVA DO POSSÍVEL. DANOS MORAIS. INTEXISTÊNCIA. [...] As prioridades da administração são definidas pelo administrador. O deferimento do pedido autoral significaria adentrar na esfera administrativa e governar no lugar do governante, o que é vedado pela própria Constituição da República. Princípio da separação dos poderes e da reserva do possível. [...].

Urge, portanto, o estabelecimento de critérios objetivos e financeiros para amparar o argumento da reserva do possível, sem o qual, mesmo quando houver escassez de recursos, não será possível apresentar ao Poder Judiciário uma justificativa aceitável.

Ricardo Perlingeiro tenta estabelecer um critério objetivo após examinar as decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão. Afirma estar a reserva do possível intrinsicamente relacionada com prerrogativa do legislador de escolher quais benefícios considera prioritários financiar, sem restringir direitos sociais considerados como mínimo existencial, ou aqueles direitos sociais instituídos por lei[38].

No entanto, o que é mínimo existencial e o quanto ele pode custar continuou indeterminado e sujeito a critérios judiciais a cada dia mais imprecisos. Logo, merece destaque a advertência de Marcus Abraham[39], citando José Casalta Nabais[40], de que nada adiantará um Carta Maior repleta de direitos, e, igualmente, não terá qualquer valia uma abalizada teoria dos direitos fundamentais, se o Estado não dispuser de recursos financeiros suficientes para realizá-los, já que para todo direito há, inequivocamente, um custo financeiro.

2. O CRITÉRIO OBJETIVO DE SATISFAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL A NÍVEL ORÇAMENTÁRIO

Para a formação do critério objetivo de satisfação do mínimo existencial a nível orçamentário, apto a justificar o argumento da reserva do possível, deve-se considerar apenas as obrigações estabelecidas pela Constituição Federal como deveres do Estado. Assim, excluir-se-ia do conceito aquelas em que a Carta Magna define o Estado como agente viabilizador, mas não necessariamente implementador de políticas públicas.

Neste sentido, é inconteste pelo conceito de mínimo existencial, que deve haver em todo orçamento público espaço para as despesas com educação e saúde, dado que os artigos 196 e 205, ambos da Constituição Federal, as estipulam como deveres do Estado.

Por outro lado, no que se refere à cultura, conquanto seja razoável esperar que a Administração possua orçamento para tanto, a Constituição Federal, em seu artigo 215, não a entende como dever do Estado, instituindo o Poder Público somente como um agente viabilizador, não como um devedor de prestação positiva direta e específica apta a ser exigida judicialmente.

Desta feita, como um primeiro ponto a ser demarcado, entende-se que no orçamento público deve constar, pelo menos, a fixação das despesas correspondentes às políticas públicas encaradas pela Constituição Federal como deveres do Estado, respeitando-se a competência de cada esfera.

Portanto, uma eventual ação judicial que determinasse a realização de algum programa na área da cultura, por exemplo, com sua consequente viabilização orçamentária, não resistiria ao teste do mínimo existencial orçamentário, devendo ser negociada na arena política e não no campo jurisdicional.

Por outro lado, inadmissível seria também um orçamento público municipal sem a presença de recursos destinados à pré-escola, visto que, na forma dos artigos 208, IV, e 211, § 2º, todos da Constituição Federal, é dever do município a manutenção, prioritariamente, da educação infantil, em creche e pré-escola às crianças até 5 (cinco) anos de idade. Desta forma,

38 PERLINGEIRO, Ricardo. É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais? In: *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo,* ano 1, v. 2, p. 184-5, set.-out. 2013.

39 ABRAHAM, Marcos. Op. cit., p. 223-4.

40 NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In: _____. *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 24.

atribuindo à Constituição Federal, ao município, como seu dever, a garantia desses direitos, não seria cabível orçamento público sem a destinação de recursos para esta finalidade.

Não se pretende, contudo, o engessamento do Poder Judiciário no exercício da sua atividade judicante, mas um retorno à previsibilidade mínima das decisões com reflexos orçamentários, especialmente em um contexto de parcos recursos. O cuidado ainda teria como funcionalidade aumentar a efetividade das decisões judiciais, reduzindo-se a sensação de ineficiência e burocratismo.

Outrossim, em um ambiente processual, o ônus da prova inevitavelmente seria distribuído em desfavor da Administração Pública, para que provasse, por exemplo, não ter destinado verbas orçamentárias para atividades incompatíveis com o interesse público. É que mesmo nas decisões discricionárias, a Administração deve escolher, entre as opções legalmente possíveis, aquela que melhor atenda ao interesse público, sob pena de desvio de finalidade, autorizando a invalidação do ato pelo Poder Judiciário[41].

Portanto, a definição de um parâmetro orçamentário para o mínimo existencial não significa a liberdade do Administrador para, cumpridas as exigências constitucionais, bem gastar o dinheiro público como melhor lhe aprouver. Ainda terá o balizamento do interesse público na condução das suas ações, sujeitando os atos administrativos ao controle jurisdicional. O que o estabelecimento objetivo do mínimo existencial ao nível do orçamento permitirá é a negativa fundamentada ao atendimento de pretensão individual ou coletiva sustentada em argumentos genéricos sobre direitos fundamentais. Pretensão essa não contemplada, ou excluída, ou não prioritária no projeto de governo vencedor das eleições, sugerindo assim uma maior previsibilidade das decisões administrativas e judiciais.

3. O PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE MUNICIPAL SOLIDÁRIA COM OUTROS ENTES FEDERATIVOS POR POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE

A responsabilidade municipal em matéria de saúde situa-se na atenção básica, deixando a média e alta complexidade aos demais atores estatais (Estado e União)[42]. Contudo, por força de reiteradas decisões judiciais, o município, na prática, atende todas as necessidades de saúde, sem o correspondente aporte financeiro para financiá-las. Logo, a distribuição de responsabilidades deve ser questionada sob a ótica da Administração Financeira e Orçamentária, em razão de um desequilíbrio entre as obrigações municipais e a sua participação na arrecadação de receitas.

---

41 Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (in: *Discricionariedade e controle jurisdicional.* 2. ed. 12. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 44, 45 e 69): "A boa intelecção da regra de Direito impõe reconhecer que o campo de liberdade administrativa decorrente das normas que prefiguram discrição é muito mais angusto do que habitualmente se admite, seja porque a situação concreta é que lhe dará sua verdadeira dimensão, reduzindo-o muito (quando não o extingue), seja porque a Administração Pública está sujeita ao 'dever de boa administração'. Este, como Guido Falzone, é mais que um dever moral ou de ciência da administração; é um dever jurídico, porque quando não há a boa administração, não há a satisfação da finalidade legal, e quando não há satisfação da finalidade legal não há satisfação real da regra de Direito, mas violação dela, pois uma regra de Direito depende inteiramente da finalidade, por ser ela que lhe ilumina a compreensão [...]. É usual a assertiva de que no desvio de poder há um vício de intenção. Convêm recebê-la com cautela. Realmente, é comum que no desvio de poder haja um móvel incorreto. Esta intenção defeituosa geralmente resulta de propósitos subalternos que animam o agente, como, conforme já dito, os de vingança ou perseguição por sentimentos pessoais ou políticos, por interesses sectários ou então favoritismo, em prol de amigos, correligionários, apaniguados ou até mesmo para satisfazer proveito individual do próprio autor. Outras vezes, o vício de intenção não procede da busca de finalidades mesquinhas. Deriva de uma falsa concepção do interesse público. Nestes casos, o sujeito do ato não está animado de interesses pessoais ou facciosos, contudo, desnatura a finalidade da própria competência ao praticar atos visando objetivos que não são os próprios da providência adotada, ou seja, que não coincidem com a finalidade legal específica.".

42 Cf. Portaria n. 373, de 27 de fevereiro de 2002.

Nos termos do artigo 23, I, e 30, VII, da Constituição Federal, a responsabilidade do município pelo atendimento de prestações de saúde ao nível do classificado como de atenção básica, no campo do federalismo fiscal, também tem reclamado uma melhor distribuição das receitas fiscais, muito ainda concentradas na figura da União, detentora da maior parcela das receitas na arrecadação dos tributos brasileiros[43].

Deste modo, a extensão das atribuições estabelecidas para o município seria, a rigor, incompatível com sua participação na arrecadação tributária, o que reclamaria, por este ângulo, o reequilíbrio da distribuição financeira entre os entes estatais.

Por essas razões, a responsabilidade solidária, inúmeras vezes invocada pelo Poder Judiciário, por força do *caput* do artigo 196 da Constituição Federal[44], parte de um pressuposto deficitário, atribuindo ao município uma nova obrigatoriedade, em um quadro já desequilibrado de receitas e despesas, ao estabelecer responsabilidade municipal solidária para atuação em todas as esferas da saúde.

Por outro lado, a mesma Constituição Federal, em seu artigo 198, I, estabelece que as ações e serviços públicos de saúde integrem uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo-se um sistema único, organizado segundo diretrizes entre as quais se encontram a descentralização, com direção única em cada esfera de governo.

Desta feita, não é indefensável a tese de que a regra constitucional, no campo da saúde, estabelece, não uma solidariedade, mas uma subsidiariedade de responsabilidades, dado a defesa da regionalização de atendimentos e a hierarquização do Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, faltando o ente competente, seria o município instado a substituir em suas obrigações o ente ausente, Estado ou União, atuando regressivamente na recuperação dos custos despendidos com o objeto da decisão judicial[45].

Desta feita, para a formação de um conceito objetivo para o atendimento do mínimo existencial a nível orçamentário na saúde municipal, é preciso estabelecer uma interpretação sistemática do comando do artigo 196 da Constituição Federal, com o texto do artigo 198, do mesmo diploma. Mesmo sendo dever do Estado brasileiro como um todo, a responsabilidade de cada ente federativo é diferenciada, principal para bens e serviços para os quais

---

43 De acordo com Sérgio Ricardo de Brito Gadelha (in: Federalismo e Federalismo Fiscal no Brasil. Módulo 3: O caso brasileiro. Brasília: ENAP, 2018, p. 15 e 16): "O modelo brasileiro demonstra ser centralizador e prejudica a autonomia dos governos subnacionais. Isso porque os recursos arrecadados ficam concentrados na União enquanto os Estados/Distrito Federal e os Municípios têm mais obrigações do que recursos [...]. Educação e Saúde, por exemplo, são dois dos serviços públicos que mais demonstram a urgência de se firmar o novo pacto. Estados e Municípios, por dever constitucional, são os entes sobre os quais recai a obrigação de sustentar o ensino fundamental, assim como são eles também os responsáveis pela manutenção dos serviços básicos de saúde pública. Para tais fins, devem destinar partes definidas e significativas de seus orçamentos, sob pena de, não os aplicando conforme os índices legais, serem punidos com rigorosas restrições. Também o custeio das máquinas administrativas (nas quais se incluem pesadas folhas salariais) contribui com o endividamento, o desequilíbrio de suas finanças e com a falta de investimento em obras, expansão ou melhoria de outros serviços públicos essenciais".

44 "Direito à saúde. Tratamento médico. Responsabilidade solidária dos entes federados. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação de jurisprudência. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente". RE 855.178 RG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 5-3-2015, P, *JE* de 16-3-2015, Tema 793.

45 O gasto do município de São Paulo com judicialização da saúde em 2011 é o equivalente a 6% do que o município gastou com sua política de assistência farmacêutica e 10% do total gasto com fornecimento de medicamentos e material hospitalar, ambulatorial e odontológico. Além do mais, cerca de 55% desse gasto são destinados ao fornecimento de medicamentos de responsabilidade de estados ou da União, e por volta de 45% para tratamentos não contemplados pelo Sistema Único de Saúde. Cf. WANG, D. L. M.; VASCONCELOS, N. P.; OLIVEIRA, V. E.; TERRAZAS, F. V. Os impactos da judicialização da Saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. In: *Revista de Administração Pública*, v. 48, n. 5, set.-out. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rap/v48n5/06.pdf. Acesso em: 15 set. 2019.

tem o dever legal de fornecer, e subsidiária no que toca à responsabilidade dos demais bens e serviços de saúde, cujo dever de fornecimento está afeito a outro ente federativo. Assim, para bens e serviços de saúde de alta complexidade, cuja responsabilidade é da União, a responsabilidade do município seria subsidiária.

Por outro lado, também não é justo com o município, nem com os contribuintes dos tributos municipais, que forasteiros de municípios que não cumprem com suas obrigações constitucionais de investimento na saúde utilizem indiscriminadamente as instalações de saúde do município que as possui, sobrecarregando-as, sem arcar com o custo do sistema e sem contribuir para a manutenção do mesmo através de consórcio, como previsto no artigo 10 da Lei n. 8.080, de 1990.

Portanto, deverá legislação própria prever, em favor do município que presta o atendimento à saúde por conta de outro ente federativo, recomposição dos custos despendidos, através de sistemas de compensação eficientes e desburocratizados, evitando o desequilíbrio orçamentário.

3.1. Os parâmetros para estabelecer o critério objetivo do mínimo existencial em nível orçamentário para fornecimento de bens e serviços de saúde na esfera municipal

No tópico anterior, foram determinados dois pré-requisitos imprescindíveis para assegurar a preservação do tesouro municipal e, assim, viabilizar políticas de saúde responsáveis, quais sejam: (i) inclusão imperativa no orçamento apenas das obrigações correspondentes às despesas definidas pela Constituição Federal como deveres do Estado e (ii) a responsabilidade subsidiária do município, quanto a atendimentos excluídos da atenção básica ou devidos por outros entes municipais, com o estabelecimento de um método de compensação financeira com viés gerencial, a fim de recompor à municipalidade os custos despendidos com atendimentos de responsabilidade de outros municípios, ou da União, ou dos estados-membros.

Neste tópico, o problema a ser analisado para definir objetivamente o mínimo existencial, em nível orçamentário, é a obrigação constitucional de que a Administração Pública destine não menos que 15% das suas receitas, com impostos próprios, repasses constitucionais e cotas do fundo de participação dos municípios, às ações e serviços de saúde, nos termos do artigo 198, § 2º, III, da Constituição Federal, e artigo 7º da Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. A determinação vai ao encontro do artigo 6º da Constituição Federal, que elege a saúde como direito fundamental do cidadão.

No entanto, questão a se problematizar é se a porcentagem manter-se-ia obrigatória, ainda que exagerada para a realidade local. É dizer, caso a realização de todas as ações pudesse ser efetivada com menos de 15%, ainda assim estaria o gestor obrigado a destinar a integralidade da quantia às ações e serviços de saúde?

Outro problema importante, é saber se a alíquota acima mencionada depende da arrecadação de recursos, ou seja, se seria um gasto condicionado ao desenvolvimento arrecadatório do período, ou se a proporção deve manter-se, ainda que na constância de uma forte queda de arrecadação. Esse último argumento foi utilizado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP) para propor ação contra o então Governador do Estado do Rio de Janeiro, Luiz Fernando Pezão. O MP entendeu que, mesmo diante da grave crise fiscal, as alíquotas mínimas de investimento com saúde deveriam ser mantidas, sem variações[46].

Quanto ao primeiro questionamento, qual seja, se a alíquota manter-se-ia obrigatória, ainda que demasiada para a necessidade local, em respeito ao postulado[47] constitucional da razoabilidade, não é

46 Ação Civil Pública nº 0053368.86.2018.8.19.0001.

47 Segundo Humberto Ávila (in: *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 122): "Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não

sensato exigir que uma despesa seja realizada apenas para o cumprimento de uma porcentagem, sem qualquer utilidade para a população. O artigo 37 da Constituição Federal exige eficiência administrativa. O gestor não pode ser obrigado a um gasto desnecessário, ao desperdício de recursos públicos. Entretanto, esse entendimento promete ser bastante controvertido, diante do preceito normativo.

Quanto ao segundo ponto, o debate é ainda mais sensível, pois a porcentagem com os gastos em saúde deve ser entendida como regra, distribuindo-se, deste modo, a carga de provar à Administração Pública, quando do não cumprimento da meta constitucional. Nesse caso, eventual descumprimento da norma, condicionado ao volume de arrecadação de receitas no caso de algum desacerto, precisaria estar justificado em motivo plausível, objetivamente demonstrado e provado, para que a regra fosse excepcionada. Mesmo assim poderia gerar controvérsia, como foi demonstrado com a ação ajuizada contra o Estado do Rio de Janeiro, apesar da crise fiscal.

Por outro lado, outra premissa para a formação do critério objetivo almejado exige delimitar como obrigatória somente a destinação de recursos orçamentários municipais para atenção à saúde básica. Sendo assim, não estaria aprioristicamente autorizado o Poder Judiciário a exigir que o município destinasse orçamento para atendimento à média ou à alta complexidade, ou que implementasse, por consequência, política pública vinculada à responsabilidade dos demais entes estatais.

Porém, no caso da reincidência de condenações judiciais contra o município para o atendimento de obrigações de fazer ou dar referentes à atenção à saúde, de atribuição originária da esfera federal ou estadual, este fator deve ser considerado. É melhor uma decisão em nível administrativo devidamente planejada, considerando a série histórica de atendimentos a especialidades que não se enquadram nos limites da atenção básica, com prazo razoável para licitações e aquisições em grande escala – o que refletirá no preço do objeto no atacado –, do que pontualmente ignorar a evidência da falta do ente estatal encarregado do fornecimento, esperando o resultado de uma eventual ação judicial, com liminares na maioria das vezes incompatíveis com qualquer prazo licitatório[48].

Frise-se que o custo para cumprir determinações judiciais em matéria de atendimento a demandas da saúde não deve contar unicamente com reservas de contingência[49], uma que a intervenção judicial nessa esfera da Administração Pública é cotidiana e deve ser integrada ao planejamento anual.

A situação se torna mais espinhosa para o município quando, sem ainda cumprir com a integralidade das suas obrigações, tem que suprir a falta dos demais entes estatais. Neste caso, ainda estaria o município obrigado a manter programa de trabalho em seu orçamento para atendimento de demandas que não estão incluídas originariamente em suas atribuições e não fazem parte do seu planejamento?

---

se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas".

48 Estudo de caso realizado no ano 2018, tendo como objeto as ações ajuizadas contra o município de Macaé-RJ que deflagraram alguma despesa com obrigações de fazer ou pagar na área da saúde, excluindo-se os indeferimentos da tutela de urgência, bem como a concessão sem prazo definido, em 23 (vinte e três) ações o prazo concedido para cumprimento da tutela fora de 10 (dez) dias, em 29 (vinte e nove) de 5(cinco) dias, em 4 (quatro) de trinta dias, em 5 (cinco) o prazo foi contabilizado em horas, e 1 (um) em 20 dias. Cf. DEUS, Fernando Barroso de. Sobre a necessária compatibilização entre os conceitos de urgência da lei processual e da lei de licitações: estudo baseado na análise das ações ajuizadas contra o município de Macaé (RJ) no ano de 2018. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 19, n. 216, 2019, p. 35.

49 Art. 91 do DECRETO-LEI Nº 200, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1967: "Sob a denominação de Reserva de Contingência, o orçamento anual poderá conter dotação global não especificamente destinada a determinado órgão, unidade orçamentária, programa ou categoria econômica, cujos recursos serão utilizados para abertura de créditos adicionais".

A análise, pensamos, deve levar em consideração o grau de importância da política pública pretendida, adotando especificamente dois parâmetros de julgamento: a urgência da política a ser implementada e o grau de imprescindibilidade para a manutenção da vida das pessoas. Desse modo, sendo inevitável para a garantia imediata da vida e havendo necessidade da celeridade da atuação estatal, deve a política pública ser assumida pela municipalidade, bem como devidamente compensada pelo ente originalmente responsável por seus custos diretos e indiretos.

Ademais, deve-se ter, com maior clareza e objetividade, aquilo que de fato é direito fundamental à saúde, para distinguir de outros direitos associados ao bem-estar, a vida saudável e ao direito ao desenvolvimento. Existem políticas públicas que são necessariamente executáveis progressivamente e demandam longo prazo, pois dependentes de complexo planejamento e vultosos aportes financeiros, fundamentados no projeto político vencedor nas eleições, como planos de saneamento básico[50]. A luz do direito à saúde, tudo pode desembocar em seu lato conceito.

Também demandas individuais referenciadas à Medicina que não deveriam ser abraçadas pelo direito fundamental à saúde, no sentido de ser um direito à cura das moléstias e de preservação da vida, podem indevidamente ser pleiteadas e concedidas, onerando ainda mais um sistema de saúde notoriamente deficitário: por exemplo, uma ação determinando o congelamento dos óvulos de uma mãe, que, ao se submeter a um tratamento de câncer, viria a ter dificuldades posteriores para engravidar; ou tratamento e cirurgia para redesignação sexual[51]. Esses tratamentos de natureza médica são dispendiosos e obrigam ao gestor a retirar recursos de políticas diretamente ligadas à preservação da vida; não devem ser considerados, portanto, exigíveis individualmente.

Desta feita, como mínimo existencial na área da saúde, evidencia-se como de obrigatoriedade municipal o atendimento às demandas, no plano individual, de pessoas doentes. O critério de mínimo existencial, para restar afinado com as possibilidades financeiras ao nível do orçamento público, deve concentrar-se em demandas o mais imediatamente urgentes para salvar a vida humana e às mais abrangentes para o atendimento do conjunto da população. Demandas fora dessas características devem ser passíveis de não receber atendimento, pelo argumento da reserva do possível.

O conceito de despesa pública tem muito do seu conteúdo influenciado pelo modelo político e economicamente dominante. É natural, dessa forma, que normas sejam implementadas, trabalhos sejam produzidos e os signos de eficiência e efetividade remodelados, a depender do que se entenda, sob um determinado tipo de concepção de mundo, como o correto a ser realizado[52].

---

50 A Lei Complementar 141, de 2012, no artigo 4º, inciso V, exclui do percentual que fixa sobre a arrecadação para investimento na saúde as despesas com saneamento básico.

51 Ver: Justiça obriga SUS a realizar cirurgia de mudança de sexo. In: *Folha On-Line*. 16 ago. 2007. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2007/08/320593-justica-obriga-sus-a-realizar-cirurgia-de-mudanca-de-sexo.shtml. Acesso em: 13 set. 2019. Ser transgênero ou sofrer de incongruência de gênero não é mais doença psiquiátrica, segundo a Organização Mundial da Saúde, ver notícia relacionada ao tema: BBC News Brasil. Como ser transgênero foi de "aberração" e "doença" a questão de identidade. In: G1 (*site*). 30 set. 2018. Disponível em: https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2018/09/30/como-ser-transgenero-foi-de-aberracao-e-doenca-a-questao-de-identidade.ghtml. Acesso em: 13 set. 2019.

52 A autora portuguesa Maria d'Oliveira Martins, inclusive, anota que uma passagem inicial para a formação de um pensamento menos meritocrático, fundamentalmente Aristotélico, para um outro que incluísse na concepção de justiça a dignidade humana, o que influenciou o conceito de despesa, deveu-se ao pensamento judaico-cristão: "É de assinalar que uma das influências mais marcantes para a alteração – ainda que muito lenta – da concepção de Justiça foi o pensamento judaico-cristão. Há quem olhe para a Bíblia como uma revolução moral anunciadora de transformações societatis maiores, vendo nela a afirmação, quer de um sentido cósmico de liberdade, quer da valorização

Nesse sentido, assume a figura do Estado, ponto central do debate político e econômico, sobretudo quanto à sua maior ou menor intervenção nos variados aspectos da vida pública e privada[53].

No entanto, não compete ao Estado atender a todos os desejos de cada indivíduo do seu povo. A Administração Pública não é uma espécie de órgão *realizador de desejos*. O Estado do Bem-Estar Social, diante de recursos escassos, deve investir no atendimento a políticas públicas urgentes, e que abranjam toda a população prioritariamente, mormente quando ameaçados pelo espectro da doença.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se ser imprescindível que uma legislação adequada seja promulgada, para estabelecer de maneira concreta e direta um critério de mínimo existencial, passível de ser mensurado e considerado na área da saúde pública, e que, atendido, possa fundamentar objetivamente o argumento da reserva do possível, diante de demanda individual ou coletiva justificada em direito fundamental à saúde.

A sobrevivência política e financeira do Estado do Bem-Estar Social depende disso. Não é possível se gastar sem planejamento e ilimitadamente, como também não é possível aumentar-se a arrecadação pela via tributária, a ponto de desestimular ou inviabilizar a atividade produtiva e o consumo.

Para se atingir ao desiderato proposto, é importante integrar ao critério de mínimo existencial na saúde municipal definição hermenêutica precisa sobre o artigo 196 da Constituição Federal, ou seja, estabelecer que o termo constitucional saúde significa o oposto à doença, por conseguinte, a cura, ou o tratamento terapêutico de patologias incuráveis.

Outro requisito a ser instituído é quanto à destinação de recursos orçamentários para a área da saúde municipal. Considerar que orçado e despendido os 15% das receitas municipais

---

absoluta da pessoa ou mesmo da afirmação do conceito de democracia [...]. No Novo Testamento, a humanização de Deus eleva a dignidade humana a outro nível, com reflexos profundos na compreensão do princípio da igualdade, da concepção da dignidade do Homem e da relação deste com o poder político [...]. Parece-nos que isto também se aplica às ideias que se vão desenvolvendo em torno do tema da distribuição de bens. Aliás, como se perceberá, o nosso estudo aponta-nos para que a viragem se tenha feito pela entrada paulatina da benevolência no seio da justiça. Benevolência que pode ser aqui vista também e nesta perspectiva bíblica como caridade. Preferimos ainda assim utilizar no texto a expressão benevolência e beneficência, não só porque a caridade está hoje muito conotada com a doutrina social católica, mas também porque a influência das ideias judaico-cristãs para a compreensão do papel do Estado passou por um processo de secularização ou laicização que não deve ser menosprezado." (MARTINS, Maria d' Oliveira. *A despesa pública justa. Uma análise jurídico-constitucional do tema da justiça na despesa pública*. Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 25 e 26).

53 Sobretudo na relação entre Estado e Mercado, a ciência da Administração tem se valido da figura de um pêndulo, exposto em COELHO da forma a seguir (in: COELHO, Ricardo Corrêa. *Estado, governo e mercado*, 3. ed. rev. atual. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; Brasília: CAPES: UAB, 2014, p. 23): "A partir de um determinado momento em que o pêndulo chega ao seu ponto máximo à direita, e os mecanismos de mercado mostram-se insuficientes para estimular o investimento privado, o desenvolvimento econômico e o bem-estar social, a sociedade começa a inclinar-se à esquerda, buscando cada vez mais a intervenção do Estado como forma de corrigir as falhas de mercado, sanar as suas insuficiências e recriar as bases para a retomada dos investimentos, a expansão da economia e o aumento do bem-estar. No momento em que o pêndulo chega ao seu ponto máximo à esquerda e a intervenção do Estado na regulação da vida social e econômica não se mostra mais capaz de promover o crescimento econômico e o bem-estar dos indivíduos – passando a ser percebido como um empecilho ao investimento privado, que é a condição necessária para a expansão econômica nas sociedades capitalistas –, tem início o movimento oposto da sociedade em direção à direita, com a retração do Estado em favor dos mecanismos de regulação de mercado. A imagem metafórica do pêndulo social, oscilando entre direita e esquerda, pode bem ilustrar a alternância entre os princípios dominantes de organização das relações sociais, mas é insuficiente para explicar como, em cada momento específico, as relações entre o Estado e o mercado, de fato, estabelecem-se. Para esse movimento, a figura mais adequada é a da espiral, que agrega uma outra dimensão nesse movimento".

previstos para ações e serviços de saúde (como prevê a Lei Complementar n. 141 de 2012), o critério objetivo de atendimento ao mínimo existencial foi atingido, e é oponível validamente sob o argumento da reserva do possível à demanda individual ou coletiva, e deverá ser considerado judicialmente. O ideal é que uma regra constitucional seja criada para impor isso como norma.

Mais uma premissa a ser observada para a formação de um critério objetivo-financeiro de mínimo existencial para a política de saúde municipal é a delimitação constitucional da competência do município na área da saúde pública, para a atenção básica, principalmente, e, subsidiariamente e excepcionalmente, desde que não comprometa o orçamento segundo critério objetivo de reserva do possível, o atendimento de média e alta complexidade, em caso de omissão dos demais entes federativos.

Para um último requisito, tem-se que o orçamento deve ser dedicado à execução de políticas públicas com o máximo de abrangência e mais imediatamente necessária (e urgente) à saúde física das pessoas. Desta feita, quanto maior a abrangência da política pública a ser implementada, e quanto mais vinculada estiver ao atendimento de demandas urgentes de saúde, mais aproximada ao critério de mínimo existencial orçamentário na saúde municipal estará a ação governamental pretendida.

Funda-se, assim, o critério objetivo para a alegação de reserva do possível pelo poder público municipal, nos seguintes pilares: 1) deve ser incluído no orçamento público, imperativamente, apenas o fornecimento de bens e serviços expressamente determinados pela Constituição Federal; 2) o nome saúde, na locução constitucional, é vinculado necessariamente a tratamento ou prevenção de doença, e não a outros procedimentos médicos ou sanitários; 3) a esfera municipal de responsabilidade pelo serviço público de saúde é a do atendimento básico, e, subsidiariamente e excepcionalmente, em caso de urgência comprovada, o do atendimento a serviços de média e de alta complexidade a serem indenizados pelo ente federativo responsável; 4) cada município é responsável pelo atendimento do seu munícipe, pelo que deverá indenizar o município que eventualmente atender em sistema de saúde próprio o forasteiro; 5) planejada no orçamento a utilização dos recursos municipais em 15% das receitas, e demonstrado o investimento do mesmo, o argumento da reserva do possível deverá ser judicialmente acolhido para obstar a responsabilidade do município em providenciar o bem ou o serviço demandado, salvo situações excepcionais e devidamente justificadas.

Tutela jurisdicional contemporânea garantista: O Processo Civil democrático legitimado pela observância das garantias fundamentais

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO[1]

Sumário: 1. Generalidades. 2. O devido processo legal como a origem das normas fundamentais nos ordenamentos contemporâneos. 2.1. Contraditório. 2.2. Isonomia. 2.3. Inafastabilidade do controle jurisdicional. 2.4. Publicidade dos atos processuais. 2.5. Motivação das decisões judiciais. 2.6. Duração razoável do processo. 3. Síntese conclusiva.

1. GENERALIDADES

Como as demais ciências, o direito, particularmente o ramo do direito processual, é regido por princípios próprios que o informam e orientam a interpretação dos seus institutos, a fim de garantir o acesso à Justiça. Porém, antes de nos atermos a tais princípios, é mister compreender o seu significado dentro do ordenamento jurídico.

Os princípios, cuja importância na ciência jurídica moderna é inquestionável, representam o polo legitimador da dogmática jurídica em um Estado Democrático de Direito, pois traduzem a essência, a razão última, enfim, os valores que inspiram um dado ordenamento[2].

---

1 Professor Titular de Direito Processual Civil na UERJ e no IBMEC. Doutor, Mestre e Graduado pela UERJ. Pós-Doutor pela University of Connecticut School of Law. É Desembargador do TJERJ. É Professor Emérito da FEMPERJ e Conferencista da EMERJ. Palestrante na ENFAM. É editor da *Revista Eletrônica de Direito Processual* (REDP) e Coordenador do Grupo de Pesquisa Observatório da Mediação e da Arbitragem (CNPQ). É membro do IMB, do IBDP, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP) e da Conferencia Universitaria Internacional para el Estudio da la Mediación y el Conflicto (CUEMYC).

2 Como pontua Cappelletti: "It is a matter of common observation that, historically, certain rights and guarantees emerged as 'fundamental', or, particularly in modern times, as 'constitutionally' or 'internationally' proclaimed, and so became differentiated from other rights and guarantees. This phenomenon is not alien to civil procedure. For millennia a number of basic principles have developed to represent the 'fundamental' rights of litigants vis-à-vis the judge, the adversary, and third persons. These include the ancient principles of (a) the party's exclusive right to initiate an action and to determine its subject matter ('nemo judex sine actore', 'ne eat judex ultra petita et allegata a partibus'), (b) judicial impartiality ('nemo judex in re sua'), and (c) the right of defense ('audiatur et altera pars'). Other principles have a somewhat less ancient history, such as the great liberal guarantee of judicial independence from the executive; still others, such as the right to a 'natural' or 'lawful' judge (that is, a judge predetermined by law), and the guarantee of an open and public proceeding, can be considered a conquest, or an aspiration, of modern times". CAPPELLETTI, Mauro. Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international, and social trends. In: 25 Stanford Law Review, May, 1973, p. 651. Acesso em: 15 mar. de 2012, via www.westlaw.com.

Nelson Nery Junior[3] assevera a importância dos princípios no direito processual, elevando a disciplina à categoria de ciência jurídica dissociada do direito privado, ressaltando a contribuição dos estudos do jurista alemão Oskar von Bülow[4], no início do século XIX, dado o tratamento principiológico dedicado ao tema, que possibilitou a autonomia da disciplina frente a outros ramos do direito.

Maior destaque recebe a teoria de Josef Esser[5], como a mais substanciosa a exercer importante influência na obra de J. J. Gomes Canotilho, acentuando os princípios como diretrizes para os órgãos formadores do direito[6].

Canotilho[7] defende que regras e princípios devem ser entendidos como espécies do gênero norma, de modo que teríamos normas-regras e normas-princípios. Portanto, a distinção entre eles residiria, em última análise, em uma diferenciação entre dois tipos de normas.

Daí resulta que ambas teriam aplicação prática e força cogente. Mas, enquanto a norma-regra regularia aspectos pontuais, sendo aplicada ou não – de forma peremptória –, a norma-princípio regularia situações mais elásticas, comportando ponderações no caso concreto, em virtude do seu maior grau de abstração.

Note-se ainda que as normas-princípios desempenham importante papel tanto na atividade do legislador quanto na do operador do direito. O primeiro, ao ditar normas-regras, deve considerar as normas-princípios já existentes no sistema.

O operador do direito, por sua vez, utiliza as normas-princípios no momento da interpretação e da aplicação das normas-regras, muitas vezes, recorrendo àquelas para precisar o exato sentido e o alcance destas últimas. Além disso, as normas-princípios também auxiliam o operador na tarefa de colmatagem de lacunas.

De acordo com Luigi Ferrajoli[8], as garantias fundamentais insculpidas na Constituição brasileira de 1988 apontam a Carta como a mais avançada frente a outras constituições da América Latina e formadora de "uma postura do estado constitucional de direito enormemente potencializada" pela amplidão de direitos sociais catalogados e protegidos por garantias secundárias, conferidas à jurisdição no caso de violação das garantias primárias.

---

3 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 24.

4 "O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas provadas que constituem a matéria do debate judicial, apresentam-se como totalmente concluídas, a relação jurídica processual se encontra em embrião. Esta se prepara por meio de atos particulares. Somente se aperfeiçoa com a litiscontestação, o contrato de direito público, pelo qual, de um lado, o tribunal assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e de outro lado, as partes ficam obrigadas, para isto, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum. Esta atividade ulterior decorre também de uma série de atos separados, independentes e resultantes uns dos outros. A relação jurídica processual está em constante movimento e transformação.". BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 6-7.

5 ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Tradução de Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizione Scientifiche Italiane, 1983.

6 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 34-35 e 49-50.

7 "[...] os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante". CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.087. Sobre a aplicação específica desses conceitos ao processo contemporâneo, veja-se, por todos: MARINONI, Luiz Guilherme. (A jurisdição no Estado contemporâneo. In: *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 13/66.).

8 FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. Trad. de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 233.

Grandes expoentes do direito processual[9] já sedimentaram a teoria segundo a qual o direito constitucional é o tronco da árvore e o direito processual é um de seus ramos. Ou seja, não é possível conceber uma única regra processual que não tenha sido inspirada na atmosfera constitucional[10].

Nesse passo, importante refletir sobre a necessidade da renovação do direito processual, expressa pelo novo CPC, como pelo projeto de novo CPP (PLS n. 156/2009)[11], já que os textos anteriores (no caso do processo penal, o texto ainda em vigor) foram editados antes da Carta de 1988.

Como afirma Luís Roberto Barroso[12], somos um país de democracia tardia. A nova Constituição, e, sobretudo, a defesa intransigente das liberdades públicas (direitos de primeira dimensão), bem como a implementação dos direitos sociais (segunda dimensão) fizeram com que nos encontrássemos na desagradável situação de ter um pé na modernidade e outro na pós-modernidade[13].

A edição de novos Códigos é um sinal de ruptura com a modernidade, reduzindo o abismo antes existente entre o direito constitucional (e a interpretação ativa que vem sendo feita de suas normas) e o direito infraconstitucional[14].

Significa, ainda, o esforço do legislador infraconstitucional para "densificar o direito de ação como direito a um processo justo e, muito especialmente, como um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos", nas precisas palavras de Marinoni e Mitidiero[15].

O novo código deixa claro, em seu art. 1º, que o processo civil será interpretado conforme a Constituição. É o fim da hermenêutica tradicional, baseada no silogismo: a norma é a premissa maior e o fato, a menor. Nessa concepção, ora ultrapassada, caberia ao juiz fazer o exame deste, em acordo com aquela. Para tanto, seriam usados métodos como a interpretação literal, sistêmica, teleológica e comparativa.

Agora, a hermenêutica passa a ser neoconstitucional, pressupondo que as normas podem assumir a feição de regras ou princípios. As regras devem ser interpretadas de acordo com os princípios. Havendo colisão de regras, usa-se a hermenêutica tradicional. Havendo uma contraposição de princípios, é preciso recorrer à técnica da ponderação, buscando ou uma composição destes ou a solução que melhor se adéque ao espírito constitucional[16].

É bem verdade que essa nova hermenêutica aumenta, e muito, os poderes do juiz. Os mais alarmistas falam em ditadura do juiz[17]. Cria-se, portanto, a necessidade de uma fundamentação

---

9 Merecem destaque, entre tantos doutrinadores, os seguintes: TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974 ; CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*. Milano: Giuffrè, 1973; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni Sul Processo Civile*, v. I, Bologna: Il Mulino, 1998; MORELLO, Augusto M. *Constitución y proceso – la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*. La Plata/Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

10 ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional* – o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

11 Enquanto o NCPC já foi promulgado em março de 2015, tendo sua vigência iniciada em março de 2016, o NCPP ainda está no Congresso Nacional, tendo sido aprovado pelo Senado em 2010 e estando atualmente sob análise de comissão especial da Câmara de Deputados. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263. Acesso em: 16 mar. 2016.

12 BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

13 CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 34.

14 Por todos: BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

15 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Crítica e propostas*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010, p. 16.

16 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: http://www.migalhas.com.br. Acesso em: 28 jan. 2009.

17 MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã.

mais profunda nas decisões judiciais. Uma fundamentação analítica, como assevera Marinoni[18]. É o que chamamos de "fundamento do fundamento": as partes têm o direito de saber quais as premissas que o juiz levou em consideração para tomar aquela decisão.

Igualmente, embora já constitua um grande avanço, não é por si só suficiente. Há uma enorme discussão sobre a natureza da atividade hermenêutica, sobretudo a dificuldade da separação das fases da interpretação da aplicação[19], bem como os preconceitos que influenciam[20] internamente[21] o juiz.

É, sem dúvida, o sinal de uma nova era, que merece, portanto, um novo Código.

Ultrapassada essa fase de observações preliminares, passaremos a analisar os princípios específicos do direito processual civil, notadamente aqueles de caráter constitucional, que constituem necessárias diretrizes a serem obedecidas pelas disciplinas processuais.

2. O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO A ORIGEM DAS NORMAS FUNDAMENTAIS NOS ORDENAMENTOS CONTEMPORÂNEOS

Sem dúvida um dos mais importantes princípios processuais[22], o devido processo legal foi introduzido em nosso ordenamento de forma expressa pela Constituição de 1988, em seu art. 5º, LIV, segundo o qual "ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal".

Ao analisar, sob uma perspectiva comparativa, os modelos constitucionais, Luigi Paolo Comoglio[23] coloca o sistema constitucional de garantias processuais brasileiro, previsto na Constituição de 1988, na vanguarda das constituições modernas, em razão do seu caráter analítico e inovador em alguns aspectos, com inspiração tanto nos valores que orientam o modelo do *due process of law* anglo-americano quanto na matriz europeia ligada à proteção dos direitos humanos.

Embora o termo em inglês *due process of law* tivesse sido utilizado pela primeira vez, em 1354, no reinado de Eduardo III, na Inglaterra, sua origem remonta à Magna Carta (art. 39)[24], de 1215, assinada por João Sem-Terra.

Assim, sendo fruto de importação do direito anglo-saxônico, o princípio representa, sob esse último aspecto, um conjunto de garantias constitucionais (ou o núcleo central da maioria das garantias processuais[25]) destinadas a assegurar às partes a participação, com o exercício de suas

---

Novos Estudos Cebrap, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

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

19 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

20 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

21 Para os que desejam se aprofundar nessa temática, sugerimos vivamente a seguinte leitura: MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

22 Segundo Nelson Nery Jr.: "[...] a amplitude da cláusula devido processo legal tornaria desnecessária qualquer outra dogmatização principiológica relativamente ao processo civil. Nada obstante, é importante fixarem-se os critérios de incidência do princípio em suas variadas manifestações, notadamente no que respeita aos limites dessa incidência, de sorte a não tornar os direitos e garantias fundamentais como direitos absolutos, oponíveis a tudo e a todos, pois tal irrestringibilidade não se coaduna com o estado de direito nem atende ao interesse público". *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 42

23 COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e "giusto processo" (modelli a confronto). In: *Revista de Processo*. REPRO. São Paulo, ano 23, n. 90. abr.-jun., 1998, p. 139.

24 Teria sido o art. 39 da Magna Carta a primeira manifestação histórica, assegurando, primeiro aos barões e depois ao povo, que ninguém poderia ser julgado senão por seus pares, com base numa lei razoável e que emanasse da sociedade.

25 Para Cândido Rangel Dinamarco, há uma verdadeira superposição entre os princípios constitucionais processuais, sendo impossível delimitar a área de aplicação exclusiva de cada um, em virtude dessa convergência, e também,

faculdades e poderes processuais, bem como a legitimidade do exercício da jurisdição.

Decorrem dele outros importantes princípios processuais, como o princípio do contraditório, o da ampla defesa e o da duração razoável do processo, também consagrados em sede constitucional[26].

Por isso, além de afirmar que o *due process of law* é mais que uma garantia, sendo um conjunto de garantias que assegura às partes o exercício de faculdades e poderes processuais, Cândido Rangel Dinamarco dispõe que funciona também como sistema de limitação ao exercício do poder. O devido processo será uma "garantia de justiça" e "direito ao serviço jurisdicional corretamente prestado" a partir das normas processuais constitucionais[27].

Segundo Oteiza[28], a cláusula do devido processo legal é um valor-chave para a democracia.

Para Eduardo Ferrer Mac-Gregor[29], apesar de não existir uma precisão metodológica na localização de certas instituições processuais elevadas ao patamar constitucional, especialmente em relação àquelas cujas origens remontam à Carta Magna inglesa de 1215, a garantia do devido processo ou "processo justo" foi encontrada em diversos documentos normativos, como na "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789", francesa, que influenciou as *Cartas Constitucionais* de 1795 e 1814, bem como na quinta emenda da Constituição dos Estados Unidos de 1791 e sua evolução em sede das decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

O reconhecimento dos princípios referentes ao devido processo legal como garantias constitucionais, em igual patamar a outros direitos com base na lei fundamental, impõe o estudo da disciplina processual pela metodologia do direito constitucional e do processualismo. Trata-se de afirmativa feita há mais de cinquenta anos pelo processualista uruguaio Eduardo J. Couture[30], que já sugeria o estudo analítico das normas processuais.

Como bem assevera Barbosa Moreira[31], não se pode esperar que o processo, por si só, tenha força suficiente para dirimir as desigualdades sociais através do aparelho judicial, mas servirá como

---

porque obedecer aos padrões estabelecidos pela Constituição significa observar todos os princípios decorrentes desse princípio maior. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1, p. 198.

26 Por essa razão, Leonardo Greco, referindo-se à totalidade das garantias constitucionais do processo, afirma: "[...] esse conjunto de garantias pode ser sintetizado nas denominações devido processo legal, adotada nas Emendas 5ª e 14ª da Constituição americana, ou processo justo, constante da Convenção Europeia de Direitos Humanos e do recém reformado artigo 111 da Constituição italiana". GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto165.htm. Acesso em: 2 nov. 2004.

27 DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 151.

28 "[...] un valor clave de la vida democrática, ya que confiere a los individuos o grupos, contra los cuales las decisiones gubernamentales operan, la chance de participar en el proceso en el cual esas decisiones son tomadas; esa oportunidad significa un reconocimiento de la dignidad de las personas que participan de dicho proceso". OTEIZA, Eduardo. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. In: *Revista de Processo*. REPRO, São Paulo, ano 34, n. 173. jul. 2009, p. 180/181.

29 Assim conclui que o devido processo compreende também "uma garantia dirigida à aplicação da lei de maneira justa e razoável, isto é, o substantive due process of law". MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. As garantias constitucionais do processo e o direito constitucional processual. Traduzido por Bruno Costa Teixeira. In: *Revista Panóptica*. n. 14, nov. 2008. Disponível em: http://br.vlex.com/source/panoptica-5045/issue_nbr/%2314. Acesso em: 14 jun. 2013, p. 28.

30 COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Tradução: Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 36.

31 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. In: *Temas de direito processual*, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15/17.

importante meio para alcançar interesses socialmente relevantes da maneira mais desimpedida possível a todos os cidadãos.

Os meios disponibilizados pela Constituição para viabilizar a eficácia dos direitos fundamentais através da Jurisdição revelam a importância do princípio do devido processo legal na tangibilidade a esses direitos.

Assim, a prática que melhor atende aos anseios de uma eficaz prestação da tutela jurisdicional é aquela que não se restringe apenas à garantia formal de acesso à Justiça, mas que estende a todos os participantes os princípios e garantias que compõem o devido processo.

O devido processo traduz a supremacia da lei, base de uma sociedade democrática que protege os direitos fundamentais através da Constituição, evitando que qualquer atitude arbitrária possa restringir seu conteúdo.

Eduardo Oteiza[32] propõe uma reflexão a respeito dos aspectos universais e comuns da cultura jurídica processual em países que adotaram o constitucionalismo e o respeito às garantias individuais no seu ordenamento jurídico como imprescindíveis à manutenção do Estado Democrático de Direito, impondo limites necessários e uma postura decisiva aos abusos cometidos pela conduta arbitrária estatal.

Especial destaque é dado à garantia do devido processo legal, que precisa se desenvolver num contexto pós-crise da República argentina nos últimos anos, especialmente na área econômica, com importantes reflexos na atual cultura jurídica daquele país, que ainda mantém um cunho formalista excessivo que o autor denomina medieval.

Marco Félix Jobim[33] observa que o conceito de "processo justo" é fruto da constitucionalização dos direitos e foi alocado dentro do princípio do devido processo legal, englobando uma série de garantias processuais. O processo justo vai além da simples sujeição dos fatos à lei, mas constitui a soma de vários princípios, que se respeitados, tornam o processo efetivo.

Para Humberto Theodoro Júnior[34], a mescla de processo justo e devido processo legal, a par da regularidade formal, impõe a adequação do processo à realização do melhor resultado concreto em face do direito material, prevalecendo a proporcionalidade e razoabilidade na harmonização dos princípios.

Dessa forma, o juiz não será apenas "a boca da lei", mas agirá pela interpretação e pela aplicação do direito positivo, adequando a norma aos fatos e também aos valores em jogo no caso concreto, afastando a ideia de que o devido processo é apenas um simples procedimento desenvolvido em juízo.

Nesse contexto, o maior desafio do processo atual, na realização da justiça, pela garantia do devido processo legal, é possibilitar que a prática do direito processual ultrapasse a mera instrumentalidade para tornar-se uma garantia de acesso à jurisdição com efetividade na tutela dos direitos individuais e do direito material[35].

---

32 OTEIZA, Eduardo. El debido proceso: evolución de la garantía y autismo procesal. In: ARAZI, Roland et al. *Debido Proceso: realidad y debido proceso*. El debido proceso y la prueba. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003. p. 03/10.

33 JOBIM, Marco Félix. *Direito à duração razoável do processo*: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 131/134.

34 THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. In: ASSIS, Araken et al. (org.). *Processo coletivo e outros temas de direito processual*: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 264/265.

35 Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni observa que somente atende ao "devido processo legal" o procedimento que obedece aos direitos fundamentais processuais ou às garantias de Justiça processual insculpidas na Constituição, tais como o contraditório, a imparcialidade do juiz, a publicidade e a motivação. A observância do "devido processo legal" ou do "procedimento legal" legitima o exercício da jurisdição e, de outro ângulo, constitui garantia das partes diante do poder estatal. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo:

Não se pode olvidar, portanto, a busca da eficácia concreta no exercício do devido processo legal. Por isso, Leonardo Greco entende que, para o processo equânime, as garantias são, também, direitos fundamentais e o Estado não estará prestando a tutela jurisdicional de forma plena "se elas não forem respeitadas ou se as decisões judiciais resultarem de procedimentos em que o juiz sofre profundas limitações na apuração da verdade e na apreciação do direito das partes"[36].

Enfim, o objetivo único e central de garantir o acesso à Justiça através de um processo justo e celebrado com os meios adequados, traduz, em termos processuais, os princípios da legalidade e da supremacia da Constituição, inerentes à democracia participativa pós-moderna.

2.1. CONTRADITÓRIO

Previsto no art. 5º, LV, CF/88 e no art. 9º do NCPC, o referido princípio é tão importante no direito processual a ponto de renomados doutrinadores[37], como Elio Fazzalari, afirmarem que "sem contraditório, não há processo"[38].

Sua importância valorizou-se ainda mais com o seu prestígio pelas Cortes Internacionais que, em suas jurisprudências, vêm considerando o princípio do contraditório como parte integrante dos direitos humanos[39].

Esse princípio impõe que, ao longo do procedimento, seja observado verdadeiro diálogo, com participação das partes. Representa, então, a garantia não apenas de ter ciência de todos os atos processuais, mas de ser ouvido, possibilitando a influência na decisão[40].

Leonardo Greco[41] analisa com profundidade o princípio do contraditório e ressalta a importância da dialética processual através da plena participação dos interessados na construção do debate e na busca da melhor solução.

Revista dos Tribunais, 2007, p. 464.

36 GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 6. v. 10, jul./dez. 2012, p. 275/277.

37 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 115.

38 Observe-se, contudo, que Elio Fazzalari rejeita a teoria do processo como relação jurídica (Bülow), afirmando que basta haver o procedimento em contraditório para que haja processo. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996.

39 "Enquanto princípio jurídico, o contraditório produz efeitos sobre outras normas jurídicas de forma direta e indireta. Por conta da eficácia direta os princípios exercem uma função integrativa, pois agregam elementos não previstos em subprincípios ou regras. Assim, ainda que não haja regra expressa determinando a oitiva das partes a respeito de ato judicial com 'potencial' de influir na esfera jurídica de uma delas, deverá ser oportunizada a sua manifestação por conta justamente dessa função integrativa do contraditório. É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que os juízes têm de modificar sua própria decisão por conta de algum vício interno a ela (omissão, obscuridade ou contradição). Tal modificação não pode se dar sem a prévia manifestação das partes a respeito". LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório no novo código de processo civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 17, n. 1, jan.-jun./2016, p. 164/192. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index, p. 170.

40 "[...] la causa giustificatrice del principio del contraddittorio si rinviene nel normale carattere bilaterale della domanda che ha per destinatari il giudice e colui nei cui confronti chi propone la domanda pretende che il provvedimento richiesto produca i suoi effetti. La legge dialettica cui è ispirato il processo imprime carattere receptizio alla domanda, nel senso che il provvedimento non può essere emanato se la domanda non è stata portata a conoscenza sia del giudice sia della controparte". PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, 5. ed., Napoli: Jovene, 2012, cap. V, n. 3. p. 200.

41 GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos. 2005, p. 541/544.

Para que isso ocorra, observa que o juiz deverá abandonar a posição burocrática, que se afigura limitada em apenas receber as informações, para adotar uma postura mais ativa, favorecendo o diálogo entre as partes, interagindo com elas. Assim poderá estruturar melhor as bases de sua decisão, com mais elementos, tornando-a mais eficaz[42].

A concepção atual do contraditório moderno abrange a participação ativa e influente das partes em todas as fases do processo, reduzindo as possibilidades de surpresa na decisão judicial por fundamentos que não puderam ser previamente conhecidos e que diferem daqueles suscitados pelas partes[43].

Deverá o juiz provocar debate sobre todas as questões que irão compor sua decisão, incluindo as que deve conhecer de ofício, bem como os fundamentos, submetendo todas as possibilidades em esgotar a discussão do tema aos principais interessados no desfecho da lide.

Essa comparticipação[44] consistirá na "democratização do sistema de aplicação da tutela" através do debate processual na busca da melhor aplicação normativa ao caso concreto.

---

42 "[...] por princípio do contraditório entendia-se tradicionalmente a imposição de que: a) formulado um pedido ou tomada uma posição por uma parte, devia à outra ser dada oportunidade de se pronunciar antes de qualquer decisão; b) oferecida uma prova por uma parte, a parte contrária devia ser chamada a controlá-la e ambas sobre ela tinham o direito de se pronunciar. Assim se garantia o desenvolvimento do processo em discussão dialética, com as vantagens decorrentes da fiscalização recíproca das afirmações e provas feitas pelas partes. A esta concepção, válida mas restritiva, substitui-se hoje uma noção mais lata de contrariedade, com origem na garantia constitucional do rechtliches Gehör germânico, entendida como garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à atuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo". FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*. Conceitos e princípios gerais à luz do novo código, 3. ed., Coimbra: Almedina, 2013, p. 124/125.

43 "Decisão surpresa é aquela que contém, como fundamento, matéria, de fato ou de direito, que não tenha sido previamente oportunizada a manifestação dos sujeitos processuais a seu respeito. Na Alemanha, a doutrina e o Tribunal Constitucional Federal alemão entendem que a regra decorre do direito fundamental ao contraditório constitucionalmente garantido pelo art. 103, 1.o da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – GG). No plano infraconstitucional, a regra foi positivada no § 278, III do CPC alemão (Zivilprozessordnung – ZPO), pela Lei para Simplificação e Celeridade dos Processos Judiciais (Vereinfachungsnovelle), de 03.12.1976, e aperfeiçoada na reforma do ZPO de 2001, pela Lei sobre a Reforma do Processo Civil, de 27.07.2001, no § 139, § 2.o". SANTOS, Welder Queiroz. A vedação à prolação de decisão surpresa na Alemanha. In: *Revista de Processo*, v. 240, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev./2015, p. 431.

44 "Desse modo, as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se, de garantias exclusivas das partes, em garantias da jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente". GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha*: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 8.

Também Alvaro de Oliveira[45] destaca o princípio do contraditório como um atributo inerente a todos os momentos relevantes do processo, ultrapassando as barreiras da formalidade e firmando-se como garantia essencial na proteção dos direitos individuais.

Para além da apresentação das questões controvertidas na realização do direito de defesa, a parte pretenderá convencer o juiz, amparando ao máximo a cognição, o que evidencia o necessário caráter dialético do direito processual.

Reforça-se a necessidade de uma nova postura do magistrado, que não se resume à análise dos fatos para dizer o direito, mas que considera a fundamentação jurídica feita pelas partes. Caso sejam ignoradas as argumentações de direito material e processual, afasta-se a visão do principal interessado na decisão final.

Em consonância com esse entendimento, ao analisar o papel fundamental do juiz na dinâmica processual, Daniel Mitidiero[46] destaca a importância de submeter às partes todo direito que não fora por elas suscitado, mas que o magistrado entender aplicável ao caso concreto.

Assim, ainda que mais essa etapa aumente o tempo que antecede a decisão final, firma-se necessária, em respeito aos institutos da solidariedade social e da cooperação previstos na Constituição.

A assertiva confronta a ideia de que a celeridade poderia justificar a supressão de etapas importantes à garantia do contraditório, esclarecendo que o juiz necessariamente tem que informar às partes o rumo que está dando à sua decisão.

Se o que se leva em conta se resume à análise dos fatos relatados, excluindo-se a argumentação do direito, já não se configura uma efetiva ampla defesa, que deve ser respeitada como garantia constitucional. O autor reforça a ideia de que os interessados devem vislumbrar a real possibilidade de influenciar as decisões que serão proferidas e que afetarão diretamente sua esfera pessoal. Assim, o contraditório será algo fundamental na experiência judiciária e na formação das decisões.

Importa ressaltar que o contraditório dinâmico e pleno colabora para afastar a arbitrariedade do Estado em impor solução que não respeite as garantias individuais. É forçoso reconhecer que não basta que se conceda qualquer decisão: ela deve ser, tanto quanto possível, eficaz à realidade dos interessados, de acordo com os argumentos que eles expuseram nos autos.

Justamente com essa base, o CPC de 2015 veio, em seu art. 10, vedar a "decisão-surpresa". Decisão-surpresa pode ser conceituada como aquela sobre cujos fundamentos de fato ou de direito as partes não puderam se manifestar.[47] Percebe-se, então, que o legislador infraconstitucional reconheceu que tal vedação é parte integrante do conteúdo da garantia fundamental do contraditório[48].

---

45 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: MUNDO JURÍDICO. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 20 set. 2009, p. 6-10.

46 MITIDIERO, Daniel Francisco. Jornadas Processo e Constituição em Homenagem ao Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. A Garantia do Contraditório: do Ordo Judiciarius Medieval ao Processo Cooperativo Contemporâneo. 2005. (Congresso).

47 SANTOS, Welder Queiroz dos. A vedação à prolação de "decisão surpresa" na Alemanha. In: *Revista de Processo*, v. 240/2015, p. 425/435.

48 "A concepção de processo como procedimento em contraditório ressalta o caráter estrutural dessa norma para o instrumento estatal de resolução de controvérsias. Ausente contraditório, inexiste processo. O contraditório, portanto, pode ser considerado exemplo de norma a induzir comportamentos mesmo não havendo um dispositivo específico que lhe seja diretamente correspondente. [...] De acordo com a atual configuração do Estado Constitucional brasileiro, não se pode conceber que qualquer decisão judicial, independentemente da matéria nela versada, inclusive aquelas que versem a respeito de questões cognoscíveis de ofício, seja tomada sem prévia manifestação das partes a respeito, exceção feita as hipóteses de contraditório posticipado ou diferido que autorizam a concessão da tutela de urgência e da evidência em prol da efetividade da jurisdição". LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório no novo código de processo civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 17, n. 1, jan.-jun./2016,

Há, destarte, uma compreensão mais moderna do instituto, em que "o contraditório passa a envolver, na verdade, um complexo jogo de interação entre as partes e o próprio juiz, evitando a adoção de decisões inesperadas"[49].

A discussão não é nova por aqui no Brasil, já se colocando sob a égide do Código anterior. O art. 128 do CPC 1973, mantido com pequenas alterações no art. 141 do CPC 2015, dispunha que o juiz deve decidir a ação "nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa das partes".

Diante da restrição, que se refere apenas às *questões*, a doutrina clássica invoca aqui o adágio *iura novit curia*, segundo o qual o juiz seria livre na escolha e na aplicação dos fundamentos jurídicos.

Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci[50] entende que não existe impedimento para que o juiz requalifique juridicamente a demanda, enquadrando-a em outros dispositivos legais. Assim, ao juiz seria concedida plena liberdade para aplicar o direito da maneira que entender pertinente, desde que respeitados os limites fáticos aportados no processo.

Fazendo uma excelente resenha do tema, Mario Gelli[51] colaciona diversos autores que tratam dessa delicada questão.

Nesse contexto, Barbosa Moreira[52] sustenta que a causa de pedir não é integrada pela norma jurídica aplicável à espécie, tampouco pela qualificação jurídica dada pelo autor da demanda ao conjunto de fatos em que apoia sua pretensão.

Ainda no mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque[53] afirma que a alteração da fundamentação jurídica pelo juiz não implica modificação da causa de pedir.

Ocorre que, com o passar do tempo, parte da doutrina evoluiu para o entendimento de que tal discricionariedade ampla do juiz poderia, em alguma medida, gerar prejuízo para uma das partes.

Passou-se, então, a trabalhar com a ideia de que o princípio do contraditório deveria ser utilizado para limitar essa liberdade do juiz.

Leonardo Greco[54] propõe uma orientação mais restritiva, atentando para a liberdade das partes, e também, ao princípio da demanda, que atribui ao autor o poder de fixar seus limites objetivos e subjetivos.

Nesse sentido, não se pode negar que a vontade do autor é fator essencial na definição dos limites do objeto litigioso e, por isso mesmo, tem que ser respeitada. Em outras palavras, o litígio levado a juízo não é o litígio real, *in natura*, mas sim aquele limitado pelos elementos fáticos e jurídicos apresentados pelo autor; ademais, o objeto da jurisdição civil é o pedido e não os fatos.

Diante desses conceitos, podemos observar que o texto do novo CPC busca uma espécie de consenso.

Em nossa visão, entre duas possíveis soluções extremadas, ou seja: (1) manter o sistema segundo o qual o juiz pode alterar a seu bel-prazer os fundamentos jurídicos, ainda que sob o disfarce de modificar

---

p. 164/192. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index, p. 166.

49 TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in matéria civile: profili generali. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2001, p. 393/395.

50 TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 160/161.

51 GELLI, Mario. *A vinculação do juiz à causa de pedir no processo justo: limites de aplicação do iura novit curia no processo civil*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

52 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 17.

53 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

54 GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 59.

a norma aplicável; ou (2) exigir que o juiz fique absolutamente adstrito aos fundamentos invocados pela parte, ainda que vislumbre outro, mais adequado, andou muito bem o legislador ao buscar uma solução intermediária e salomônica.

Pela leitura que nos parece a mais adequada do dispositivo, o juiz pode invocar fundamento não alegado pelas partes, mas deve propiciar a manifestação destas antes de decidir.

Nessa hipótese, ou seja, quando o juiz traz para os autos um fundamento que não havia sido alegado, não está muito claro ainda quando, até que momento e de que forma fará ele essa inserção.

Por outro lado, é preciso se atentar para a enorme mudança que será ocasionada pela parte final do novel dispositivo, quando determina que tal providência deverá ser tomada pelo juiz, ainda que a matéria possa ser examinada de ofício.

Doutrina e jurisprudência vêm caminhando no sentido de que tais matérias, hoje, a partir da interpretação do atual art. 485, § 3º, CPC, seriam: condições para o regular exercício do direito de ação, pressupostos processuais e as hipóteses de nulidade absoluta.

Parece-nos que essa redação do art. 10 está de acordo com os postulados de um processo justo, ou seja, fundado em garantias estruturais e individuais. Numa eventual colisão entre os princípios do livre convencimento do juiz e do contraditório, a solução preconizada ergue-se como promissora ferramenta capaz de preservar a efetividade do processo, sem, contudo, lhe retirar o caráter democrático.

Maior atenção à garantia do contraditório merecem os procedimentos de cognição sumária, tendo em vista que o aumento da celeridade pretendida pelo legislador tende a restringir o alcance das garantias processuais.

Assim, Leonardo Greco[55] aponta a necessidade de a sumarização ter como fundamento a lei, pois, diante da possibilidade de flexibilização pelo juiz, a lei determinará a extensão e prazos dos atos processuais e permitirá às partes uma previsibilidade mínima para o exercício da ampla defesa.

O autor[56] assevera também que se "as formas e os ritos não constituem fins em si mesmos, há um núcleo duro e indispensável de formalismo que não pode ser desrespeitado", isso em nome da ordem necessária à realização do devido processo legal em respeito às garantias fundamentais das partes que não poderão ser suprimidas, como ocorre em nome da celeridade e economia processual, mas em prejuízo da ampla defesa. Por essa razão, o procedimento legal, previsível e flexível constitui garantia do processo.

O excesso de formalismo também merece atenção por prejudicar o bom funcionamento do processo.

Por isso, Bedaque[57] considera que a tese da relação entre procedimento e interesse público, quanto à observância rigorosa do rito sob pena de nulidade, não é convincente. Isso porque, se há o descumprimento de uma exigência formal relacionada ao rito que não prejudica o contraditório e a ampla defesa ou o objetivo imediato da norma ou do processo, não há motivo para dar relevância ao vício, admitindo outras medidas que possam preservar os atos anteriormente praticados.

Assim, o contraditório pode ser conceituado como a garantia de ciência bilateral dos atos e termos do processo (jurisdicional ou não), com a consequente possibilidade de manifestação sobre eles.

Abrange a garantia de meios previstos em lei ou moralmente legítimos para a participação das partes no processo, viabilizando a defesa de seus interesses, a serem franqueados pelo juiz; bem como a participação do magistrado na preparação do julgamento, exercendo, ele próprio, o contraditório. Trata-se de direito das partes e dever do juiz.[58]

---

55 GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. Op. cit., p. 277/278.

56 GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos. (coord.). *O novo código de processo civil*: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier Editora, 2012, p. 12/13.

57 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 65/69.

58 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1, p. 128.

2.2. ISONOMIA

Não somente as condições do processo convergem para franquear igualdade aos que buscam a tutela jurisdicional. A barreira do acesso à Justiça se reforça pelo excesso de solenidades e formalismos que se apresentam ao cidadão comum, que, carente de informação e formação cultural, sente-se mergulhado num ambiente desconfortável e inseguro, não vislumbrando a oportunidade de igualdade de luta. A garantia de paridade de armas é apenas um dos aspectos do acesso à Justiça que tocam o direito processual.

Em primeiro lugar, trata-se da igualdade perante a lei. Significa que aqueles que aplicarem a lei só poderão distinguir os destinatários na medida em que a lei permitir. Isto porque o papel de discriminar incumbe ao legislador. Este dirá em que casos deverá haver tratamento diferençado.

Destina-se ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário. Foi consagrada pelo constituinte de 1988, no art. 5º, *caput*. Já no plano infraconstitucional, existe previsão no art. 139, I, do CPC de 2015 (correspondente ao art. 125, I, do CPC de 1973).

Pelo CPC, o juiz poderá, independentemente de previsão legal específica, tomar as providências necessárias para assegurar a isonomia. Isso só ocorre porque o próprio legislador permite genericamente que o magistrado estabeleça diferenciações no caso concreto. Como o poder do juiz aumenta, na mesma medida, reforça-se seu dever de fundamentar.

A ampliação dos poderes do juiz poderia sugerir uma abertura ao autoritarismo, tese defendida por parte da doutrina. Todavia, Barbosa Moreira assevera que este é um pensamento equivocado, uma vez que a história demonstra posicionamento diverso dos governos autoritários, que sempre se empenharam em fortalecer o Executivo.[59]

Assim, preservada a autonomia do Judiciário, a atuação do magistrado se dará no sentido de promover o equilíbrio entre as partes, buscando proporcionar uma posição de igualdade processual aos litigantes tão somente na medida em que se fizer necessária alguma intervenção.

Em segundo lugar, trata-se da exigência de igualdade na lei. Significa que a lei não pode distinguir as partes de maneira absurda, de qualquer modo. O próprio Legislativo, que estabelece os casos de diferenciação, encontra seu limite. Está adstrito ao Princípio da Razoabilidade, que é um valor constitucional. A razoabilidade é que estabelecerá a situação fática que autoriza uma aceitável distinção.

A razoabilidade delimita a esfera de alcance dos direitos fundamentais, eis que nenhuma ordem jurídica poderá protegê-los de maneira irrestrita, pois ao contrário do que possa parecer, não são absolutos frente a outros valores também dignos de proteção. De acordo com Ingo Sarlet[60], as limitações se impõem "pela necessidade de compatibilizar diferentes bens jurídicos".

Com a entrada em vigor do NCPC, que transfere ao magistrado esse poder de estabelecer ou não um tratamento diferenciado entre as partes, tal decisão *in concreto* continuará limitada ao princípio da razoabilidade.

Como já mencionado, o princípio da isonomia é corolário do princípio do devido processo legal e um pilar da democracia, tendo sido consagrado pelo constituinte no art. 5º, *caput*, da CF/88, e no plano infraconstitucional no art. 139, I, NCPC.

---

59 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In: *Temas de direito processual*, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90.

60 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. 3ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 389.

Leonardo Greco[61] torna mais consistente esse conceito de igualdade, ao falar em "oportunidade concreta igual de sucesso final".

Um bom exemplo de isonomia material pode ser encontrado na inversão do ônus da prova no Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90), de modo a favorecer a parte hipossuficiente (art. 6º, VIII),[62] excepcionando a regra de que o ônus da prova incumbe a quem alega.

Destaque-se que, no NCPC, adotou-se a teoria da carga probatória dinâmica (art. 373, § 1º). Assim, o juiz poderá afastar as regras gerais sobre ônus da prova sempre que houver impossibilidade ou excessiva dificuldade para que uma das partes cumpra tal encargo ou que a prova seja de mais fácil produção por um dos sujeitos. Trata-se, então, de mais um mecanismo para assegurar a paridade de armas no processo.

Ressalte-se, que, por respeito ao contraditório, essa inversão, em hipótese alguma, deve gerar surpresa[63] para a parte atingida. Até mesmo porque à parte deve ser oportunizado se desincumbir desse ônus (art. 373, § 1º, *in fine*).

Ainda no âmbito do CPC, os poderes conferidos ao juiz permitem a correção das desigualdades existentes entre os litigantes através de inúmeras medidas, tais como a determinação de provas *ex officio* (art. 370 do NCPC)[64].

---

61 "As partes devem ser tratadas com igualdade, de tal modo que desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final, em face das circunstâncias da causa. Para assegurar a efetiva paridade de armas o juiz deve suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas de uma parte que a coloquem em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas concretamente se apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional dos seus interesses. Essa equalização é particularmente importante quando entre as partes exista relação fática de subordinação ou dependência, como nas relações de família, de trabalho, de consumo. [...] Em julgado de 1994, a Corte Europeia extraiu, como consequência direta do processo justo garantido no artigo 6º da Convenção, o dever do órgão julgador de proceder ao exame efetivo dos meios, dos argumentos e das proposições de prova apresentados pelas partes, sem prejuízo da prévia apreciação da sua pertinência em relação aos fins da decisão (Van de Hurk v. Países Baixos, julgado em 19-4-94)". GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Disponível em: https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/1. Acesso em: 2 maio 2006.

62 Acerca das relações entre o princípio da isonomia e a inversão do ônus da prova, merece ser transcrita a lapidar lição de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro: "[...] pergunta-se: será que esta situação é um privilégio do consumidor? Das situações que envolvem relações de consumo, ou não? Seria razoável, equânime, que só nestes casos pudesse haver a inversão, visando a alcançar uma solução justa, adequada? Como poderíamos garantir o alcance dos fins que informam modernamente o processo, o acesso à Justiça, notadamente a procura da decisão correta, da decisão justa, se fosse exigido, em qualquer caso, de uma das partes, a prova de um fato que ela não tem como produzir, enquanto a outra poderia fazê-lo, sem maior dificuldade? Fica evidente, claro, que as regras do ônus da prova devem se coadunar com os princípios que regem o direito processual. É impossível assegurar a igualdade das partes e o devido processo legal, na medida em que se exige de uma das partes algo que ela não pode fazer, e ao mesmo tempo sujeitá-la a uma decisão desfavorável em decorrência desta situação. Seria uma iniquidade [...]. Nessa linha, sempre que a distribuição legal acarretar tal dificuldade a uma das partes, deverá o juiz determinar a inversão do ônus da prova, quando a parte contrária puder produzi-la sem maiores esforços". CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*: uma nova sistematização da teoria geral do processo, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 74/75.

63 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia* - Homenagem ao Professor Luiz de Pinho Pedreira. Nº 17 - Ano: 2008.2 Salvador - Bahia, p. 93-130. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/662/o/Eduardo_Cambi_Neoconstitucionalismo_e_Neoprocessualismo.pdf. Acesso em: 15 out. 2011.

64 "Observe-se, a propósito, que esses amplos poderes conferidos ao juiz, longe de dificultarem a atuação do contraditório, integram-no e o disciplinam, temperando em certos casos o desequilíbrio dinâmico que pode criar-se entre as partes devido a imperfeições na organização dos ofícios da acusação e da defesa. Nem afetam, esses poderes assistenciais, a imparcialidade do juiz que, como já se viu, não só é mantida, mas até acrescida, no momento da síntese, pela avaliação de alegações e provas produzidas em condições efetivamente paritárias pelas partes. E assim o contraditório, não mais considerado como mera expressão jurídica de iguais possibilidades conferidas aos sujeitos

2.3. INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

O direito à tutela jurisdicional é reconhecido na Convenção Europeia de Direitos Humanos como direito essencial que comporta o acesso ao juiz e à coisa julgada, dotando as decisões de força definitiva e obrigatória, sendo um elemento constitutivo da essência do Estado de Direito.

Com sede constitucional no art. 5º, XXXV, reproduzido no art. 3º, *caput*, do NCPC, o referido princípio i) impede que o legislador restrinja o acesso à ordem jurídica ou ao ordenamento justo, bem como ii) impõe ao juiz o dever de prestar a jurisdição, isto é, garantir a tutela efetiva, a quem detenha uma posição jurídica de vantagem, sendo vedado o *non liquet*[65] e iii) constitui garantia para as partes de que existem condições de procedibilidade para o exercício do direito de ação.

Num sentido político, o princípio coloca sob o controle dos órgãos jurisdicionais todas as crises jurídicas que possam gerar um estado de insatisfação.

Não se trata, portanto, de mera garantia de acesso ao Juízo (direito à ação), mas da própria tutela (proteção) jurisdicional (adequada, tempestiva e, principalmente, efetiva) a quem tiver razão.[66] Ou seja, significa o próprio Acesso à Justiça.

Sob o prisma do acesso à jurisdição, o princípio se impõe como uma garantia fundamental essencial, possibilitando o início da relação processual e permitindo-se invocar a tutela do Estado. O bem individual e o bem comum serão regulados pela função jurisdicional, não podendo o Estado deles afastar o seu controle, sempre motivado a manter o equilíbrio social e econômico das relações.

Confirma-se a imediata importância do direito processual para a realização dos direitos, sendo imprescindível, na visão de José Roberto dos Santos Bedaque, "dotar o processo de efetividade prática", eis que "a via estatal continua sendo a principal forma de solução das controvérsias"[67].

É inegável que todas as medidas destinadas a ampliar o acesso ao Judiciário, ao longo do tempo, causaram um aumento no volume do número de processos, que se chocou com a estrutura desigual e insuficiente do sistema judiciário. Com baixo número de juízes e limitações físicas, apesar do mandamento que impõe a inafastabilidade do controle jurisdicional para a realização da justiça, a realidade se incumbiu de demonstrar consequências indesejadas, como a evidente insuficiência estrutural do Poder Judiciário.

Para Dinamarco, a tutela constitucional do processo objetiva assegurar a conformação do direito processual com os princípios constitucionais, sendo o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional indispensável à celebração do processo como instrumento de acesso à Justiça. Este processo, em sua essência, refletirá as bases do regime democrático e do Estado de Direito[68].

Frise-se, no entanto, que este direito à prestação jurisdicional não é incondicional e genérico, sujeitando-se a condições da legislação processual e do direito substantivo (legitimidade e interesse de agir).

---

do processo, confunde-se com a par condicio, e não só serve à imparcialidade do juiz, como ainda assume relevância autônoma em relação ao princípio da igualdade". GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. Em igual sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: _____. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45/51.

65 Conforme visto, ao juiz é vedado se eximir de julgar (art. 140, NCPC). Na falta de lei, usará a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

66 Atualmente, a garantia da tutela jurisdicional tempestiva encontra-se expressa no inciso LXXVIII, do art. 5º, introduzido em nossa Constituição pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, que assim dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação", bem como no art. 4º do NCPC.

67 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo*. Op. cit. p. 20.

68 DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. Op. cit., p. 27.

Em vista deste princípio, muito se discutiu acerca da constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei n. 9.307/96, que deu nova roupagem à arbitragem no direito brasileiro. Ao fim dos debates, concluiu-se pela sua constitucionalidade[69], pois tal princípio é direito (e não uma obrigação) do cidadão, que pode dele dispor, ou seja, se ele tiver um direito lesado, poderá ou não o levar ao Poder Judiciário, segundo seu entendimento e sua autonomia da vontade.

A arbitragem consiste na solução do conflito por meio de um terceiro, escolhido pelas partes, com poder de decisão, segundo normas e procedimentos aceitos por livre e espontânea vontade das partes. Nesse sentido, então, o NCPC, em seu art. 3º, § 1º, dispõe que a arbitragem é assegurada na forma da lei, não representando violação à inafastabilidade.

Como já tivemos oportunidade de ressaltar no capítulo que trata do acesso à Justiça, temos uma compreensão mais ampla do termo jurisdição, que não deve, portanto, ficar restrito a atividade exercida pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, a arbitragem deve ser concebida como manifestação do exercício da jurisdição, embora com características peculiares frente a jurisdição estatal.

Nesse particular, cabe registrar que, enquanto o dispositivo constitucional estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito", o NCPC dispõe que "não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito".

Essa sutil alteração, como já salientado quando tratamos da temática do acesso à Justiça, evidencia que, no processo civil contemporâneo, a decisão adjudicada, isto é, imposta pelo julgador às partes, não pode mais ser considerada como a única forma de pacificação social, devendo ser valorizados e incentivados os métodos adequados de resolução de conflitos, entre eles a arbitragem, a mediação e a conciliação.

Com isso, a noção de jurisdição – antes vinculada essencialmente à atividade estatal – ganha novos contornos, podendo ser compreendida como o direito de acesso à Justiça e efetiva solução do conflito.

Como decorrência natural desse raciocínio, também na via arbitral devem ser observadas as garantias fundamentais, sob pena de se admitir um déficit democrático nesse meio adjudicatório, o que poderia comprometer sua higidez. Trataremos mais desse assunto na próxima parte.

2.4. PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS

Cappelletti[70] afirma que a internacionalização dos direitos fundamentais sugeriu maior consideração de direitos universalmente compreendidos como direitos humanos e elevados à qualidade de essenciais, fazendo com que os Estados entendessem que esses direitos deveriam gozar de maior proteção jurídica, firmando-se no texto constitucional.

São, portanto, garantias que se destacam, como a independência e imparcialidade do juiz e, muito especialmente, a garantia de um processo aberto e público, diretamente ligadas ao devido processo legal e que se firmam como conquistas do direito processual civil.

Inserto nos arts. 5º, LX, e 93, IX, CF/88, bem como nos arts. 8º e 11 do NCPC, constitui projeção do direito constitucional à informação e suporte para a efetividade do contraditório, garantindo o controle da sociedade sobre a atividade jurisdicional desenvolvida. A administração da justiça faz parte da Administração Pública, que tem como princípio a Publicidade (art. 37 da CRFB).

Significa que, em regra, o processo deve ser público e, apenas excepcionalmente, sigiloso – quando houver expressa previsão legal, notadamente, quando a defesa da intimidade ou do interesse público o exigirem.

---

69 Nesse sentido, conferir, na jurisprudência do STF, o Pedido de Homologação de Sentença Estrangeira n. 5.206 e o Processo de Sentença Estrangeira Contestada n. 5.847-1, disponíveis no sítio do Tribunal, em http://www.stf.gov.br.

70 CAPPELLETTI, Mauro. Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international, and social trends. In: *Stanford Law Review*. May, 1973, p. 112.

Há uma íntima relação entre os princípios da publicidade e da motivação das decisões judiciais, na medida em que a publicidade torna efetiva a participação no controle das decisões judiciais.

O atual art. 189, NCPC, regula a matéria, fazendo a previsão, em casos excepcionais, do chamado "segredo de Justiça". Em regra, a lei define duas hipóteses básicas – de Direito de Família e de arbitragem – e duas cláusulas gerais – interesse público e direito à intimidade –, ficando ao prudente arbítrio do juiz concretizá-las, desde que sua decisão seja fundamentada, pois estará restringindo uma garantia constitucional.

Importante assentar, ainda, que a confidencialidade resguarda a proteção do processo em si e de sua real finalidade, permitindo, com isso, que não se chegue a resultados distorcidos em favor daquele que se utilizou de comportamentos não condizentes com a boa-fé[71].

Desse modo, uma vez compreendida a confidencialidade sob esses termos, verifica-se que ela se consubstancia em um importante fator de garantia de funcionalidade da própria mediação.

Não é por outro motivo que o art. 229, I, CC, e o art. 448, II, CPC, expressamente ratificam esse entendimento, mediante a positivação do segredo profissional.

No campo penal, verifica-se que a revelação de segredo obtido em razão do exercício de profissão, ofício, função e ministério é conduta expressamente tipificada no art. 154, CP, sendo, portanto, passível de persecução criminal por parte do Estado.

O exame do artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, mostra a possibilidade da renunciabilidade dos direitos nele previstos, o que tem sido admitido pela Corte, tanto em relação ao processo penal quanto ao processo civil.

Por isso, a Corte Europeia, analisando caso a caso, tem aceito a renúncia à publicidade do processo, exigindo em todos os casos que essa renúncia não tenha sido o resultado de pressões ou intimidações, mas deverá ser livre e espontânea "podendo ser tácita, desde que inequívoca, não devendo contrariar o interesse público"[72].

No que se refere à mediação judicial, anote-se que as partes interessadas podem, de comum acordo, renunciar ao sigilo. Essa circunstância deve ser esclarecida, ao início do procedimento, pelo mediador. Mas há outras hipóteses legais que afastam a confidencialidade, tanto na mediação judicial como na extrajudicial.

É possível que a divulgação seja exigida pela Lei. Será o caso, por exemplo, da mediação envolvendo a Administração Pública e seus entes (art. 32 da Lei n° 13.140/15), em razão do princípio da publicidade insculpido no art. 37, CF, ressalvadas as hipóteses cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, da Carta de 1988, e art. 3º, I, e 27 da Lei n° 12.527/2011).

Finalmente, é possível também que a divulgação seja necessária ao cumprimento do acordo. Imagine-se, por exemplo, que ao fim da mediação as partes chegam a bom termo, e fica pactuado que uma delas deve cumprir determinada obrigação de fazer. Caso não haja o cumprimento voluntário, será preciso iniciar um processo de execução, que terá como título executivo o próprio termo de mediação (art. 784, inciso IV, do CPC).

---

71 "[...] Se, entretanto, fosse possível que o mediador testemunhasse em juízo sobre as informações que obteve em razão da mediação, uma parte de má-fé poderia utilizar o processo de mediação para obter uma vantagem estratégica em uma futura disputa judicial. [...] sendo permitida a oitiva de mediadores, a testemunhas, a encenação perante o mediador de fatos irreais que podem beneficiar, no judiciário, a parte responsável pelo fingimento seria de grande tentação para partes de má-fé [...] Assim, permitindo que o mediador seja testemunha, seria possível que uma parte não colaborasse com o processo de mediação e fosse premiada pelo comportamento não cooperativo, pervertendo o sistema de incentivos descrito no início desse ponto [...]". A Confidencialidade na mediação. In: *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, v. II. André Gomma de Azevedo (org.), Brasília: Grupos de pesquisa, 2004.

72 GRECO. Resenha informativa, op. cit., p. 8.

Em sendo necessária a execução judicial do acordo, deverá ser observado o princípio da publicidade (art. 189 do CPC).

Por fim, cumpre registrar que a importância da publicidade se manifesta em diferentes momentos do CPC, como, por exemplo, na cooperação jurídica internacional (art. 26, II), nas ações possessórias (art. 554, § 3º), na alienação de bens (arts. 880, § 1º, 882, § 2º, e 887, § 4º), na formação dos precedentes (art. 927, § 5º), na distribuição de processos no tribunal (art. 930) e no processamento e julgamento do IRDR (art. 979).

2.5. MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A exigência de motivação das decisões judiciais já se mostra, a longa data, presente no Direito Processual Civil, desde o século XVIII. No Brasil, desde as Codificações Filipinas, no século XIX, passando pelo Regulamento 737/1850, os Códigos estaduais e os CPCs de 1939 e 1973, já se previa a necessidade de fundamentar os atos jurisdicionais[73].

Em 1988, contudo, a Constituição da República teve o mérito de erigir esse dever processual a garantia fundamental do cidadão. Consoante dispõe o art. 93, IX, CF, todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de serem consideradas nulas de pleno direito, o que agora também consta do art. 11 do CPC. Trata-se de dupla garantia: (i) de existir um fundamento e (ii) de este ser explicitado, de modo a se expor uma justificação racional sobre a decisão tomada.[74]

Dessa forma, é garantida às partes, para efeito de segurança das relações jurídicas e de controle da atividade jurisdicional, a possibilidade de impugnar aquelas decisões que não estejam devidamente fundamentadas.

Alvaro de Oliveira[75] faz direta relação entre os princípios da motivação e do contraditório. Isso ocorre na medida em que, ao proferir a sentença, o juiz expõe os fundamentos em que baseou sua decisão, demonstrando a eficácia do diálogo antecedente, sendo essa uma garantia de democratização do processo que afasta a opressão e autoritarismo que obstruem a correta aplicação da justiça.

Daí se revela essencial a motivação, demonstrando cuidadosa análise dos fatos e dos fundamentos aduzidos e a melhor interpretação e aplicação da lei, evitando surpreender as partes tanto quanto possível. Dessa forma, também se eleva o interesse público na prestação jurisdicional, corroborando a segurança jurídica.

Verifica-se a assertiva na medida em que, após a fase cognitiva, será possível constatar, pelo exame da decisão proferida, se os elementos apresentados foram ou não apreciados pelo julgador em todas as suas minúcias. A motivação reforça a decisão com fundamentos que esclarecem as razões pelas quais foram superados os elementos vencidos, ou, quanto aos que foram considerados, o motivo de terem sido total ou parcialmente acolhidos.

A motivação permite às partes controlar se as razões e as provas por elas apresentadas foram devidamente consideradas na decisão. Seria inútil assegurar o direito de ação e o direito de defesa, se as alegações e evidências trazidas aos autos pelas partes não precisassem ser obrigatoriamente examinadas pelo juiz no momento da decisão.

---

73 OLIVEIRA, Humberto Santarosa. A garantia fundamental de motivação das decisões judiciais. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. XII, 2013, p. 36. Disponível em: www.redp.com.br. Acesso em: 20 dez. 2013.

74 QUEIROZ, Pedro Gomes de. A motivação da sentença civil no Estado Democrático de Direito In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. XI. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/. Acesso em : 15 fev. 2016, p. 434.

75 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: MUNDO JURÍDICO. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 20 set. 2009, p. 13/14.

Em tal contexto, também o contraditório não passaria de exigência formal, pois nenhuma garantia seria dada às partes de que efetivamente influiriam no resultado do processo.

A obrigatoriedade da motivação é, portanto, uma decorrência dos direitos e dos princípios citados. Em virtude dela, concede-se às partes a oportunidade de fiscalizarem a atuação do juiz, controlando-se todas as razões e provas relevantes consideradas no provimento final, até mesmo para que seja possível, eventualmente, persuadi-las da justiça da decisão.

Por essa razão, Ferrajoli[76] pondera que a maior expansão da jurisdição, através de imponente aparato garantista, sugere necessidade de mais incisiva defesa das garantias como limites ao Poder Judiciário, por meio da cognição mais ampla possível e consideração dos direitos individuais. Se o pronunciamento judicial faz lei entre as partes, a sujeição dos fundamentos da decisão aos interessados é essencial.

Além disso, a motivação, ao revelar às partes os fundamentos da decisão, viabiliza a utilização pelo interessado dos meios de impugnação disponíveis no sistema, pois a parte deverá, em seu recurso, demonstrar, claramente, seu ponto de insatisfação, sua discordância e, principalmente, suas razões para pleitear a reforma, a invalidação ou, até mesmo, a eliminação de obscuridade ou de omissão contida no ato hostilizado.

Importante notar também, nesse ponto, é que a função da motivação para os fins de recurso não é apenas para as partes, mas também para o órgão jurisdicional que vai apreciar a irresignação apresentada. Com base nos fundamentos da decisão, decide-se pelo provimento ou pelo desprovimento do recurso, bem como se permite a uniformização da jurisprudência no tribunal[77].

Um terceiro aspecto da motivação em relação às partes é uma função interpretativa do provimento jurisdicional. Por meio dela, permite-se a esses sujeitos processuais definir e individualizar os comandos constantes do dispositivo do ato.

Em suma, no plano endoprocessual, a motivação se destina a atender ao requisito técnico da decisão judicial, bem como a assegurar o direito de acesso à via recursal[78].

As funções da motivação para as partes, contudo, não são suficientes para mensurar de forma completa sua importância para o Direito Processual Civil. A uma, que a função de persuadir as partes e de permitir irresignações não se apresenta em decisões de última ou única instância. A duas, porque a pretensão recursal pode se lastrear não no conteúdo da decisão, mas em vícios procedimentais que tenham lhe precedido.

Por isso, salienta-se, modernamente, a função política exercida pelo aludido princípio, qual seja, a de permitir aferir a imparcialidade do juiz e a legalidade de suas decisões, em um contexto mais amplo de controle da função jurisdicional por toda a sociedade.

Importa salientar o posicionamento de Cappelletti[79] quanto à falibilidade do juiz, que poderá cometer erros, afastando o mito da interpretação jurídica como atividade puramente lógica e mecânica, sem espaço ao livre convencimento. Destaca o papel criativo caracterizado pela socialização, politização e discricionariedade necessárias à cognição. Por outro lado, a absolutização da independência, que afasta o Judiciário de seu papel social, não encontra acolhida na atualidade.

---

76 FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. Trad. de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 237.

77 QUEIROZ, Pedro Gomes de. Op. cit., p. 434.

78 OLIVEIRA, Humberto Santarosa. Op. cit., p. 3.

79 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis*. Trad. e rev. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 86-87.

A fundamentação está intimamente ligada à atividade cognitiva do juiz. É um dos chamados requisitos da sentença, na forma do art. 489, II, do CPC.

No Estado contemporâneo, o dever de fundamentação ganha uma especial relevância, tendo em vista o agigantamento dos poderes dos magistrados, bem como a utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos textos legais, especialmente na Constituição.

A motivação também disponibiliza às partes e à sociedade como um todo a possibilidade de compreender quais os motivos pelos quais o juiz tomou determinada decisão, permitindo a fiscalização da atividade judiciária.

A veiculação de normas com maior grau de abstração expande o campo decisório do magistrado.

Isso significa que a utilização do *iter* procedimental não levará a uma solução única e pré-determinada. Pelo contrário, a concretização do princípio pode variar em graus distintos diante do caso concreto, abrindo-se certo campo decisório a ser preenchido pelo magistrado em um ato que alguns qualificam como discricionário.[80] Há, destarte, uma induvidosa ampliação dos poderes do magistrado.

Comparando a lei germânica reformada e o Código de processo civil português, Humberto Theodoro Júnior [81] declara que, nos referidos diplomas, o aumento dos poderes do juiz não implicou na redução das garantias de defesa das partes, na medida em que tudo que for apresentado por elas deve ser considerado nas fundamentações das decisões, sendo vedado ao magistrado qualquer decisão de ofício sem submissão prévia dos fundamentos às partes.

A partir das técnicas utilizadas na hermenêutica constitucional, torna-se imperativo que o magistrado revele em sua decisão mais do que uma simples adequação da norma ao caso concreto.

Até mesmo porque essa técnica puramente positivista, hoje, não é mais capaz de resolver grande parte dos conflitos.

Se não se pode mais falar em um direito processual alheio à Constituição, parece-nos que também não pode haver atividade hermenêutica sem levar em conta as técnicas advindas com o neoconstitucionalismo.

A motivação confirma o respeito à Lei fundamental, eis que toda decisão está sujeita ao controle de sua constitucionalidade, como todos os atos dos poderes. Assim, Nery Junior[82] observa que o *due process of law* desse controle deve ser observado, fazendo-se o controle interno, jurisdicional, por recurso ordinário ou extraordinário e por ações autônomas de impugnação.

Se houver decisão de única ou de última instância que ofenda a Constituição, caberá Recurso Extraordinário ao STF. Caso a decisão de mérito tenha transitado em julgado, poderá haver impugnação, no cível, por ação rescisória, ou na seara penal, por revisão criminal.

Assim se confirma o controle de constitucionalidade difuso, quando o juiz ou tribunal decidirá pela não aplicação de uma norma ou reconhecerá a sua inconstitucionalidade, segundo a interpretação que se conferirá na decisão, afastando a incidência de Leis incompatíveis com a Constituição.

Dinamarco aponta a importância do controle difuso, inspirado pelo sistema norte-americano, como "o mais moderno entre os instrumentos destinados a tornar efetivo o princípio da supremacia constitucional"[83].

O controle torna-se indispensável para garantir a ordem fundamentada na Constituição, resguardando os valores que ela abriga, admitindo-se, diante da possibilidade de falha, a revisão. Por

80 QUEIROZ, Pedro Gomes de. Op. cit., p. 435/436.

81 THEODORO JUNIOR, Humberto. Op. cit. p. 270.

82 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo, op. cit., p. 62-63.

83 DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. Op. cit., p. 31.

essa razão, não será possível aceitar decisões genéricas e que não indiquem os dispositivos que abrigam a decisão prolatada.

O conteúdo do provimento judicial, desse modo, precisa ser aferido à luz dos parâmetros de juridicidade, para que seja atestada sua compatibilidade com todas as normas jurídicas do ordenamento aplicáveis ao caso, principalmente a Constituição.

Fixadas essas premissas, fica mais fácil compreender a relevância que o dever de fundamentar ganha como garantia do devido processo legal.

Reconhecendo tal relevância, o CPC de 2015 traz dispositivo que minudencia o cumprimento do dever de motivar.

Nos incisos art. 489, § 1º, o legislador reputa não fundamentadas as decisões que se limitem a indicar ato normativo, conceitos jurídicos indeterminados, precedentes ou súmulas, sem explicar a razão de sua incidência ao caso concreto, bem como as que deixem de seguir precedente sem apontar sua superação ou a distinção daquele caso em especial, invoquem motivos hábeis a justificar qualquer decisão ou não enfrentem todos os argumentos das partes que podem infirmar as conclusões chegadas.

Questão controversa é a compatibilidade da motivação *per relationem* com o preceito da CF, art. 93, IX. Essa espécie de motivação é aquela em que o órgão jurisdicional adota como razão para decidir uma outra decisão judicial, uma manifestação das partes ou do Ministério Público.

Em verdade, ao não emitir justificativa própria e autônoma, o órgão jurisdicional desatende aos fins da motivação, principalmente à clareza da sua decisão e aos fins extraprocessuais.

Nada obstante, deve-se observar que a jurisprudência vem chancelando a criticável motivação *per relationem*, desde que se enfrentem minimamente os argumentos esposados pelas partes.

A mesma crítica doutrinária se coloca no plano da fundamentação pelas súmulas e pelos precedentes, de forma indiscriminada. A aplicação delas como se fosse normas dotadas de generalidade e abstração viola o dever de motivação, pois não se apresenta a conexão lógica entre o caso concreto e o precedente. Nesse sentido, inclusive, o NCPC exigiu que o órgão jurisdicional apresentasse, fundamentando sua decisão, a similitude fática que autoriza a invocação do precedente (art. 489, § 1º, V).

Ainda há a problemática de obrigatoriedade de fundamentação analítica. Se, por um lado, os Tribunais Superiores sempre insistiram na tese da necessidade de uma fundamentação mais profunda, por outro lado, muito raramente declaram a nulidade de uma decisão interlocutória mal fundamentada.

É corrente o pensamento segundo o qual só haverá nulidade na hipótese de ausência de fundamentação, não valendo essa regra para a "deficiência de fundamentação".

Parece-me que esse entendimento será revisto. Agora, o Código disporá de forma expressa que o juiz deve indicar "as razões de seu convencimento" e isso deve se dar de "modo claro e preciso".

É a fundamentação analítica. Não basta que o juiz indique o dispositivo legal que autoriza a concessão da medida, deve expressar as razões de decidir. O motivo do motivo. Não basta dizer, nos casos da tutela de urgência, que está presente o *fumus boni iuris*. Tem que identificar naquele caso, dentro daquelas circunstâncias e por que motivo se convenceu da presença dos requisitos.

É como se o magistrado passasse a ter o dever de externar o processo mental que o levou a decidir daquela maneira.

De se registrar que esta obrigação vale tanto para as decisões positivas quanto para as negativas. Caso contrário, restaria arranhado o devido processo legal. A parte tem direito de saber por que motivo concreto o juiz decidiu daquela maneira, em que premissa se baseou, qual foi seu raciocínio, que valores o influenciaram. De posse dessas informações, poderá exercer seu direito ao recurso, demonstrando junto ao Tribunal o eventual desacerto da decisão questionada.

Em todos os casos de fundamentação deficiente ou de ausência de fundamentação, a sanção constitucionalmente prevista para o ato é a de nulidade (CF, art. 93, IX), cominando o CPC de 2015 a mesma sanção em seu art. 11.

Contudo, a hipótese mais interessante para o estudo do dever de fundamentação está ligada ao momento e às condições que o juiz dispõe para decidir.

Kazuo Watanabe[84] nos apresenta as possíveis classificações para a atividade cognitiva. Fala em cognição horizontal (relativa às matérias apreciadas pelo juiz) e vertical (quanto ao momento da prolação da decisão). No plano vertical, a cognição pode ser superficial, sumária ou exauriente. Cognição superficial se dá nas hipóteses em que o juiz é forçado a decidir quase que instantaneamente.

O *periculum in mora* é grande e não há tempo para diligências complementares. Na cognição sumária, o juiz tem um pouco mais de conforto. Não é possível aguardar o momento oportuno para a sentença (após a fase instrutória), mas já há elementos que fornecem a ele um pouco mais de segurança. Na tutela exauriente, a causa já está madura, o juiz teve todo o tempo para formar sua convicção, levando em conta todos os elementos que poderiam ser alcançados.

2.6. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O processo é o instrumento pelo qual o Estado confere jurisdição na solução de conflitos e isso deve ocorrer de maneira justa. Dentro desse modelo, surgiu no direito pátrio o chamado "processo justo" que, em linhas gerais, refere-se ao ideal de que o processo seja formado em consonância com os preceitos de dignidade da pessoa humana.

Deve, portanto, respeitar o devido processo legal, nos seus seguimentos da ampla defesa e do contraditório, além das demais garantias fundamentais inerentes à pessoa humana, dentre os quais se encontram a igualdade, a publicidade dos atos judiciais e a duração do processo por um período de tempo razoável. Esses elementos devem ser rigorosamente resguardados quando da busca do jurisdicionado pela tutela dos direitos, que deve ser prestada por meio de uma jurisdição adequada.

Analisando a evolução histórica das legislações positivadas, Marco Félix Jobim observa que sempre foi dada importância à tempestividade na resolução dos processos. Como exemplos, o Código de Manu no direito indiano, o Código de Justiniano no direito romano, a Magna Carta das Liberdades na Inglaterra; também o documento papal de 1314, que previa espécies de ritos ordinário e sumário, entre outros.

Ressalta que, ainda que não houvesse delimitação específica do tempo, já havia previsão para que os litígios fossem resolvidos em prazo razoável. Considerando a previsão na Magna Carta das Liberdades já em 1215, Jobim[85] assevera que "quase 800 anos depois o Brasil acabou por reconhecer, constitucionalmente, como direito fundamental, que o processo não deve ser intempestivo", destacando o princípio da Duração Razoável do Processo como um direito fundamental autônomo.

Pode ocorrer, contudo, a lentidão na entrega da prestação jurisdicional, o que pode ser identificado como uma mazela pelos jurisdicionados, com imediata correlação entre a morosidade e a ineficiência estatal, gerando o consequente descrédito na Justiça brasileira.

A crise no Judiciário e a consequente ampliação da morosidade da Justiça decorrem, em caráter significativo, da forma precária da estrutura física e material do Poder Judiciário. Soma-se a isso a inserção de uma realidade social com novas demandas, frutos dos tempos modernos e com novas questões que demandam litígios. Os últimos são os denominados "novos direitos".

84 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

85 JOBIM, Marco Félix. Op. cit., p. 86.

Em consequência dessa combinação inadequada de "necessidade" dos jurisdicionados e "oferta" precária do Poder Judiciário, surge a imediata insatisfação social, vez que a prestação jurisdicional se mostra em dissonância com as expectativas sociais, o que causa frustração com a Justiça.

Não é novidade que a lentidão da Justiça torna qualquer litígio mais penoso, pois a tutela jurisdicional não se dá em tempo adequado. O que se visa combater é a demora injustificada decorrente de entraves judiciais, respeitando-se todas as garantias constitucionais e o devido processo legal, corroborando o instituto da segurança jurídica.

A resolução das demandas administrativas e judiciais em tempo hábil traz maior fluidez à máquina estatal, além de não permitir que os efeitos da morosidade se prolonguem indefinidamente, evitando-se prejuízos econômicos e sociais.

As questões que tornam o Judiciário mais lento na entrega da prestação jurisdicional refletem a insatisfação social com as mazelas públicas levadas ao Judiciário, avolumando o número de processos. Na intenção de solucionar a questão da morosidade foram criados mecanismos de simplificação e adoção de institutos que, segundo Greco[86], relegaram a segundo plano "a preocupação com a qualidade das decisões" e permitiram a supressão das garantias fundamentais do processo.

Daí que a forte pressão por celeridade processual não garante uma prestação jurisdicional satisfatória. Os meios criados para agilizar as decisões no volume cada vez maior de demandas acabam por suprimir outros direitos. Isso quer dizer que nem sempre o resultado entregue aos que submetem seus litígios ao Estado preenche as condições de um processo justo. Para Greco, essa aceleração que suprime outros direitos corresponde a um grave retrocesso na eficácia dos direitos fundamentais que foram arduamente conquistados.

A qualidade da Justiça também fica completamente comprometida com a submissão dos julgamentos a metas estatísticas, que exigem celeridade e produtividade em detrimento da qualidade na análise dos pormenores das causas e nas decisões concedidas. Isso porque, muitas vezes, os provimentos judiciais baseiam-se em fórmulas genéricas e repetição de jurisprudência que nem sempre corresponde à realidade dos casos concretos.

Deve-se observar, contudo, que um processo judicial eficaz e ágil ao mesmo tempo pode ser de difícil execução e harmonização, daí a necessidade de que o processo se desenvolva dentro de um *prazo razoável*, que atenda a celeridade (sem dilações indevidas), mas que também atenda a uma solução adequada, ou seja, unir uma Justiça célere e eficaz. Isso é a tradução da efetividade processual.

Bedaque[87] afirma que o processo efetivo necessariamente observa o equilíbrio entre segurança e celeridade ao proporcionar às partes o direito material. Observa, no entanto, que entregar a tutela com celeridade, sobrepondo valores como a segurança jurídica e outros princípios indispensáveis às garantias individuais, somente com intenção de reduzir a demora, fere o processo justo.

Em atenção ao mandamento da efetividade processual, o Princípio da Tutela Tempestiva foi introduzido no art. 5º de nossa Constituição através do inciso LXXVIII, pela Emenda Constitucional n. 45/2004, com o objetivo de combater a morosidade na entrega da prestação jurisdicional e garantir o acesso à Justiça que, por sua vez, pressupõe não apenas a tutela adequada, mas também a tempestiva[88].

---

86 GRECO, Leonardo. *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual*. Op. cit., p. 7.

87 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. Op. cit., p. 49.

88 A EC n. 45 de 2004 decorre do Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano, apelidada de Reforma do Judiciário. Esse pacto foi celebrado pelos chefes dos Três Poderes, consubstanciado nos compromissos fundamentais: implementação da reforma constitucional do Judiciário, reforma do sistema recursal e dos procedimentos, defensoria pública e acesso à Justiça, juizados especiais e Justiças itinerantes, execução fiscal, precatórios,

Retomamos a afirmativa anterior de que a problemática que surge na relação "tempo" e "processo" não está adstrita ao nosso ordenamento, mas atinge outros países, inclusive mais desenvolvidos.

Na opinião de Barbosa Moreira[89], a ideia de que a Justiça brasileira é morosa, ou que aqui a prestação da tutela jurisdicional é mais lenta do que em países mais desenvolvidos, é um mito que não se justifica (é bem verdade que a opinião foi exposta há algum tempo, mas quer nos parecer que se aplica também nos dias atuais, sobretudo em razão do forte controle exercido pelo CNJ).

A Constituição norte-americana, ao promulgar a 6ª emenda, evidencia também a preocupação com o processamento em tempo hábil. O *speedy trial* é uma das liberdades fundamentais trazidas pelo *Bill of Rights*, ainda que sua aplicação tenha, tradicionalmente, incidência maior no processo penal[90].

Por outro lado, os processos cíveis na Itália têm tido duração bem acima do razoável. Na busca por uma maior efetividade na prestação jurisdicional, a Itália tem levado a cabo alterações no ordenamento processual. As modificações, contudo, não surtiram os efeitos pretendidos.

Aduza-se o fato de que, por integrar a Comunidade Europeia desde 1957, a Itália submete-se à Convenção Europeia, que prevê a razoável duração do processo (diritto ad un processo equo) em seu art. 6º, § 1º. Não foram poucas as decisões da Corte Europeia no sentido de condenar o país pela violação ao direito fundamental, que tanto pode ser pleiteado pelo autor quanto pelo réu[91].

Os constrangimentos provocados pelas sucessivas decisões da Corte fomentaram a reforma constitucional que culminou por alterar o art. 111 da Constituição italiana, prevendo o *justo processo* a ser regulado pela lei.

Explica Nicolò Trocker[92], ao comentar o referido artigo, que "justo é o processo que se desenvolve em respeito aos parâmetros fixados na Constituição e nos valores da sociedade".

O advento da *Legge Pinto*[93] no ordenamento italiano inovou ao prever a reparação do dano causado pela excessiva duração do processo. Ao reformar o art. 375 do Código de Processo italiano, reconheceu o Estado que a entrega da prestação jurisdicional tardia, por si só, tem o condão de gerar um dano aos demandantes.

---

graves violações contra direitos humanos, informatização, produção de dados e indicadores estatísticos, coerência entre a atuação administrativa e as orientações jurisprudenciais já pacificadas e incentivo à aplicação das penas alternativas. O Pacto Republicano está disponível na internet no sítio www.senado.gov.br.

89 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Justiça no limiar do novo século. In: _____. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1994.

90 Além dos artigos 5º, LXXVIII, da CF, e 4º e 6º do NCPC, inúmeros dispositivos exaltam a importância da duração razoável do processo no plano internacional, como, por exemplo, artigos 6º, 1º, da Convenção Europeia de Direitos do Homem; 8º, § 1º, do Pacto de São José da Costa Rica; 7.1 dos Principles of Transnational Civil Procedure; 15 da Constituição da Província de Buenos de Aires; 111 da Constituição italiana; 20 da Constituição de Portugal; 11.4 do Código de Processo Civil do Uruguai (alteração conforme Lei 19.090, de 26 de junho de 2013); 47, nº 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; 14, § 1º, do Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos de 1966; 6ª emenda da Constituição Americana; 1.4, número 2, alíneas "c", "g" e "l" das Civil Procedural Rules, etc. Vide a propósito, ainda, o art. 20 do Código de Ética dos Magistrados (aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008): "Cumpre ao magistrado velar para que os atos processuais se celebrem com a máxima pontualidade e para que os processos a seu cargo sejam solucionados em um prazo razoável, reprimindo toda e qualquer iniciativa dilatória ou atentatória à boa-fé processual.".

91 Para um exame aprofundado de algumas dessas decisões, bem como da evolução do Direito italiano, remetemos o leitor a Schenk (Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 181-202, 2008. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp//edicao_02.htm. Acesso em: 12 set. 2010).

92 TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali. Op. cit., p. 678.

93 A Legge Pinto adotou o nome de um dos Senadores autores do projeto de lei. Trata-se da Lei n. 89/2001.

Além disso, previu a obrigação de o Estado indenizar as partes quando violada a razoável duração do processo desde que elas não tenham concorrido para a excessiva duração. Registre-se, por oportuno, que o ordenamento italiano adotou os mesmos critérios da Corte Europeia para a mensuração de tal violação.

Leciona Tarzia[94], quanto ao direito à razoável duração dos processos, que a Corte Europeia de Direitos do Homem sempre recorda, em suas decisões, que o art. 6º da Convenção obriga os Estados membros a organizarem o sistema judicial de modo que seus juízes e tribunais possam atender adequadamente à exigência de uma tutela efetiva, na qual está incluída a obrigação de decidir os casos em um prazo razoável.

Reconhecendo a importância do lapso temporal, o Conselho da Europa, em razão do artigo 6.1 da Convenção de Roma, através dos estados signatários, atribuíram ao princípio da Duração Razoável do Processo o reconhecimento como um direito humano.

Assumiram, assim, a obrigação de articular mecanismos jurídicos para garantir que as causas submetidas aos órgãos judiciais fossem resolvidas dentro de um prazo, permitindo o adequado exercício da ampla defesa, incorporando indispensável valoração ao fator temporal, para não tornar ilusória a tutela jurisdicional[95].

Em suma, o art. 6º da Convenção exige, no ponto, a adequação do sistema jurisdicional dos Estados, para que o processo se desenvolva no seu tempo normal de duração, justificável pela necessidade de exercício pleno das demais garantias processuais, evitando, assim, e a todo custo, as dilações indevidas da marcha processual, que dão origem aos não justificáveis "tempos mortos".

Importante lição é recordada por Tarzia[96], tirada da jurisprudência da Corte Constitucional italiana, no sentido de que a efetividade da tutela jurisdicional pode ficar comprometida tanto pela excessiva duração dos processos quanto pela sua excessiva brevidade.

Destaca, ainda sobre a duração razoável, que o problema não será resolvido apenas no âmbito das normas processuais. A questão, antes e sobretudo, está ligada à organização judiciária de cada Estado, exigindo uma adequada alocação de pessoas (juízes e seus auxiliares) e recursos materiais indispensáveis ao funcionamento esperado da justiça.

Necessário também um adequado aparato sancionatório, voltado a desestimular posturas processuais que insistam em violar o dever, que também a elas toca, de contribuir para a tempestividade da prestação jurisdicional.

Compreendemos que a demora na prestação jurisdicional gere a sensação de ser nociva, de submeter os sujeitos do processo, muitas vezes, a desconforto, angústia e lesões de ordem material; por outro lado, sabemos que a prestação jurisdicional precisa de um tempo mínimo a fim de garantir que os mecanismos de processamento dos feitos sejam realizados de modo a garantir que elementos inerentes a um Estado Democrático de Direito sejam preservados.

Relevante estudo de Riba Trepat[97] sobre a comunhão entre o tempo e o processo indica a relevância do transcurso do tempo, que se manifesta na sucessão de atos e fases que não poderão ocorrer simultaneamente, por serem, cada um deles, antecedentes ao próximo ato. O tempo será imprescindível à própria natureza do devido processo legal.

---

94 TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile. In: *Revista de Processo*. REPRO. São Paulo, ano 26, n. 103. jul./set. 2001, p. 170.

95 RIBA TREPAT, Cristina. *La eficacia temporal del proceso*. El juicio sin dilaciones indebidas. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997, p. 51.

96 TARZIA. Op. cit., p. 173-174.

97 RIBA TREPAT, Cristina. Op. cit., p. 14.

Em última análise, o tempo é uma atividade humana, de modo que é impossível que a decisão imediata consagre a justiça. Será a espinha dorsal do processo, colaborando ou não para a sua efetividade. Se compreendemos o processo como uma instituição dinâmica, o tempo será determinante na eficácia da prestação jurisdicional.

No que tange aos meios que garantem a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII, do art. 5º, *in fine*, da CF), tem tido papel relevante o CNJ, por meio da instituição das Metas, não obstante, no que se refere à Meta 2, não ter havido o integral cumprimento, nem mesmo pelo STF. Contudo, em tese, o magistrado pode ser punido pelo CNJ.

Observe-se, contudo, que, como dito acima, a submissão às metas, apesar de relevante, deve ser encarada com temperamento, de modo que não impossibilite a adequada apreciação da causa.

Razoável será o tempo necessário para a cognição da causa até a efetiva entrega (ou não) do bem pretendido pela parte, ou seja, de todo o *iter* processual até a efetivação do provimento final.

A razoável duração do processo tem como características: a) a universalidade; b) a limitabilidade; c) cumulatividade; e d) irrenunciabilidade.

Seu conteúdo deve ser harmonizado com o conceito de jurisdição, no intento da efetividade, ao concentrarem-se, seja na busca de formas diferenciadas de tutela de direitos, seja por meios alternativos de solução de conflito, seja pela participação democrática do cidadão na persecução da solução do conflito submetido ao Judiciário, como formas de viabilizar o Estado Democrático de Direito e os novos conflitos da sociedade moderna.

Quando o prazo se estende além do razoável, muitos autores têm comungado da orientação de que há responsabilidade civil objetiva do Estado, que deverá ser acionado a compor os danos.

3. SÍNTESE CONCLUSIVA

Leciona Picó i Junoy que, após a Segunda Guerra Mundial, se produziu, na Europa, em especial nos países governados por regimes totalitários até a primeira metade do século XX, um fenômeno de constitucionalização dos direitos humanos fundamentais e, dentre eles, a tutela de garantias mínimas que devem orientar todos os processos judiciais, pretendendo colocá-los a salvo da intervenção legislativa ordinária futura.

Estava na Constituição, portanto, a resposta para as indagações em busca de um instrumento idôneo que pudesse, naquele momento histórico, instaurar uma nova ordem política e social.[98]

A verdadeira garantia dos direitos humanos consiste precisamente na sua proteção processual, partindo daí a distinção, hoje comum, entre os direitos e as garantias de tais direitos, sendo estas precisamente os meios processuais pelos quais é possível exigir a realização e a eficácia daqueles[99].

98 PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 2012, p. 29.

99 Como nos lembra Cappelletti: "Judicial protection is not, in itself, necessarily a positive achievement unless it can be adapted to the pressing needs of society. To be sure, the contemporary trend in democratic societies is to enlarge and affirm, rather than reduce or abolish, judicial protection-a protection which should be both impartial and fair--and therefore to "judicialize," structurally and procedurally, that large undergrowth of nonjudicial adjudicating bodies. Yet the trend is also to diversify greatly judicial bodies and procedures, to make them instruments for social progress rather than blind conservatism and to free them of the formalistic, expensive, time-consuming and ideologically outmoded features which so frequently characterize traditional courts and their procedures. Indeed, the trend toward diversification has proved to be a condition sine qua non for the other converging trend toward judicialization". CAPPELLETTI, Mauro. Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international, and social trends. In: 25 *Stanford Law Review*, May, 1973, p. 670. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1227903. Acesso em: 15 mar. 2012.

Para Picó i Junoy[100], a finalidade última do fenômeno da constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais não é outra senão a tentativa de se alcançar a pretendida Justiça, reconhecida na Constituição espanhola, assim como na Constituição brasileira, como um valor superior do ordenamento jurídico. Com isso, o processo se converte em um instrumento de realização da justiça.

Assim também Ferrajoli[101] considera que a gama de direitos fundamentais positivada reflete direitos subjetivos individuais que correspondem aos direitos humanos universalmente reconhecidos e que servem como referências determinadas pela Constituição.

Cappelletti[102], igualmente, reconhece a universalidade do fenômeno da constitucionalização das garantias fundamentais.

A efetividade da tutela jurisdicional como direito fundamental decorre do processo de internacionalização dos direitos fundamentais nos países que estabeleceram os direitos humanos e o direito constitucional como bases do Estado Democrático de Direito[103].

O contexto em que se desenvolve uma visão de maior atenção às garantias individuais e consideração dos princípios na edição e aplicação das normas é simétrico ao próprio desenvolvimento do constitucionalismo no Brasil.

A Constituição é estabelecida como ordem jurídica fundamental, promovendo a integração, organização e direção jurídica do Estado, dotando os direitos fundamentais de força vinculante para todo o ordenamento infraconstitucional.

---

100 "De igual modo, durante la segunda mitad del siglo XX, surgió otro fenómeno de especial relevancia para el derecho procesal, a saber, el de la 'constitucionalización de las garantias procesales", que ha venido a asegurar – por vía de los textos constitucionales, en el ámbito nacional, y de tratados y convenios supraestatales de derechos humanos, en el ámbito internacional – un mínimo de garantías a favor de las partes, que deben presidir cualquier modelo de enjuiciamiento. (...) "Por ello, el objetivo de este trabajo es someter a crítica estos nuevos planteamientos, excesivamente ideologizados, para llegar a una solución o postura intermedia entre ambas posiciones doctrinales, logrando así su equilibrio, pues la eficacia del proceso sin garantismo es inadmisible desde un punto de vista constitucional, y el garantismo sin eficacia tampoco es aceptable si lo que pretende es lograr la tutela judicial más justa posible, y no puede olvidarse que la "justicia" también es un valor supremo en la mayoría de los textos constitucionales, ya venga proclamada expresamente o bien lo sea de forma implícita. Por ello, debemos esforzarnos en buscar una postura intermedia, que sin conculcar nenguna garantía constitucional de las partes logre la máxima eficacia del proceso". PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre garantismo y la eficacia: un debate mal planteado In: MONTERO AROCA, JUAN. *Proceso Civil e Ideologia: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 111.

101 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Introducción de Perfecto Andrés Ibáñez e traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 5. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006. p. 37.

102 "The phenomenon of the constitutionalization and internationalization of fundamental rights and guarantees of civil litigants has been almost universal. It has appeared in a great number of countries, cutting across the civil law, the common law, the socialist, and the developing areas of the world. In all those areas there is a powerful, growing movement toward entrenching certain rights and guarantees which pertain to judicial procedure in constitutionally or internationally binding documents, thus making them part of what may be called the basic Human Rights. Part of this movement is the trend toward increasing the juridical impact of this entrenchment by means of various institutions, including international and constitutional courts. These rights and guarantees are not necessarily new. Most of them are rooted in past centuries, and all of them can still be reduced to such ancient rules as the two that have traditionally represented the core of a system of "natural justice"--judicial impartiality and the right to be heard. Yet even these old rights and guarantees have acquired new force and significance through their modern constitutionalization and internationalization". CAPPELLETTI, Mauro. Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international, and social trends. In: 25 Stanford Law Review, May, 1973, p. 687. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1227903. Acesso em: 15 mar. 2012.

103 GRECO, Leonardo. *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual*. Op. cit., p. 4.

Ingo Wolfgang Sarlet[104] considera a existência de um controle da constitucionalidade formal e material dos limites aos direitos fundamentais. No plano formal, a limitação consiste na investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal na edição das normas.

Já o controle material versa sobre a observância da proteção do núcleo essencial desses direitos, que se impõe tanto ao legislador quanto ao operador do direito, que deverão observar o atendimento das exigências da proporcionalidade e da razoabilidade, mas também da proibição do retrocesso, categorias que, nesse sentido, assumem a função de limites aos limites dos direitos fundamentais.

Os princípios constitucionais influenciam todo o ordenamento e são a base do processo justo, reforçando-se a necessidade de maior atenção à linha tênue que impõe a razoabilidade, para que não se configure um ativismo desmedido ou discricionariedade indesejada.

Assim é que Luigi Ferrajoli[105] levanta a preocupação relativamente a casos difíceis e lacunas legais, quando "o intérprete pode aventurar-se no amplo depósito de princípios acumulado pela própria jurisprudência" através da criação de novos princípios ou pela interpretação dos já existentes por uma possível conveniência distanciada da salvaguarda dos direitos fundamentais.

Importante salientar, nesse passo, que o processo justo não significa, necessariamente, uma decisão justa[106]. Deve o magistrado, dentro de uma estrutura procedimental justa, fazer a melhor escolha e concretizá-la na decisão.

A fim de sistematizar a abordagem ao tema, Taruffo[107] apresenta um critério. O autor sugere um esquema, no qual a melhor escolha – a decisão justa – depende da observância de três critérios. O primeiro deles exige a correta identificação e interpretação da regra jurídica a ser aplicada ao caso. O segundo impõe a avaliação confiável dos fatos relevantes para o julgamento. O terceiro, e último, avalia a observância de um procedimento válido e justo, ditando o *iter* a ser percorrido para a formação da decisão justa[108].

Para Chiarloni[109], a decisão será justa se passar pela análise do duplo critério de veracidade, a saber: a correta interpretação da norma jurídica aplicável ao caso e a exata reconstrução dos fatos, embora reconheça que existem limitações concretas impostas pela própria estrutura processual. Nessa linha de raciocínio, Gentili[110] reconhece que a justiça das decisões é relativa. Contudo, como pontua Greco[111], é preciso sempre buscar "um meio justo para um fim justo".

---

104 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 395.

105 FERRAJOLI, Luigi. *O constitucionalismo garantista e o estado de direito*. Op. cit., p. 242.

106 GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 556.

107 TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1997, p. 319.

108 SCHENK, Leonardo Faria. *A cognição sumária no processo civil: sistematização dos limites impostos pela garantia do contraditório*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Orientador: Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. Rio de Janeiro, 2012, p. 78.

109 CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2008, p. 147.

110 GENTILI, Aurelio. Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 749.

111 GRECO, Leonardo. Os juizados especiais como tutela diferenciada. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 3. v. III, jan./jun. 2009, p. 30/31. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp//. Acesso em: 15 fev. 2011.

Desse modo, podemos dizer que o processo será justo na medida em que for estruturado para tutelar os direitos na dimensão da Constituição[112], de forma a garantir um resultado justo[113].

Dentro do conceito maior de processo justo, encontramos a noção de contraditório[114].

Como bem ressalta Ovídio Baptista da Silva[115], contraditório e processo[116] são conceitos umbilicalmente ligados desde os primórdios[117].

Defende Fazzalari[118], nessa linha, coloca que o procedimento constitui uma sequência de atos preparatórios, direcionados a um fim comum, que se persegue para se obter uma determinada eficácia. Já o processo, por outro lado, constitui uma das espécies de procedimento, qualificada pela participação dos destinatários dos efeitos do ato final, sejam eles interessados ou contra-interessados, podendo argumentar e contra-argumentar, sempre em pé de simétrica igualdade[119].

---

112 Marinoni bem pontua essa questão: "o processo é um procedimento, no sentido de instrumento, módulo legal ou conduto com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma atividade e viabilizar uma atuação. O processo é o instrumento através do qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da Constituição. É o módulo legal que legitima a atividade jurisdicional e, atrelado à participação, colabora para a legitimidade da decisão. É o conduto que garante o acesso de todos ao Poder Judiciário e, além disto, é o conduto para a participação popular no poder e na reivindicação de concretização e de proteção dos direitos fundamentais. Por tudo isso o processo tem que ser, em si mesmo, legítimo, isto é, capaz de atender às situações substanciais carentes de tutela e estar de pleno acordo, em seus cortes quanto à discussão do direito material, com os direitos fundamentais materiais". MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo*. Panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 574.

113 CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2008, p. 145.

114 "[...] se, allora, l'accento cade – più che sulle caratteristiche di completezza o sui profile di analiticità della rispettiva regolamentazione per legge – sulla variabile (cioè, maggiore o minore) 'effettività' dell'attuazione di quelle garanzie minime, ne deriva un'importante conseguenza. Qualsiasi 'processo' (o modelo e tipo di 'processo') è (o puo essere) 'giusto', solo se ed in quanto la 'legge' vi abbia previsto o comunque 'regolato' un'adeguata attuazione di tutte quelle condizioni minime coessenziali, che (in base all'art. 111, secondo comma) si intendono all'uopo, in termini assoluti e inderogabili, necessarie e sufficienti". COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 60.

115 "A história do princípio do contraditório confunde-se, em verdade, com a própria história do processo civil, desde o direito romano primitivo. Para assegurá-lo e torná-lo efetivo no processo, muitos institutos ainda hoje conservados foram postos em prática pelos antigos sistemas". BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo Civil*. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, t. 1, p. 51/52.

116 "Esse processo, orientado pelo princípio da correção e estruturado de modo a ofertar uma ampla possibilidade de participação e efetiva influência das partes, se denomina e se espera justo não porque a sua forma se encontra prévia e rigidamente regulada pela lei, mas porque representa, em si, uma garantia positiva de um direito natural dos interessados a um processo 'informato a principi superiori di giustizia'". SCHENK, Leonardo Faria. *A cognição sumária no processo civil: sistematização dos limites impostos pela garantia do contraditório.* Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Orientador: Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. Rio de Janeiro, 2012, p. 41.

117 Para uma resenha do princípio do contraditório na história do processo civil, remetemos o leitor às seguintes obras: FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1989, p. 6. GIULIANI, Alessandro. L'ordo judiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico). In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1988, p. 600-601. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: MUNDO JURÍDICO, p. 2. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 20 set. 2009. OTEIZA, Eduardo. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. In: *Revista de Processo*. REPRO, São Paulo, ano 34, n. 173, jul. 2009, p. 183-184. PICARDI, Nicola. Audiatur et altera pars. Le matrici storico-culturali del contraddittorio. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2003, p. 9.

118 FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1989, p. 2. No mesmo sentido, cf.: Id. Il giusto processo e i *procedimenti speciali* civili. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2003. p. 2.

119 Para Marinoni, as teorias de Fazzalari e de Luhmann não são adequadas a uma ideia de Estado cujo principal dever

Esclarece Trocker,[120] alinhado com esse pensamento, afirma que o processo se verifica propriamente quando uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato decisório é contemplado, em contraditório, com a participação de todos os destinatários.

Picardi[121] salienta a retomada ética do fenômeno processual, no que é secundado por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro[122], para quem é possível delimitar um campo ético[123] que deve impregnar todo o processo, em razão das complexas questões metajurídicas que podem estar envolvidas[124]. Nesse passo, para Fazzalari[125], o contraditório ressurge como valor capaz de unificar a participação democrática e o processo civil[126].

Por fim, devemos pensar no contraditório também como fator limitador dos excessos em relações privadas, viabilizando, de forma concreta, a cooperação entre as partes, notadamente no que se refere à produção de provas[127].

é o de dar tutela aos direitos na dimensão da Constituição: "[...] a legitimação da jurisdição não pode ser alcançada apenas pelo procedimento em contraditório e adequado ao direito material, sendo imprescindível pensar em uma legitimação pelo conteúdo da decisão. [...] O procedimento pode ser aberto à efetiva participação em contraditório e adequado ao procedimento material e, ainda assim, produzir uma decisão descompromissada com o conteúdo substancial das normas constitucionais". MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo*. Panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 560.

120 TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il *giusto processo* in materia civile: profili generali. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè Editore, 2001, p. 393.

121 PICARDI, Nicola. Audiatur et altera pars. Le matrici storico-culturali del contraddittorio. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2003, p. 22.

122 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A ética e os personagens do processo. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, separata, v. 358, p. 351.

123 Taruffo lembra que a ideia tradicional de que não há moralidade processual está desatualizada. Padrões de moralidade processual, de justiça, de lealdade, do devido processo, da correção, dentre outros, tornam-se cada vez mais presentes em diversos ordenamentos. TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). In: *Revista de Processo*. REPRO, São Paulo, ano 34, n. 177, nov. 2009, p. 181.

124 Para Leonardo Greco: "[...] todo processo é um drama humano, uma interação entre seres humanos, em busca do reconhecimento e da efetividade de direitos por alguns deles invocados. É, portanto, um acontecimento da vida humana, que inter-relaciona pessoas que devem respeitar-se mutuamente, na sua dignidade humana e nos seus direitos fundamentais. Se um desses direitos fundamentais é justamente o direito a um processo justo, todos os sujeitos do processo têm o direito de exigir dos outros probidade e lealdade num ambiente de convivência inspirado nos 'valores fundamentais da civilidade e da democracia'". GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil. Processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 169.

125 FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1989, p. 11.

126 Nas precisas palavras de Leonardo Schenk, "[...] fortalecido, o contraditório ressurge como valor síntese do vínculo criado entre o princípio político da participação democrática e as estruturas do processo, permitindo a identificação das bases de um processo civil humanizado, que em tudo deve respeito e atenção à dignidade da pessoa humana, seu único valor estável". SCHENK, Leonardo Faria. *A cognição sumária no processo civil: sistematização dos limites impostos pela garantia do contraditório*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Orientador: Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. Rio de Janeiro, 2012, p. 78.

127 MACIEL JUNIOR, João Bosco. *Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: MUNDO JURÍDICO. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 20 set. 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In: *Temas de direito processual*, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Por um processo socialmente efetivo. In: *Temas de direito processual*, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: http://www.migalhas.com.br. Acesso em: 28 jan. 2009.

_____. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia* - Homenagem ao Professor Luiz de Pinho Pedreira. N. 17 - Ano: 2008.2 Salvador - Bahia. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/662/o/Eduardo_Cambi_Neoconstitucionalismo_e_Neoprocessualismo.pdf.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*. Milano: Giuffrè, 1973.

_____. Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international, and social trends. In: *Stanford Law Review*. May, 1973. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1227903. Acesso em: 15 mar. 2012.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A ética e os personagens do processo. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, separata, v. 358.

CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2008.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni Sul Processo Civile*, v. I, Bologna: Il Mulino, 1998.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Tradução: Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Tradução de Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizione Scientifiche Italiane, 1983.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996.

_____. Valori permanenti del processo. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Introducción de Perfecto Andrés Ibáñez e traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 5. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

_____. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. Trad. de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*. Conceitos e princípios gerais à luz do novo código, 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

GELLI, Mario. *A vinculação do juiz à causa de pedir no processo justo: limites de aplicação do* iura novit curia *no processo civil*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

GENTILI, Aurelio. Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha*: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo: Max Limonad, 1985.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JOBIM, Marco Félix. *Direito à duração razoável do processo*: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório no novo código de processo civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 17, n. 1, jan.-jun./2016, p. 164/192. Disponível em: http://www.e--publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. As garantias constitucionais do processo e o direito constitucional processual. Traduzido por Bruno Costa Teixeira. In: *Revista Panóptica*, n. 14, nov. 2008. Disponível em: http://br.vlex.com/source/panoptica-5045/issue_nbr/%2314. Acesso em: 14 jun. 2013.

MACIEL JUNIOR, João Bosco. *Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo*. Panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2008.

MITIDIERO, Daniel Francisco. A garantia do contraditório: do ordo judiciarius medieval ao processo cooperativo contemporâneo. Disponível em: www2.tjrs.jus.br/.../c...civil/Dr_Daniel_F_Mitidiero_17_03_2005.doc. Acesso em: 7 fev. 2010.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORELLO, Augusto M. *Constitución y proceso – la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*. La Plata/Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Humberto Santarosa. A garantia fundamental de motivação das decisões judiciais. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. XII, 2013, p. 36. Disponível em: www.redp.com.br. Acesso em: 20 dez. de 2013.

OTEIZA, Eduardo. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. In: *Revista de Processo*. REPRO, São Paulo, ano 34, n. 173. jul. 2009.

PICARDI, Nicola. Audiatur et altera pars. Le matrici storico-culturali del contraddittorio. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2003.

PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. In: MONTERO AROCA, Juan. *Proceso Civil e Ideologia*: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 2012.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5. ed. Napoli: Jovene, 2012.

QUEIROZ, Pedro Gomes de. A Motivação da Sentença Civil no Estado Democrático de Direito. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. V. XI. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/. Acesso em: 15 mar. 2016.

RIBA TREPAT, Cristina. *La eficacia temporal del proceso*. El juicio sin dilaciones indebidas. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.

SANTOS, Welder Queiroz. A vedação à prolação de decisão surpresa na Alemanha. In: *Revista de Processo*, v. 240. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. 3. tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SCHENK, Leonardo Faria. *A cognição sumária no processo civil: sistematização dos limites impostos pela garantia do contraditório*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Orientador: Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. Rio de Janeiro, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). In: *Revista de Processo*. REPRO, São Paulo, ano 34, n. 177, nov. 2009.

TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile. In: *Revista de Processo*. REPRO. São Paulo, ano 26, n. 103. jul.-set. 2001.

TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il *giusto processo* in materia civile: profili generali. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

_____. *Processo civile e costituzione*. Problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZANETI JR. Hermes. *Processo constitucional*: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Da educação científica ao consultor técnico pericial: Respostas práticas para o problema da análise da perícia pelo juiz

EDILSON VITORELLI[1]

Sumário: 1. Problema. 2. Tipologia tripartite da complexidade da prova pericial. 3. Imparcialidade, contraditório e ônus da prova como não respostas ao problema proposto. 4. Soluções para a prova pericial de baixa complexidade. 5. Soluções para a prova pericial de média complexidade. 6. Soluções para a prova pericial de alta complexidade. Conclusão.

1. PROBLEMA

O problema geral ao qual este trabalho se dedica não é novo, mas permanece sendo cotidiano no sistema jurisdicional: a tomada de decisão judicial, quando a questão controvertida é predominantemente dependente de conhecimentos técnicos especializados de natureza não jurídica. Em outras palavras, trata-se do caso em que a análise pericial é o elemento mais importante para definir a procedência ou improcedência do pedido.

Essa situação se apresenta a juízes em diversos níveis de complexidade. Desde situações corriqueiras, como uma aposentadoria por invalidez, até cenários em que há dois ou mais laudos técnicos no processo, chegando a conclusões distintas, as quais, se adotadas pelo julgador, implicariam decisões judiciais opostas. A dificuldade imbricada nesse cenário foi percebida, em 1901, por Learned Hand, um dos mais icônicos juízes e autores do sistema norte-americano: "O propósito do perito é dizer ao júri não os fatos da causa, mas as verdades gerais derivadas da sua experiência especializada. Mas como pode o júri decidir entre duas declarações periciais distintas, cada uma fundada em uma experiência confessadamente alheia à sua própria?"[2].

1 Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal (TRF) da 6ª Região. Professor Adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), com estudos no Max Planck Institute for Procedural Law. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Visiting scholar na Stanford Law School. Visiting researcher na Harvard Law School. Mestre em Direito pela UFMG. É o único autor brasileiro vencedor do prêmio "Mauro Cappelletti", atribuído pela International Association of Procedural Law ao melhor livro de processo no mundo.

2 "The whole object of the expert is to tell the jury, not the facts, as we have seen, but general truths derived from his specialized experience. But how can the jury judge between two statements each founded upon an experience confessedly foreign in kind to their own? It is just because they are incompetent for such a task that the expert is necessary at all . . . The truth of either combating proposition lies just in its validity as an inference from a vast mass of experience . . . as to the truth of which trained powers of observation are quite essential, the result themselves of a life of technical training. What hope have the jury, or any other layman, of a rational decision between two such conflicting statements each based upon such experience?", cf. HAND, Learned. Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony. In: *Harvard Law Review*, v. 15, 1901, p. 54.

Dito de outro modo, o que Hand percebeu foi um paradoxo que é inerente à controvérsia pericial. Nem sempre a análise científica, seja ela qual for, será unívoca. A ciência não segue, em todas as ocasiões, uma lógica binária, segundo a qual sempre haverá uma opção verdadeira e uma falsa entre duas opiniões. Há cenários – e eles são mais comuns do que usualmente se imagina – em que a precisão de determinada conclusão é sensível a sutis alterações de premissas e de metodologia, que não podem ser apenas rejeitadas como falsas. Há, entre os juristas, uma certa crença ingênua de que, nas ciências, é sempre possível definir, "tecnicamente", qual é a resposta certa e qual é a resposta errada a uma questão.

O problema é que, mesmo quando a controvérsia pericial acontece, espera-se que o juiz tome uma decisão. Porém, como notou Hand, essa expectativa é uma contradição em termos: se a própria razão de ser da prova pericial é que o juiz não detém o conhecimento necessário para definir a questão, como pode ele ser o encarregado de desempatar a divergência entre dois peritos? Utilizando o conhecimento que ele confessadamente não tem?

Este artigo pretende sugerir algumas soluções possíveis para esse dilema, ponderando a necessidade de se alocar apropriadamente os limitados recursos jurisdicionais com a demanda de tomada de decisão tecnicamente correta, especialmente nos casos mais complexos.

2. TIPOLOGIA TRIPARTITE DA COMPLEXIDADE DA PROVA PERICIAL

O contexto no qual este trabalho desenvolve-se pode ser concretizado em três níveis de complexidade de questões técnicas submetidas à análise pericial, mais ou menos cotidianos na praxe forense, todos eles com relevância prática.

O primeiro nível pode ser ilustrado pelos milhares de casos pendentes perante o Poder Judiciário, de pessoas que pretendem obter benefícios previdenciários por incapacidade laboral. Elas fazem juntar ao processo diversos laudos médicos, emitidos por especialistas particulares ou públicos (médicos em exercício em unidades do Sistema Único de Saúde - SUS, por exemplo) que apontam a doença incapacitante. Ao mesmo tempo, outras análises médicas, feitas pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e, por isso, dotadas de fé pública, indicam a sua capacidade laboral.

Por mais que essa questão aparente ser binária (ou as pessoas são capazes para o trabalho, ou não são), ela não é. A aferição da capacidade laboral está sujeita a diversas nuances médicas, que são maiores ou menores, a depender da moléstia. Doenças da coluna vertebral, tais como lombalgias, hérnias etc. têm diversos graus de afetação da vida cotidiana do paciente, que variam no tempo, com a evolução da doença, com o tipo de tratamento, a medicação utilizada, a coexistência de outras moléstias e até mesmo o nível de escolaridade do paciente, para permitir que ele se ajuste ao tratamento, dentre outros múltiplos fatores. Há também uma importante relação entre a doença e a atividade desempenhada pelo segurado, já que a incapacidade deve levar em conta o contexto profissional do trabalhador. Da nada adianta que um trabalhador rural seja fisicamente capaz de ser Juiz de Direito.

Essas divergências são decisivas para a solução da causa. Contudo, para os efeitos deste trabalho, como a doença implica um debate pericial razoavelmente objetivo, é possível atribuir a essa controvérsia o qualificativo de baixa complexidade, que será, aqui, o primeiro patamar de estudo.

No segundo nível estão as controvérsias periciais de média complexidade. Nessa categoria estão questões de áreas do saber em que o leigo tem dificuldades para acessar os dados subjacentes, a metodologia e, em consequência, a qualidade das conclusões. São áreas do conhecimento em que as análises necessárias são metodologicamente de difícil aferição e compreensão, salvo por pessoas altamente especializadas. Além disso, é comum que as conclusões dependam de métodos tais como coleta de elementos amostrais, análises químicas ou biológicas, relativamente às quais os resultados são sensíveis, modelos matemáticos ou estatísticos etc. Há, portanto, a construção de um raciocínio técnico multinível, resultante de diversas análises científicas subjacentes, cada uma com influência na conclusão.

Como exemplo concreto, é possível mencionar os casos relativos a avaliações de imóveis com características únicas, para fins de desapropriação. Nesse caso, a avaliação pericial é altamente sensível aos elementos amostrais coletados (imóveis-paradigma) e à sua maior ou menor similaridade com o imóvel avaliando. Além disso, os métodos de se chegar à conclusão são variados, dependem de operações matemáticas razoavelmente complexas, e a sua maior ou menor aderência ao caso influencia sensivelmente nas conclusões[3]. Finalmente, os dados coletados precisam passar por tratamento, o qual também é sensível à metodologia utilizada[4]. Em alguns casos, a diferença entre utilizar um ou outro método atinge cifras de milhões de reais.

No terceiro nível encontram-se as perícias de alta complexidade. São aquelas realizadas em casos singulares, para as quais não há metodologia científica previamente estabelecida. Nesse cenário, é provável que haja desacordo técnico, que possa amparar duas ou mais opiniões divergentes. Essas manifestações, por sua vez, são embasadas em ensaios e coletas de dados também de natureza complexa, usualmente envolvendo terceiros – por exemplo, laboratórios acreditados para a realização da coleta das amostras –, o que faz com que a confiabilidade do resultado seja de difícil avaliação, até mesmo para um técnico. Esses são laudos que, da perspectiva do juiz, são inescrutáveis. É impossível que alguém que não tenha formação, não apenas naquela área do conhecimento (engenharia, biologia etc.), mas também na subárea específica da elaboração do laudo, seja capaz de, com mínimo grau de confiabilidade, aferir a solidez técnica do que foi feito.

Esse cenário já seria delicado se houvesse apenas um laudo no processo e a decisão judicial fosse amparada nele. Acontece que é comum que laudos complexos sejam necessários em causas envolvendo elevados valores e alto grau de litigiosidade. Assim, a experiência tem mostrado que tais processos tendem a motivar a produção de diversos laudos técnicos sobre o mesmo assunto, seja pela atuação de peritos judiciais, seja por intermédio dos assistentes técnicos das partes, ou ainda, por terceiros, motivados pela possibilidade de serem impactados indiretamente pela decisão ou até mesmo pelo interesse na controvérsia técnica, decorrente da notoriedade do caso.

Essa situação é exemplificada por diversas controvérsias técnicas dos três maiores litígios coletivos do Brasil: os desastres de Mariana, de responsabilidade da Samarco; de Brumadinho, decorrente da atuação da Vale, e de Maceió, derivado de conduta da Braskem. Os três casos derivam de desastres na atividade de mineração e, em todos eles, a controvérsia técnica relativa aos limites do dano e às medidas de reparação aplicáveis são os maiores entraves para o desenvolvimento do processo.

Por exemplo, o Juiz Federal do caso Mariana reconhece, em uma das suas decisões, que: "Compulsando os autos das ACP's Principais e, sobretudo, os Eixos Prioritários e os processos incidentais conexos, denota-se uma imensidade de temas e questões técnicas e científicas trazidas a Juízo que, quase sempre, reclamam a produção de prova pericial"[5]. Na sequência, observa que, por vezes, "a prova técnica pericial revelou-se de altíssima complexidade, muitas das vezes sem qualquer precedente nas lides cotidianas", o que exigiu a indicação, não de um perito, mas a de

3 Apenas a título de ilustração, o Manual de Perícias do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia de São Paulo (IBAPE-SP) admite cinco métodos distintos para a avaliação de bens imóveis, dependendo das circunstâncias do caso: método comparativo direto de dados de mercado, método evolutivo, método involutivo, método da capitalização da renda e método da quantificação do custo. Disponível em: https://www.ibape-sp.org.br/adm/upload/uploads/1626264408-1544211226-NORMA-PARA-AVALIACAO-DE-IMOVEIS-URBANOS-IBAPESP-2011.pdf. Acesso em: 7 dez. 2022.

4 Por exemplo, o IBAPE recomenda que "o resultado final seja ajustado através da aplicação do Fator de Ajuste ao Mercado, cuja definição fica inteiramente a cargo do próprio perito, podendo ser maior ou menor que a unidade, em função das diferentes condições do mercado em estudo, em relação às encontradas no momento de elaboração deste estudo.".

5 Autos 1024354-89.2019.4.01.3800, decisão de 22 de abril de 2022.

grandes empresas de consultoria técnica, com atuação inclusive no exterior. Apenas para que se tenha uma ideia da complexidade dos laudos elaborados nos autos, dois dos peritos do Juízo são a Aecom e a Kerney Global Management Consulting Firm. A Aecom se apresenta, em seu *site*, como uma empresa de "aproximadamente 51.000 funcionários e é a número 157 na lista Fortune 500 de 2019"[6]. Já a Kerney foi fundada em 1926, "[...] possui escritórios em mais de 90 países e é considerada uma das maiores empresas de consultoria do mundo". Sua receita no ano de 2019 foi de US$ 1,9 bilhão[7].

Também a título de exemplo, considere-se que uma das controvérsias periciadas pela Aecom, no caso Mariana, é a eventual contaminação do pescado do Rio Doce e do mar pelos rejeitos que foram despejados da barragem, para determinar se e em que medida ele é próprio para consumo humano. Isso envolve uma série de coletas de dados químicos e biológicos, em um conjunto de variáveis, tais como o volume de água do rio, que influi na concentração de sedimentos, a análise da qualidade da água e dos metais nelas encontrados, a avaliação de toda a cadeia alimentar do rio, dado que o peixe pode não conter contaminantes hoje, mas eles podem estar presentes nos alimentos que os cardumes venham a consumir com o tempo, dentre diversas outras questões.

A análise já seria difícil se a questão não fosse altamente litigiosa, mas ela é. De um lado, para as instituições que representam a população, como os Ministérios Públicos e Defensorias Públicas, assim como para os governos estaduais e Federal, o resguardo à saúde das comunidades é central. Para as empresas, o custo decorrente da conclusão de que o pescado não pode ser consumido é elevadíssimo, dado que isso impactaria em toda a cadeia produtiva e econômica de cidades inteiras.

É por isso que a avaliação da Aecom, conquanto seja uma das empresas mais especializadas do mundo e seja perita do Juízo, não bastou. Ela não é a única avaliação juntada aos autos, nem é incontroversa entre as partes. A Fundação Oswaldo Cruz, por exemplo, publicou estudo afirmando ter encontrado contaminações no pescado do Rio Doce[8]. Por outro lado, a Fundação Renova, entidade criada para realizar a reparação dos danos derivados do desastre, afirma que o Rio Doce é "o rio mais monitorado do Brasil"[9] e divulga em seu *site* resultados de monitoramento que apontam para a inexistência de contaminações derivadas do desastre[10]. Na opinião da empresa, assim como dos réus, os contaminantes do pescado do Rio Doce são os mesmos encontrados em toda a costa brasileira.

E, recorde-se, a questão do pescado não é a única controvérsia tecnicamente complexa do caso. Há muitas outras, como, por exemplo, o risco à saúde humana decorrente da exposição aos poluentes, a quantidade de lama que deve ser retirada do Rio Doce para permitir a sua recuperação ecológica etc.

Em situações desses moldes, é possível afirmar que a solução dos arts. 375 e 479 do CPC, segundo os quais o juiz avaliará a prova, de acordo com as regras de experiência comum e técnica, e indicará, na fundamentação, "os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito", beira o ridículo.

---

6 Disponível em: www.aecom.com. Acesso em: 10 dez. 2022.

7 Disponível em: www.kearney.com. Acesso em: 10 dez. 2022.

8 Disponível em: https://portal.fiocruz.br/noticia/estudo-aponta-contaminacao-por-metais-em-peixes-do-rio-doce. Acesso em: 10 dez. 2022.

9 "A bacia do Rio do Doce se torna a mais monitorada do país. São 22 estações automáticas e 92 pontos de coleta de dados ao longo de Minas Gerais e Espírito Santos". Disponível em: https://www.fundacaorenova.org/release/fundacao-renova-monitora-a-qualidade-da-agua-do-rio-doce-em-tempo-real-2/. Acesso em: 10 dez. 2022.

10 O painel de monitoramento está disponível em: https://monitprd.fundacaorenova.org. Acesso em: 10 dez. 2022.

É absolutamente impossível que um bacharel em Direito seja capaz de considerar criticamente os métodos utilizados nesse tipo de perícia, para aferir qual é o mais consistente, adotando-o, bem como explicando quais são os defeitos metodológicos dos laudos concorrentes, que os desqualificam.

Insistir nesse tipo de solução é desconhecer a realidade. Não há pó mágico na toga, capaz de fazer com que alguém compreenda discussões sobre uma área do conhecimento que não domina.

3. IMPARCIALIDADE, CONTRADITÓRIO E ÔNUS DA PROVA COMO NÃO RESPOSTAS AO PROBLEMA PROPOSTO

Há três possíveis respostas, nos escritos dos estudiosos de processo, que auxiliam no endereçamento do problema proposto, mas são incapazes de solucioná-lo completamente. A primeira resposta é atribuir peso maior à análise do perito, dada a sua imparcialidade. Essa solução, como facilmente se percebe, desvia o problema da compreensão do conteúdo da prova para a confiança que o juiz nutre em quem a elaborou. Em vez de entender, o juiz confia. Os assistentes técnicos das partes, por serem interessados no resultado do processo, são menos confiáveis e, portanto, suas conclusões devem ser vistas com reservas. Afinal, ninguém juntaria aos autos uma análise de qualquer assistente técnico que fosse contrária às suas próprias pretensões. A decisão judicial é, como regra, quanto ao fato periciado, apenas uma paráfrase do laudo.

Embora a imparcialidade do perito seja parte da resposta, ela não pode ser toda a resposta. Se assim fosse, a nomeação de assistentes técnicos seria inútil, assim como a previsão legal de segunda perícia. Esses institutos só existem porque há possibilidade de que, conquanto imparcial, o perito não seja capaz de fornecer a resposta certa para o caso.

Em segundo lugar, peritos, como quaisquer profissionais, estão sujeitos a vieses cognitivos[11] e a interesses que vão além do caso, que podem interferir na sua análise, ainda que inconscientemente. Não é incomum, por exemplo, que peritos atuem como indicados do Juízo, em alguns casos, e como assistentes das partes, em outros bastante similares.[12] Igualmente certo é que a maioria dos peritos tem atuação privada diversa da atividade pericial, de modo que estão sujeitos à demanda de mercado. Seus interesses econômicos podem ser positiva ou negativamente afetados pelo modo como se comportam como peritos. E tudo isso pode influenciar as suas conclusões.

Também, é preciso considerar a possibilidade de que o perito seja corrupto. Na chamada "Operação Hipócritas", o Ministério Público Federal descobriu um esquema no qual diversos peritos médicos recebiam valores para emitir laudos falsos em processos trabalhistas em andamento perante o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região[13]. Além da ação criminal, o TRT julgou procedentes ações rescisórias ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), determinando

11 Ver, sobre o tema, por exemplo, TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Availability: A heuristic for judging frequency and probability. In: *Cognitive Psychology*, n. 5, v. 2, 1973, p. 207-232; CARROLL, J. S. The Effect of Imagining an Event on Expectations for the Event: An Interpretation in Terms of the Availability Heuristic. In: *Journal of Experimental Social Psychology*, v. 14, n. 1, 1978, p. 88-96; TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Extensional versus intuitive reasoning: The conjunction fallacy in probability judgment. In: *Psychological Review*, v. 90, n. 4, 1983, p. 293-315; NISBET, Richard E.; ROSS, Lee. *Human inference: strategies and shortcomings of social judgment*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1980; POUNDSTONE, William. *Priceless: the myth of fair value*. New York: Hill and Wang, 2010. De modo geral, ver: ALTMAN, Morris (org.). *Real-World Decision Making: An Encyclopedia of Behavioral Economics*. Santa Barbara: Greenwood, 2015; KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul (org.). *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982; POHL, Rüdiger F. *Cognitive Illusions: A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking, Judgement and Memory*. Hove: Psychology Press, 2004.

12 Apenas para citar um exemplo, a AECOM é perita do Juízo no caso de Mariana e assistente técnica do Ministério Público no caso de Brumadinho.

13 Disponível em: https://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/operacao-hipocritas-24-pessoas-sao-res--por-fraudes-em-pericias-trabalhistas. Acesso em: 19 jan. 2023.

a nulidade de decisões judiciais proferidas com base em laudos falsos, emitidos pelos peritos investigados na operação[14], decisões que foram mantidas pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST)[15]. Porém, é impossível saber o universo total de ações indevidamente julgadas improcedentes em razão dessas perícias. Como se nota, peritos não são imunes a desonestidade[16], apenas porque são nomeados pelo juiz.

Além disso, imparcialidade não se confunde com capacidade técnica. O perito pode ser imparcial e, mesmo assim, ser mau perito, ou seja, equivocar-se na análise. A imparcialidade não assegura que o seu trabalho é tecnicamente melhor que o do assistente técnico, assim como a parcialidade deste não é garantia de equívoco, no mérito. Se a questão for passível de solução binária, um dos assistentes técnicos concordará com o perito e outro discordará, necessariamente. Confundir imparcialidade com razão técnica implica afirmar que o assistente técnico que reafirma as conclusões do perito também seria mais confiável e tecnicamente mais qualificado que aquele que as refuta, o que é falso.

Por último, é preciso lembrar que a escolha de um perito "da confiança" do juiz significa, hoje, algo muito diverso do que já significou no passado: um perito cujo trabalho é pessoalmente conhecido e afiançado pelo juiz. Na atualidade, em varas altamente sobrecarregadas de processos, o juiz usualmente não conhece os peritos; ainda que os conhecesse, é improvável que fosse capaz de avaliar a sua confiabilidade, para além de uma percepção subjetiva e enviesada de simpatia – medidas de confiança, aliás, estão entre as mais reconhecidas como enviesadas[17]. Além disso, o próprio Código de Processo Civil prevê que as perícias devem ser distribuídas entre os *experts* credenciados perante o Juízo de modo imparcial e objetivo, nos termos dos arts. 156, § 1º, e 157, § 2º. O Código está mais preocupado com a distribuição equitativa das perícias, do que com a confiança subjetiva do juiz no *expert*. Confiança, nesse contexto normativo, identifica-se com ausência de razões para desconfiança.

Em resumo, há razões para crer que a imparcialidade do perito contribua para a qualidade do resultado do seu trabalho, bem como para acreditar que, como regra geral, o juiz deve ser mais deferente às conclusões técnicas do perito do que às dos assistentes técnicos. Mas não se pode extrapolar essa consideração para subordinar a decisão ao resultado da perícia, nem para acreditar que, apenas porque é escolhido pelo juiz, as conclusões do perito são corretas ou mesmo tecnicamente melhores que as dos assistentes técnicos, em todos os casos.

Em segundo lugar, cogita-se a possibilidade de avaliação da perícia pelo juiz a partir do contraditório, ou seja, do controle intersubjetivo e argumentativo do laudo pericial, em conjunto com as partes. A pedra de toque aqui seria a possibilidade de que o laudo pericial seja escrito de forma clara e lógica, ao ponto de ser não apenas compreensível, mas também criticável pelos demais sujeitos do processo, inclusive o juiz. Conquanto ele não entenda da área técnica objeto da perícia, seria capaz de entender o encadeamento lógico do argumento. Esse fundamento costuma ser complementado com a valorização, um tanto quanto abstrata, da participação do juiz e das

14 Disponível em: https://www.prt15.mpt.mp.br/procuradorias/2-uncategorised/953-operacao-hipocritas-trt-15-anula--decisoes-embasadas-em-laudos-falsos. Acesso em: 19 jan. 2023.

15 Disponível em: https://www.prt15.mpt.mp.br/2-uncategorised/1527-operacao-hipocritas-tst-mantem-anulacoes-de--decisoes-baseadas-em-laudos-falsos. Acesso em: 19 jan. 2023.

16 O estudo da desonestidade foi elaborado em diversas pesquisas de Dan Arielly, que estão sintetizadas em ARIELLY, Dan. *Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions*. New York: Harper Perennial, 2010.

17 Cf. OSWALD, Steve; HART, Christopher. Trust based on bias: Cognitive constraints on source-related fallacies. In: LANCASTER UNIVERSITY (*site*). 2013. Disponível em: https://scholar.uwindsor.ca/ossaarchive/OSSA10/papersandcommentaries/125/. Acesso em: 30 jan. 2023.

partes, não apenas na apreciação do resultado da perícia, mas também ao longo de sua produção, coparticipando das análises, das escolhas metodológicas etc[18].

Mais uma vez, o contraditório é, certamente, parte da resposta. Ao ser eleito como método de trabalho do processo contemporâneo, o contraditório representa a crença na premissa de que, como regra, o diálogo entre o juiz e os interessados na decisão contribui para a elevação da qualidade desta[19]. E é provável que as partes, devidamente munidas com os subsídios dos seus assistentes técnicos, sejam capazes de contribuir para a melhoria qualitativa da prova pericial.

Todavia, é improvável que o contraditório seja a solução para todos os níveis de complexidade levantados acima, por duas razões razoavelmente simples. Em primeiro lugar, dependendo da questão técnica, o debate entre os peritos do Juízo e das partes pode ser inacessível para o juiz. Ainda que eles sejam capazes de dialogar sobre todos os elementos técnicos da análise, isso não quer dizer que chegarão a um acordo sobre suas divergências, nem de que o contraditório será suficiente para torná-las mais claras para o juiz. Por exemplo, ainda que os técnicos possam discutir sobre os métodos de aferição da contaminação por arsênico no solo, ou o seu período de latência passível de implicar contaminação humana, nada garante que as suas discordâncias sejam sanáveis, nem que o juiz será, em algum ponto, capaz de entendê-las.

Disso deriva o segundo problema: como a decisão é do juiz e não há hierarquia entre os peritos do Juízo e das partes, nem do ponto de vista técnico, nem do ponto de vista processual, pouco importa o quão rico seja o debate entre os peritos, pois a decisão sobre os seus impasses não será tomada por eles, mas pelo juiz. Logo, se o contraditório não servir para fazer com que os técnicos cheguem a um acordo, pouco servirá para incrementar a capacidade de o juiz desempatar as suas divergências, quando a questão técnica for de difícil aferição.

Em grande medida, o contraditório é invocado para solucionar esse problema como uma espécie de categoria-zumbi, denominação cunhada por Ulrich Beck[20]. E, da mesma forma que o autor recomenda para a Sociologia, o Direito Processual também precisa realizar um exame autocrítico, para se perguntar até que ponto suas categorias fundamentais baseiam-se em pressupostos historicamente obsoletos. A crença de que o contraditório pode esclarecer qualquer divergência sobre os fatos é produto da aderência acrítica a um racionalismo extremado. No mundo da técnica, haverá situações em que, quem não faz parte da comunidade capaz de operar com os conceitos, simplesmente não consegue participar do diálogo.

A complexidade das discussões científicas atuais não é mais a do século XIX e, não raro, elas envolvem questões técnicas impenetráveis para o leigo, conforme já exemplificado. E pouco importa o momento em que esse leigo ingresse na discussão. Em outras palavras, o problema aqui não é

---

18 Cf. VASQUEZ, Carmen. *Prova pericial: da prova científica à prova pericial*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 454: "A produção da prova pericial, quando se trata de um perito da confiança do juiz, deve, pois, ser controlada pelas partes, garantindo-se a essas o princípio do contraditório *a priori* na seleção do *expert* que a levará a cabo, na formação da prova propriamente dita e, desde logo – tratando-se de uma prova já formada representada (*sic)* no laudo pericial –, em um sistema em que as partes tenham o poder de interrogar e contra interrogar (mas em que o juiz também tenha o poder de formular as perguntas necessárias – Taruffo, 2009: 184)".

19 Para uma discussão sobre as contribuições e os limites do contraditório no processo, ver VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*: dos direitos aos litígios coletivos. 3. ed. São Paulo: RT, 2022, cap. 3.

20 Cf. BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo*: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. São Paulo: Editora Unesp, 2002, p. 14: "Categorias zumbi são categorias mortas-vivas, que nos assombram a mente e determinam a nossa visão de realidades as quais desaparecem cada vez mais. Por mais refinado que sejam, o empirismo adquirido a partir de categorias zumbi não passa de um empirismo cego. Pois as categorias zumbi provêm do horizonte experimental do século XIX, da – como eu digo – primeira modernidade e, como orientam essa experiência analítico-aprioristicamente, cegam-nos para a experiência e dinâmica da segunda modernidade".

que o leigo será incapaz de avaliar o laudo final, mas poderia compreender o problema se participasse também da escolha dos métodos, acompanhasse a colheita dos insumos, se envolvesse nos exames laboratoriais etc. Ainda que isso fosse factível – e, na realidade judicial brasileira, não é –, a dificuldade permanece rigorosamente do mesmo tamanho: quem não é capaz de entender e avaliar criticamente as conclusões, provavelmente será ainda mais incapaz de acompanhar as etapas preliminares da sua formação.

Isso não quer dizer, reitere-se, que a participação das partes e do juiz durante toda a perícia seja inútil. Pelo contrário, ela é recomendável e pode ajudar a minorar as dificuldades de compreensão técnica, em alguns casos. Mas não em todos. Se o problema é de falta de condições técnicas para acompanhar o debate, a solução não pode ser reduzida apenas a produzir mais debate. Mais contraditório não é a resposta para as situações em que o nó górdio está na compreensão do conteúdo sobre o qual se contradiz.

A terceira possível solução seria a utilização de regras de ônus da prova ou de *standard* probatório. Se a perícia incidir sobre fato constitutivo do direito e o juiz não estiver suficientemente convencido de seus resultados, julgará contra o autor. Se a dúvida estiver em fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito, perderá o réu. Se alguma das partes tiver dificuldades probatórias, o ônus será dinamizado em seu favor. Se estiver em jogo algum direito material especialmente protegido, como o meio ambiente, o direito à saúde ou a proteção do consumidor, o ônus da dúvida será alocado para a parte poluidora ou causadora do dano. E, quem tiver o ônus e dele não se desincumbir, será derrotado.

Há, nesse raciocínio, dois equívocos. Primeiro, ele não responde à pergunta formulada, que é como o juiz pode avaliar o conteúdo técnico da perícia. O ônus da prova orienta o que fazer quando o juiz não está convencido, a ponto de proferir julgamento com convicção de certeza. É, portanto, outro questionamento, relevante, seguramente, mas diverso. Ele entra em jogo depois que todas as provas já foram avaliadas e, ainda assim, a conclusão delas derivada é incerta.

Parece incorreto supor que a regra de ônus da prova deveria ser aplicada sempre que o juiz não compreender ou estiver tecnicamente inseguro do resultado da perícia. Isso alargaria impropriamente o universo da inesclarecibilidade, fazendo com que praticamente todos os casos difíceis, sobre os quais possa haver prova pericial complexa, acabem resolvidos por regras de ônus da prova. O resultado seria ainda pior que uma deferência total ao resultado da perícia, dado que implicaria deferência à ignorância. Em vez de se julgar por ônus da prova em razão da ausência de prova, adota-se essa solução por não se compreender a prova produzida. Em vez de compreender-se a ciência, abdica-se dela. Se a incompreensão do teor ou da confiabilidade da prova científica for motivo para decidir por aplicação de regra de ônus da prova, o processo estará de volta à idade das trevas.

O segundo problema tem a ver com a medida de dúvida que seria o gatilho para a aplicação do julgamento com as regras de ônus da prova. Se o juiz não compreende o debate técnico, como ele poderá avaliar, por exemplo, se os questionamentos apontados pelos assistentes técnicos são suficientemente relevantes ou não para desacreditar o perito? Como saberá se o seu grau de convencimento é ou não suficiente para satisfazer o *standard* que for aplicável ao caso? Como saberá se a sua dúvida é ou não relevante, do ponto de vista científico? É provável que o juiz acabe deixando-se levar pela qualidade retórica da redação do laudo, que pode não refletir a sua qualidade metodológica, ou pela sua impressão subjetiva, aquilo que os americanos denominam *gut feeling*. O problema de compreensão de um assunto tecnicamente hermético não pode ser resolvido sem que dele se entenda. Se não há compreensão do conteúdo, não há compreensão da relevância ou irrelevância científica das dúvidas levantadas.

Cumpre acrescentar que a aplicação de regras de ônus da prova pode parecer confortável, da perspectiva do processo, mas nem sempre o é, do ponto de vista do direito material. A proibição

de uma atividade minerária, por exemplo, pode ter severas consequências sociais e econômicas sobre a população local. O prefeito do município de Mariana, em entrevista concedida apenas dez dias após o desastre, defendia a retomada das atividades da Samarco porque elas representam "mais de 80% da receita do município"[21]. Logo, uma decisão que impeça a mineração, em uma situação na qual não há incerteza cientificamente fundada, quanto à necessidade dessa medida, apenas insegurança cognitiva do magistrado, pela pouca compreensão da controvérsia, tem potencial para acarretar importantes efeitos colaterais, nesse exemplo, não apenas sobre o poluidor, mas também sobre a comunidade.

Como se percebe, ainda que o contraditório, as regras de ônus da prova e de *standard* probatório, e a imparcialidade do perito judicial sejam peças importantes para a solução de questões processuais de natureza técnico-científica, elas não são suficientes para responder inteiramente à pergunta aqui posta, pelo menos não em todos os casos.

O que se pretende propor a seguir é um escalonamento de providências, de acordo com a complexidade da questão técnica. Não é possível, sob pena de se inviabilizar o direito à duração razoável do processo e à proporcional administração da demanda jurisdicional, adotar todas as cautelas possíveis, em todos os casos. Mas é possível, avaliando cuidadosamente o tipo de prova pericial produzida em cada caso, propor medidas que incrementem a capacidade do juiz de tomar uma boa decisão, mesmo quando uma questão científica estiver no cerne do conflito.

4. SOLUÇÕES PARA A PROVA PERICIAL DE BAIXA COMPLEXIDADE

No nível inicial de complexidade, a prova pericial analisa questões que, em alguma medida, são passíveis de diálogo com o leigo. O fato de uma pessoa ser capaz ou incapaz para o trabalho, talvez o tema pericial mais comum de todo o Judiciário brasileiro, é algo que admite redução a um diálogo minimamente compreensível a quem não é médico. Nessa situação, a solução para a prova pericial passa por ferramentas razoavelmente conhecidas e analisadas pelos teóricos, bem como pela boa utilização das previsões do CPC.

A primeira medida é a qualificação do banco de peritos. É frequente que o cadastro se organize apenas sob o ponto de vista geral de formação (Medicina, Biologia, Engenharia), mas não na perspectiva da subespecialidade relevante. Claro que questões técnicas corriqueiras em uma área do conhecimento provavelmente poderão ser resolvidas por qualquer profissional qualificado. Mas há situações que demandarão esclarecimentos mais peculiares a uma especialidade. Por exemplo, a jurisprudência compreende que a perícia de incapacidade laborativa não precisa ser feita por médico especialista na moléstia da qual o paciente é portador. Por outro lado, doenças psiquiátricas, por terem sintomas menos visíveis, costumam ser tratadas com maior cautela.

Adicionalmente, é preciso recordar que o caráter moralizante e igualitário do banco de peritos, conquanto importante, é um objetivo secundário, que não pode ser colocado acima do principal. Independentemente de quaisquer outras considerações, o mais importante, do ponto de vista da parte e do processo, é que a perícia seja feita por um profissional qualificado e confiável. Se essas duas características forem compartilhadas por diversas pessoas na mesma localidade, é apropriado, conforme define o CPC, que as perícias sejam divididas entre elas. No entanto, se alguém for mais qualificado, mais imparcial ou mais confiável do que outro, ele deve ser o preferido, ainda que tais qualificações sejam difíceis de expressar de forma objetiva. Por muito relevantes que sejam as regras do Código, esse parece ser um assunto em que será preciso confiar na diligente atuação do juiz, mais do que em regras objetivas de divisão de trabalho (e de honorários) entre os peritos. Dito

21 Disponível em: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/11/15/prejuizo-com-desastre-e-o-quadruplo-do-que-mariana-mg-recebe-por-minerio.htm. Acesso em: 19 jan. 2023.

de outro modo, se o preço a pagar por uma perícia confiável é que o juiz favoreça mais um perito do que outro, o sistema processual deveria estar disposto a assumir esse risco.

Além disso, é interessante que o Poder Judiciário mantenha um registro das perícias realizadas, à semelhança do antigo "Livro de Sentenças", que armazenava todas as sentenças proferidas por um juiz. Esse registro permite verificar, em caso de nomeações recorrentes, se há indícios de parcialidade, de vieses cognitivos ou, eventualmente, de fraude no trabalho dos peritos. Por exemplo, se uma localidade nomeia dez peritos médicos diferentes para avaliação das ações de incapacidade laborativa, a existência de significativo desvio percentual de concessão ou de negativa, por parte de um deles, deveria ser motivo de verificação. Se a média de concessões é de 30% dos casos e há peritos julgando os autores incapazes em 70% das causas que analisam, essa distorção precisa ser objeto de indagação.

Ainda no contexto dessa medida, embora o CPC sugira que o cadastro de peritos está vinculado a uma localidade (art. 156, § 5º), é preciso recordar que boa parte das perícias pode ser feita virtualmente, por intermédio de teleconsultas (a Lei nº 14.510/2022 autoriza e disciplina a prática da telessaúde em todo o território nacional), reuniões virtuais, compartilhamento eletrônico de documentos e outros recursos similares. Com essa flexibilidade, o cadastro poderá fornecer peritos mais tecnicamente qualificados do que aqueles disponíveis na localidade.

A segunda linha de providências tem a ver com a educação do próprio juiz e de sua equipe de assessoria. As escolas de magistratura preocupam-se, quase exclusivamente, com a formação de magistrados e servidores em Direito. Analisando o *site* das Escolas da Magistratura Federal da 1ª a 5ª regiões[22], percebe-se que são raros os cursos em áreas diversas da ciência jurídica, mas relevantes para o julgamento das causas[23]. É preciso considerar que juízes e servidores, no Brasil, são selecionados a partir de concursos públicos muito concorridos, de modo que, provavelmente, estão entre as pessoas mais conhecedoras do Direito no país. Mais importante do que treiná-los em precedentes, alterações legislativas ou Teorias do Direito é treiná-los em matérias que serão relevantes para o julgamento, mas que são externas ao conhecimento jurídico. Por exemplo, noções de Medicina aplicada à perícia, estatística, recuperação ambiental, riscos ocupacionais, orçamento e finanças públicas, Contabilidade e Economia são algumas áreas que poderiam ser enfatizadas. Curiosamente, mesmo quando os cursos são sobre prova, eles tendem a ser ministrados por juristas e enfocar o aspecto jurídico da prova, não o mérito daquilo que é provado[24].

Note-se que o art. 375 do novo CPC, que apenas transcreveu a redação do art. 335 do CPC de 1973, permanece preso a uma visão ultrapassada de conhecimento comum, anterior, por exemplo, aos estudos sobre vieses cognitivos, já mencionados. Não existe uma experiência técnica, comum a todos os leigos, que possa ser aplicada pelo juiz na avaliação da prova pericial. Cada juiz terá a sua experiência, maior ou menor, mais ou menos representativa do universo relevante, com as áreas do conhecimento objeto de perícias. Afirmar que essa análise pode ser feita, "na medida

22 A Escola da Magistratura Federal (ESMAF) da 6ª Região ainda estava em fase de implementação na data em que este texto foi finalizado.

23 É certo que vários *sites* não informam todos os cursos pretéritos, o que dificulta a pesquisa. Há, no entanto, algumas interessantes exceções. A ESMAF da 2ª Região promoveu o curso «Políticas de Saúde e Gestão do Sistema Único de Saúde». Há cursos sobre gerenciamento do tempo, bem-estar etc., que podem ser relevantes para a vida funcional das pessoas, mas não para o julgamento das causas.

24 Por exemplo, o curso "Provas: aspectos teóricos e práticos", promovido pela ESMAF da 3ª Região em 2022, teve como capacitadores diversos dos maiores professores de Direito do país na matéria, mas, ao que se consegue perceber do *site*, nenhum conteúdo relacionado à análise do mérito dos fatos que comumente precisam ser provados na Justiça Federal. Ver https://www.trf3.jus.br/emag/cursos-2022/provas-aspectos-teoricos-e-praticos. Acesso em 23 jan. 2022.

em que expressam conhecimento compartilhado por qualquer homem médio"[25], é confiar em um paradigma epistemológico ultrapassado e que, dificilmente, será transponível para os casos reais. Assim como não existe homem médio, não existe conhecimento comum, compartilhado por todos, que seja relevante para resolver um caso. Fora de exemplos acadêmicos caricaturais, experiências e percepções de experiências são variadas entre as pessoas, em um mundo plural e com amplo acesso a fontes mais ou menos confiáveis de informação.

Se essa crítica é verdadeira, de modo geral, será ainda mais verdadeira quando se trata de conhecimento técnico. Mais do que confiar em algum tipo de conhecimento técnico geral, passível de ser acessado por qualquer pessoa, de forma imparcial e objetiva, é importante investir na educação de magistrados e servidores, não para transformarem-se em peritos, mas sim para capacitá-los a avaliar criticamente a prova produzida. Isso permitirá avaliar a suficiência dos quesitos, a adequação da metodologia e a fundamentação das conclusões.

Há um exemplo simples, mas realista, que pode ilustrar a necessidade de se orientar juízes quanto a achados científicos: suponha-se que o juiz precisa julgar um médico por uma conduta indevida que ocorre em 0,5% dos casos (isto é, um em duzentos) e é detectada por um teste que tem 99% de precisão, isto é, produz apenas 1% de falsos positivos e 1% de falsos negativos. No caso em julgamento, a circunstância indicativa da conduta imprópria foi detectada pelo teste. Isso quer dizer que o *standard* probatório está satisfeito e, portanto, o médico deveria ser civilmente condenado?

A maior parte dos leigos e, possivelmente, dos juízes, diria que sim, mas a resposta é não. E isso deriva do fato de que, na maior parte dos casos da população relevante (99,5%), a conduta indevida não está presente. Assim, mesmo que o teste tenha 99% de precisão, o número de falsos positivos superará o de positivos verdadeiros. Se o teste for aplicado a 1.000 casos de possíveis ilícitos, espera-se que em 995 o médico tenha agido corretamente e que haja ilícito em apenas 5. Ocorre que, pela margem de erro do teste (1%), nesses mil casos haverá 10 falsos positivos e apenas 5 serão positivos verdadeiros[26]. Logo, a probabilidade de um falso positivo é de 66% e a de um positivo verdadeiro é de apenas 33%. De forma contraintuitiva, portanto, esse teste é insuficiente para condenar o médico.

Esse tipo de situação, denominada de probabilidade condicional, além de outras questões relacionadas a estatísticas, frequentemente ignoradas pelos leigos, exemplifica como a ideia de conhecimento comum ou de regras de experiência, esposadas pelo CPC, podem levar a decisões concretamente equivocadas e merecem ser abandonadas[27]. Não se trata de transformar o juiz em uma espécie de rábula da Engenharia ou da Medicina, mas de permitir que participe de maneira mais orientada do diálogo pericial. Como eloquentemente afirma David Faigman, "no século XXI – e quanto antes, melhor – os juízes não têm escolha senão tornarem-se cientistas amadores"[28].

Os juízes também devem ser educados quanto aos seus próprios vieses cognitivos que podem

25 GAJARDONI, Fernando et. al. *Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 2021, p. 590.

26 Embora isso não seja relevante para o argumento do texto, é interessante observar que não haverá nenhum teste falso negativo. Isso porque, embora a margem de erro seja de 1% também para falsos negativos, há apenas 5 casos positivos na população, que poderiam gerar falsos negativos. Todos os demais já são negativos. Como 1% de 5 é 0,05, não haverá nenhum teste falso negativo em mil casos. Com os parâmetros do exemplo, seriam necessários pelo menos 20.000 testes para haver um falso negativo, dado que, em uma população de 20.000 testes seriam esperados 100 casos positivos verdadeiros e, com a margem de erro de 1%, 1 caso de falso negativo.

27 Sobre o assunto, ver VITORELLI, Edilson. Raciocínios probabilísticos implícitos e o papel das estatísticas na análise probatória. In: *Revista de Processo*, v. 297, p. 369-396, 2019; VITORELLI, Edilson. Decisão judicial por métodos estatísticos: novos horizontes para as causas repetitivas. In: *Revista de Processo*, v. 298, p. 387-414, 2019.

28 FAIGMAN, David. Judges as "amateur scientists". In: *Boston University Law Review*, v. 86, p. 1207 e ss., 2006.

incidir na análise do laudo. Essa associação entre Direito e Psicologia vem crescendo ao longo dos últimos anos e têm mostrado resultados interessantes. Questões como o viés de confirmação, de ancoragem, e a dissonância cognitiva podem fazer com que o juiz atribua peso indevido a uma análise, sobretudo se ela confirmar as suas preconcepções[29].

5. SOLUÇÕES PARA A PROVA PERICIAL DE MÉDIA COMPLEXIDADE

Todos os elementos que foram expostos para a prova de baixa complexidade são também úteis nos casos de média complexidade. Dessa forma, as indicações contidas neste tópico são cumulativas com as anteriores. Quando a dificuldade da prova se eleva, é provável que aumentem também o tempo e o custo da sua produção, bem como as controvérsias, tanto relativas à metodologia quanto à análise.

Por exemplo, por volta do ano de 2010, a União promoveu a desapropriação de centenas de propriedades para a ampliação do aeroporto de Viracopos, em Campinas/SP. Embora, em tese, esse pareça um caso corriqueiro, na prática, não é, por diversas razões. Primeiro, porque havia uma mistura bastante heterogênea de imóveis envolvidos. Havia desde áreas de ocupação irregular de baixíssima renda, até chácaras rurais de alto luxo. Havia terrenos urbanos, de expansão urbana e rural. Usos residenciais, comerciais e industriais.

Conforme mencionado inicialmente, definir quanto vale um imóvel já é uma tarefa imprecisa. Mais ainda quando estão envolvidas as peculiaridades de uma desapropriação e, ainda pior, com essa multiplicidade de características. Além do mais, nos casos em que não há acordo e a questão da indenização é judicializada, é necessária a avaliação do valor do imóvel vários anos depois do fato, sendo que, nesse momento, a realidade imobiliária já foi alterada, não apenas pela passagem do tempo, mas também pela própria ocorrência da desapropriação. Se já é difícil saber quanto vale um imóvel hoje, mais difícil ainda é definir quanto ele valia em 2011.

Casos como esse exigirão providências mais específicas, para que possam ser tratados de modo apropriado. Primeiro, é preciso cogitar a formação de uma comissão ou equipe pericial, em vez da nomeação de um único perito. No caso de Viracopos, como havia dezenas de processos a serem periciados, um grupo de dezesseis peritos foi nomeado, em comissão, para definir critérios comuns de avaliação, os quais foram documentados em um meta-laudo. Posteriormente, os integrantes dessa comissão foram designados para avaliar os casos específicos, de acordo com os critérios já firmados em consenso entre eles.

Mesmo quando o caso não tem essa peculiaridade, a nomeação de uma comissão de peritos pode ser positiva. Se pelo menos dois profissionais, escolhidos de forma independente, tiverem que se debruçar sobre o mesmo processo, é razoável supor que eles poderão contrabalançar os seus vieses, propor metodologias mais inovadoras, e que será mais difícil cooptá-los. Além disso, sua *expertise* poderá somar-se na resolução do problema e fornecer resultados mais consistentes. No caso de Viracopos, dois ou três peritos foram nomeados para a maioria dos processos.

O segundo ponto pertinente é a adequada preparação da prova pericial, o que pode ser feito em uma audiência de saneamento compartilhado (art. 357, § 3º, CPC). Nela, o juiz pode inda-

29 Para uma análise da questão dos vieses cognitivos aplicados à decisão judicial, ver VITORELLI, Edilson; ALMEIDA, João Henrique de. Imparcialidade judicial e psicologia comportamental: há fundamento científico para um juiz de garantias? In: *Revista de Processo*, v. 316, p. 29-62, 2021. Nos Estados Unidos, entre muitos trabalhos, destacam-se WISTRICH, Andrew J.; RACHLINSKI, Jeffrey J.; GUTHRIE, Chris. Heart Versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings? In: *Texas Law Review,* v. 93, p. 855 e ss., 2015; WISTRICH, Andrew J.; RACHLINSKI, Jeffrey J.; GUTHRIE, Chris. Can Judges Make Reliable Numeric Judgments? Distorted Damages and Skewed Sentences. In: *Indiana Law Journal*, v. 90, p. 695 e ss., 2015; WISTRICH, Andrew J.; RACHLINSKI, Jeffrey J.; GUTHRIE, Chris. Altering Attention in Adjudication. In: *UCLA Law Review*, v. 60, p. 1586 e ss., 2013.

gar aos peritos acerca da metodologia que pretendem empregar e, às partes e seus assistentes técnicos, se têm alguma divergência sobre ela, ou ponto de preocupação a ser considerado. É possível que as partes formulem quesitos conjuntos e sanem, desde já, desacordos sobre eles. Isso evita o que comumente ocorre, que é a apresentação de uma lista longa, repetitiva e desnecessária de quesitos. Pode haver acordos não apenas quanto ao calendário de produção da prova, mas também quanto a sua metodologia. É especialmente importante que o juiz indague e registre quais são os consensos científicos por eles aceitos para a produção da prova. Se houver divergências relevantes nesse ponto, é possível pautá-las para decisão antes que a perícia seja iniciada e, com isso, evitar dispêndio desnecessário de tempo e dinheiro com a repetição total ou parcial do ato, que se torna mais provável quando o questionamento da metodologia só é feito depois que o laudo está pronto.

O segundo passo é o acompanhamento mais próximo da produção da prova pericial pelas partes e pelo juiz. É relevante considerar a possibilidade de apresentação de relatórios parciais e de realização de audiências para debater e, se for o caso, decidir questões controvertidas que tenham surgido ao longo do procedimento, mas antes da sua conclusão. Quanto menos as controvérsias se avolumarem para o momento da entrega do laudo, mais facilmente as partes poderão influir eficazmente no convencimento do perito, e mais impedidas ficarão de reter argumentos "de algibeira", para serem apresentados apenas ao final.

Mais ainda, do ponto de vista comportamental, depois que a prova é finalizada, há uma tendência de que a parte por ela desfavorecida queira criticar todos os seus aspectos e, ao mesmo tempo, o perito, que não quer ser desacreditado, e a parte beneficiada pelas suas conclusões, a defendam incondicionalmente. Se a metodologia for debatida antes dos resultados, é possível minorar esse efeito *endowment* e, com isso, incrementar a qualidade do trabalho, viabilizando um debate mais franco e construtivo.

O passo subsequente refere-se ao momento da apresentação do trabalho. Pode-se afirmar que o pior dos comportamentos possíveis, nessa fase, é o que recorrentemente se adota no cotidiano forense: o perito apresenta o laudo por escrito e os assistentes técnicos juntam laudos paralelos, reforçando ou refutando suas conclusões, nem sempre com base nas mesmas premissas, e sempre formulando novos questionamentos. O perito, então, junta novo laudo, com mais considerações. Todo esse material se avoluma nos autos, dificulta a leitura e a compreensão de qual é, efetivamente, a divergência entre os técnicos e, pior ainda, permite que quem não tem razão complique o desenvolvimento do processo com questionamentos repetitivos ou impertinentes, que não dialogam, concretamente, com o laudo pericial.

A melhor solução, nessas situações, é investir na oralidade. O juiz deveria designar uma audiência para permitir, ponto por ponto, a discussão das divergências entre os *experts*. Esse procedimento é conhecido no exterior e recebe o curioso nome de *hot-tubbing*[30]. O Expert Institute, entidade que fornece serviços periciais, relata que essa prática surgiu na Austrália e consiste nos peritos se reunirem com o juiz e discutirem a questão, para buscarem a construção de um caminho técnico que esclareça suas convergências e divergências[31]. Analogicamente, é um procedimento que lembra o da acareação, prevista no art. 461 do CPC, apenas para partes e testemunhas, mas que, por força da regra da ampla liberdade probatória (art. 369), bem poderia ser aplicável aos peritos e assistentes técnicos.

Essa analogia com a acareação, no entanto, não deve ser levada muito longe. Para que o método funcione, é importante que a discussão transcorra de forma menos formal e coreografada, como

30 EDMOND, Gary. Merton and the Hot Tub: Scientific Conventions and Expert Evidence in Australian Civil Procedure. In: *Law and Contemporary Problems*, v. 72, p. 159 e ss., 2009.

31 Disponível em: https://www.expertinstitute.com/resources/insights/hot-tubbing-expert-witnesses-an-experimental-technique-from-australia-makes-a-splash-in-u-s-courts/. Acesso em: 23 jan. 2023.

usualmente ocorre com as audiências judiciais, no Brasil. A proposta da técnica é que os *experts* possam debater, diretamente entre si, os méritos e deméritos de seus pareceres, os quais devem ser submetidos por escrito, anteriormente, para que sejam analisados[32]. Assim, não se cria uma dinâmica em que o perito é apenas alvo de censuras dos assistentes técnicos, que têm ampla liberdade para fazer críticas genéricas e pouco fundadas, transferindo ao perito o ônus de produzir longas justificativas. No *hot-tubbing*, os assistentes técnicos também devem apresentar os seus posicionamentos técnicos, para que sejam criticados pelo perito[33].

Há, portanto, uma discussão técnica, não uma inquirição[34]. Os advogados e o juiz, pela sua condição de leigos na matéria em discussão, ocupam um papel secundário nesse ato processual. Eles podem intervir e, eventualmente, apresentar dúvidas, sobretudo para facilitar a compreensão do debate, da perspectiva do leigo. Porém, a discussão em si é conduzida pelos técnicos[35].

De forma similar, o art. 19.6 das *Criminal Procedure Rules* do Reino Unido determina, como requisito para a apresentação de prova técnica durante um julgamento, a realização de uma *pre--hearing discussion of expert evidence*. Ela consiste em uma reunião entre os *experts* para discutir as questões implicadas, com o propósito de elaborar um documento conjunto, que reflita os seus pontos de concordância e de divergência, de forma fundamentada[36]. O registro objetivo, não apenas das divergências, mas, especialmente, dos consensos, dá foco ao debate, delimitando as questões

---

32 KAO, Frances P. et. al. Into the Hot Tub... A Practical Guide to Alternative Expert Witness Procedures in International Arbitration. In: *International Lawyer,* v. 44, n. 3, p. 1035 e ss., 2010.

33 Cumpre recordar que nos países de common law, é mais usual que não haja perito do Juízo, mas sim um perito indicado por cada parte. Para um histórico da prova pericial nesses países, ver HUYGHE SR., Steve; CHAN, Adrian. The Evolution of Expert Witness Law under UK and US Jurisdictions. In: *Construction Law International*, v. 8, n. 4, p. 14 e ss., 2013. Sobre a aplicação do *hot-tubbing* no processo americano, ver WELCH, Scott. From Witness Box to the Hot Tub: How the Hot Tub Approach to Expert Witnesses Might Relax an American Finder of Fact. In: *Journal of International Commercial Law and Technology*, v. 5, n. 3, p. 154 e ss., 2010.

34 Explica o Expert Institute: "Hot-tubbing is characterized as a discussion among experts. Typically, the expert witness presents an opening statement and then engages in conversation with the judge and the other party's expert. Prior to trial, experts each report to each other and both present a joint submission that outlines the points of agreement and disagreement. Because each party is aware of the other's testimony prior to trial, objections by counsel are usually unnecessary. While cross-examination by trial counsel is permitted, lawyers do not play as central a role in extracting expert testimony; as all parties are expected and encouraged to discuss and question each other freely". Disponível em: https://www.expertinstitute.com/resources/insights/hot-tubbing-expert-witnesses-an-experimental-technique-from--australia-makes-a-splash-in-u-s-courts/. Acesso em: 23 jan. 2023.

35 O Juiz David Laro relata uma experiência de *hot-tubbing* no caso Rovakat, LLC v. CIR, 102 T.C.M. 529 F. App'x 124 (3d Cir. 2013): "With the agreement of the parties, we directed the experts to testify concurrently. To implement the concurrent testimony, the Court sat at a large table in the middle of the courtroom with all three experts, each of whom was under oath. The parties' counsel sat a few feet away. The Court then engaged the experts in a three-way conversation about ultimate issues of fact. Counsel could, but did not, object to any of the experts' testimony. When necessary, the Court directed the discussion and focused on matters that the Court considered important to resolve. By engaging in this conversational testimony, the experts were able and allowed to speak to each other, to ask questions, and to probe weaknesses in any other expert's testimony. The discussion that followed was highly focused, highly structured, and directed by the Court". Disponível em: https://scholar.google.com/scholar_case?case=1928741640020421944&hl=en&as_sdt=6&as_vis=1&oi=scholarr . Acesso em: 8 fev. 2023.

36 Code for Crown Prosecutors explica a função dessa audiência da seguinte forma: "CrimPR 19.6 sets out how the court will seek to manage the expert evidence in a case through joint prosecution and defence expert reports and Case Conferences between experts for each party. The aim is to limit the issues in dispute, ensuring that the bench or jury can focus on the key issues in the case and have a clear understanding of each issue. The court may direct the experts to discuss the expert issues in the proceedings; and prepare a statement for the court of the matters on which they agree and disagree, giving their reasons. [...]. Experts should be asked to set out in a joint statement the basic science and accepted principles underlying their field of expertise and the points where they agree and disagree". Disponível em: https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/expert-evidence. Acesso em: 9 fev. 2023.

controvertidas. As partes e os *experts* também podem aproveitar esse documento para organizar a forma de apresentação da prova para a decisão judicial, pontuando as questões importantes, organizando excertos da literatura científica relevantes para a leitura do juiz, entre outras providências, para simplificar a análise da matéria[37].

No já citado caso das desapropriações do Aeroporto Internacional de Viracopos, essa linha de atuação foi adotada por alguns juízes, quando as divergências de avaliação dos imóveis eram muito significativas. Em um dos casos, a discussão técnica em audiência levou a uma redução de R$ 22 milhões no valor inicialmente estabelecido pelo perito, para a desapropriação do bem[38]. Sem as formalidades de uma inquirição, os peritos e assistentes técnicos sentem-se mais à vontade para estabelecer os pontos de controvérsia técnica, e mesmo para reconhecer erros.

Ainda que a audiência não solucione completamente as divergências, é possível que ela permita o estabelecimento, pelo menos, de consensos parciais, e o esclarecimento de quais são, especificamente, as controvérsias. Em vez de centenas de páginas de laudos, ensaios e considerações, é provável que o juiz consiga finalizar essa audiência com uma síntese pontual do que precisa ser decidido, em termos técnicos, para que se possa determinar os fatos relevantes para o litígio[39].

Todos os passos anteriores promovem a ampliação do contraditório, da oralidade e do debate aberto entre os envolvidos, aproximando o processo judicial de um diálogo científico. Se a prova pericial busca estabelecer bases para a tomada de decisão sobre um fato que está sob o domínio da ciência, quanto menor for a restrição que o procedimento judicial impõe à discussão científica, melhor.

Por outro lado, é preciso reconhecer que todos esses procedimentos geram custos econômicos e não econômicos, dada a necessidade de dedicação de mais horas pelos peritos e pelos advogados, bem como pelo Poder Judiciário. Assim, tais métodos, por mais positivos que soem, dificilmente poderão ser universalizados. Ainda que os casos simples deles também pudessem se beneficiar, seria inviável que o Poder Judiciário brasileiro conduzisse dessa forma todos os seus processos de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez. É preciso, nesse ponto, recordar a proposta de Lord Woolf para a

---

37 Em R v Henderson and Others, [2010] EWCA Crim 1269, o Lord Justice Moses destacou a importância de um cuidadoso preparo na apresentação da prova técnica: "Since the appeal depends upon an assessment of the expert evidence, just as at trial, the preparation and marshalling of that expert evidence is of the utmost importance in achieving just resolution. [...] It is no criticism of other counsel if we highlight the manner in which counsel for the prosecution, Joanna Glynn QC and Sarah Campbell, and for the defence, Mr. Topolski QC and Andrew Scott, in Henderson, prepared their appeal. The skeleton arguments were focussed upon the particular medical evidence. Different features of that evidence were clearly identified and when any medical proposition was advanced, it was explained and its source clearly identified. A number of different disciplines were involved, all of which were clearly distinguished by separate files, separately coloured and with the underlying evidence and literature upon which that evidence was based, identified and collated. A core literature file, prepared by Mr. Topolski, enabled the court to find and weigh the underlying literature upon which controversial evidence was based. The Vice-President conducted a detailed case management hearing providing timetables and giving directions as to how the evidence was to be prepared. Importantly, meetings were held between the experts so as to identify clearly those issues upon which agreement had been reached and those issues which remained a matter of debate. Without such preparation and obedience to the directions given by the Vice-President it would have been difficult properly to resolve the appeal. The example of the preparation in that case should, we suggest, be followed in future appeals".

38 Autos 0015978-93.2012.403.6105. Constou da manifestação do perito: "Os debates durante a audiência do dia 10/03/2016 permitiram ao signatário perceber que utilizou um conceito equivocado no cálculo do valor da terra nua [...] resulta na existência de um *bis in idem*, como concluído após intervenção do MPF durante aquela audiência, ao que cabe razão, e assim reconheço o equívoco conceitual aplicado no laudo anterior para apresentar a seguir a complementação".

39 Esse benefício cognitivo foi detectado por GREENE, Edie; GORDON, Natalie. Can the Hot Tub Enhance Jurors' Understanding and Use of Expert Testimony. In: *Wyoming Law Review*, v. 16, p. 359 e ss., 2016.

reforma do processo inglês, segundo a qual é preciso devotar a cada processo o montante de recursos que seja compatível com a sua complexidade e com a importância sistêmica do caso[40]. É claro que qualquer parte quer que seu processo seja tratado como se fosse o único, mas esse interesse não é passível de ser atendido. É preciso que a importância relativa dos casos seja considerada.

6. SOLUÇÕES PARA A PROVA PERICIAL DE ALTA COMPLEXIDADE

Há casos em que a prova pericial atinge níveis elevados de complexidade, nos quais há pouco ou nenhum consenso científico sobre a metodologia e as conclusões analíticas necessárias à resolução do caso. Como mencionado, os desastres de Mariana, Brumadinho e Maceió oferecem exemplos tristes e visíveis dessas situações, exigindo perícias de elevadíssima complexidade e custo.

Nesse tipo de casos, torna-se ainda mais verdadeira a afirmação publicada em um comentário: "[...] a experiência demonstra que opiniões opostas de pessoas se dizendo experts podem ser obtidas em qualquer quantidade"[41]. Quanto mais as partes estiverem dispostas a investir, maior será a possibilidade de encontrar opiniões técnicas divergentes sobre o assunto relevante, seja por incompetência, por corrupção, ou pela incerteza e hermetismo da análise necessária[42]. É tentador, nesses casos, fazer pequenas alterações de premissas, métodos ou análises, que podem levar a grandes diferenças de resultados. Instala-se uma espécie de "guerra de laudos periciais", que rapidamente multiplica o número de páginas no processo.

Mais uma vez, do ponto de vista de um raciocínio progressivo, todas as indicações dos itens anteriores são aplicáveis a esta situação, de modo que o incremento do contraditório e da oralidade, antes e durante a produção da prova, bem como na sua análise, depois de apresentada, são desejáveis e poderão trazer resultados positivos. Todavia, essas providências parecem insuficientes. Como já mencionado, esses casos envolvem considerações nas quais mesmo o consenso científico é tênue e há, embutidas na perícia, uma série de premissas técnicas e metodológicas que são discutíveis. Logo, mesmo com toda a ampliação do contraditório, é possível que as partes, insatisfeitas com o resultado, produzam outras análises e questionamentos, que inviabilizem a tomada de decisão de modo efetivamente orientado. Com isso, o risco é que o juiz reverta para os subterfúgios já mencionados: acredite apenas no perito porque é imparcial, busque a confirmação de suas próprias pré-concepções na prova produzida, tome decisões baseadas em regras de ônus da prova ou acabe convencido pela capacidade retórica de um dos *experts*, em vez da qualidade científica dos argumentos. Nenhuma dessas é uma boa solução e, portanto, nesse tipo de caso, outras medidas que incrementem a possibilidade de uma boa tomada de decisão devem ser cogitadas.

---

40 Consta do primeiro dispositivo das Civil Procedure Rules do Reino Unido: "1.1 (1) These Rules are a procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost. (2) Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable – (a) ensuring that the parties are on an equal footing and can participate fully in proceedings, and that parties and witnesses can give their best evidence; (b) saving expense; (c) dealing with the case in ways which are proportionate – (i) to the amount of money involved; (ii) to the importance of the case; (iii) to the complexity of the issues; and (iv) to the financial position of each party; (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; (e) allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases [...]".

41 COMMENTS. Getting into the Hot Tub: How the United States Could Benefit from Australia's Concept of "Hot Tubbing" Expert Witnesses. In: *U. Det. Mercy L. Rev.*, v. 89, p. 103 e ss., 2011-2012.

42 Danilo Knijnik compartilha dessa percepção de complexidade científica crescente, aludindo à presença de "um *staff* de especialistas" a serviço das partes, que "estão demandando – e recebendo – toda a ajuda que o mundo científico pode dar à resolução de seus casos". KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 2018, edição eletrônica.

A primeira possibilidade é que as partes elaborem um negócio de escolha consensual de perito, dispensa de assistente técnico e aceitação prévia das conclusões que forem apresentadas. Cria-se, com isso, uma espécie de arbitragem científica dentro do processo, cindindo-se a cognição: embora a decisão da questão material controvertida continue com o juiz, a decisão da questão científica passa a ser, formalmente, do perito.

À primeira vista, essa é uma posição que parece difícil de ser aceita. Contudo, quando bem ponderada, ela incorpora diversos atrativos. Primeiro, mantém-se com as partes a importante tarefa de selecionar o perito, evitando que o escolhido pelo juiz desagrade a todos. Segundo, agrega-se segurança jurídica, porque o perito, que é da confiança das partes, será a voz técnica definitiva. Não se corre o risco de o juiz determinar a realização de segunda perícia, que poderia implicar custos elevados, indesejados por ambos os litigantes, em uma decisão difícil de ser revertida em grau recursal, dada a deferência usualmente demonstrada pelos tribunais às decisões instrutórias do juiz[43]. Pior ainda, evita-se o risco de que o juiz rejeite as conclusões do perito, como permite-lhe o art. 479 do CPC, e decida de acordo com suas próprias convicções, quanto aos elementos técnicos trazidos aos autos.

Em terceiro lugar, reduzem-se o tempo e o custo do processo. As perícias, nesses casos, tendem a custar centenas de milhares, às vezes, milhões de reais, e a levar anos para serem produzidas. O custo de produção de laudos paralelos pode ser, portanto, significativo, e pouco agregar ao resultado do processo, dada a sua complexidade, a pouca capacidade de o juiz compreender a controvérsia e o risco de que, nesse contexto, o magistrado opte por acreditar no perito, por ele escolhido e imparcial.

Isso significa que o esforço das partes em produzir mais elementos técnicos pode ser caro, demorado e inútil. Cria-se o paradoxo de que, quanto mais dados existem, menos eles importam. Sem saber em que medida esses dados divergentes são pertinentes, o juiz reforça suas crenças na análise pericial. As partes, temendo que apenas o perito seja ouvido, inundam o juiz de dados e, com isso, contribuem para que ele ignore tudo o que não venha do *expert* imparcial. Cria-se um círculo vicioso. Em tais termos, aceitar a arbitragem pericial pode significar economizar dinheiro e assegurar a ocorrência de um resultado mais previsível.

O procedimento aqui proposto tem precedentes no direito estrangeiro. A World Intellectual Property Organization – WIPO, que integra o Sistema ONU, reconhece aquilo que denomina como *expert determination*, como método alternativo de solução de conflitos consistente em "um procedimento no qual o conflito entre as partes é submetido, por acordo, a um ou mais *experts* para uma tomada de decisão. A decisão é vinculante, a menos que as partes decidam de forma diversa"[44]. O Arts Law Centre of Australia também noticia a possibilidade de utilização desse procedimento[45], que é especialmente interessante quando à questão técnica, que, apesar de ter cunho científico, também é cercada de algum grau de subjetividade, como ocorre com o plágio musical[46], a propriedade intelectual[47] ou com

43 Por exemplo: "[...] não há regra em nosso ordenamento jurídico que imponha seja realizada a segunda perícia, na hipótese de insuficiência da primeira, tampouco que se faça aquela pelo mesmo profissional que efetivou esta, incumbindo ao julgador, no exercício do livre convencimento motivado, avaliar as circunstâncias concretas" (REsp 1.758.265/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 2/4/2019, DJe 4/4/2019).

44 Disponível em: https://www.wipo.int/amc/en/expert-determination/what-is-exp.html. Acesso em: 24 jan. 2023.

45 Disponível em: https://www.artslaw.com.au/images/uploads/NEW_ADR-_binding_expert_dermination_and_non-binding_expert_evaluation.pdf. Acesso em: 24 jan. 2023.

46 Sobre os problemas da prova pericial relativa a plágio, ver COELHO, Fabiana; VITORELLI, Edilson. Música de: o desafio dos direitos autorais. In: 6º Encontro de Música e Mídia: música de/para, 2010, São Paulo. Anais do 6º Encontro de Música e Mídia. São Paulo: Musimid, 2010.

47 Discutindo o uso de *hot-tubbing* e outras técnicas periciais no processo inglês de propriedade intelectual (embora não a arbitragem técnica), cf. WILSON, David et. al. Hot-tubbing experts: Is there scope for the use of concurrent expert evidence? In: *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, v. 8, n. 9, p. 691-699, 2013.

a autenticidade de pinturas[48]. Essa cisão entre a cognição técnica, que fica integralmente a cargo do perito, e a cognição das questões de direito material, a cargo de quem tem a formação em Direito, também é corriqueira em *dispute boards* e elencada internacionalmente como boa prática[49].

A segunda recomendação para os casos de prova técnica de elevada complexidade é a nomeação de um consultor pericial para o juiz, adicionalmente ao perito. O papel desse auxiliar seria contribuir com o juiz na compreensão da prova produzida e, com isso, permitir que a sua decisão possa ponderar, de modo mais tecnicamente fundado, as posições do perito e dos assistentes técnicos.

A atividade do consultor pericial difere do papel do perito porque ele não faz a análise da evidência técnica necessária ao julgamento da causa, mas sim auxilia o juiz na meta-análise dos elementos técnicos conflitantes, juntados aos autos. O próprio perito não pode exercer esse papel porque, como mencionado, a partir do momento em que as suas conclusões são apresentadas, ele deixa de ser imparcial, do ponto de vista psíquico, tendendo a rechaçar qualquer evidência de erro e a reforçar as suas próprias afirmações. Com isso, as opiniões de assistentes técnicos que forem contrárias às suas manifestações iniciais tendem a ser descreditadas. Há também um conflito de interesses financeiros para o perito, dado que o montante dos seus honorários pode ser reduzido, se o trabalho for considerado inconclusivo ou deficiente (art. 456, § 5º, CPC).

O consultor técnico pericial deveria fazer pelo juiz aquilo que os assistentes técnicos fazem pelas partes. Competiria a ele: 1) reunir-se com o juiz para auxiliá-lo a compreender as questões técnicas implicadas na demanda, tais como a confiabilidade da metodologia aplicada, o nível de certeza ou incerteza científica da perícia e das posições dos assistentes técnicos, bem como o quão fundadas são as objeções ao trabalho pericial; 2) auxiliar o juiz na formulação de questões para o perito e os assistentes técnicos, bem como no deferimento ou indeferimento de quesitos e na apropriada definição do escopo do trabalho pericial; 3) acompanhar, no lugar do juiz, os eventos do procedimento pericial, tais como ensaios laboratoriais, exames, inquirição de pessoas ou obtenção de materiais (art. 373, § 3º, CPC); 4) contribuir para a detecção de pontos problemáticos na condução do procedimento pericial; 5) auxiliar o juiz na decisão quanto à necessidade de segunda perícia (art. 480, CPC) ou de destituição do perito por falta de conhecimento técnico (art. 468, I, CPC – é irônico, aliás, que o CPC pretenda que o juiz, que não tem conhecimento técnico algum, seja capaz de fiscalizar o conhecimento técnico do perito, para destituí-lo); 6) acompanhar as audiências de inquirição dos *experts*, colaborando com o juiz na formulação de questões; 7) auxiliar o juiz na elaboração da fundamentação que justifique, tecnicamente, os motivos que o levam a acolher ou deixar de considerar as decisões do laudo (art. 479, CPC), quando for o caso.

Essa descrição pode gerar a objeção de que o juiz estaria retirando do contraditório a apreciação da questão técnica, fazendo uma espécie de "ciência privada". Mas essa é uma incompreensão. A questão técnica continua sujeita ao contraditório, com o perito e os assistentes. O que se incrementa,

48 Há diversos casos e polêmicas relativas à autenticação de obras de arte. Cf. SLOGGETT, Robyn. The Truth of the Matter: Issues and Procedures in the Authentication of Artwork. In: *Art Antiquity & Law*, v. 5, p. 295 e ss., 2000.

49 "In one instance, at the start of construction of a large airport complex, a panel called a Disputes Review Group (DRG), made up of six members, was formed to cover all the major contracts (about 20) on the project. Members of the DRG were chosen specifically to provide the range of expertise considered necessary to comprehend and deal with technical and commercial aspects of any dispute likely to arise. When a dispute arose, either one or three of the DRG members was selected and rapidly deployed to deal with the dispute. In a second example, on a large underground railway project, two DB panels were established: a technical panel of engineers (who dealt with technical and construction-related disputes) and a financial panel of accountants and bankers (who handled disputes concerning financial provisions of the funding and concession agreements). In this example, when a dispute arose, a one-person DB could be appointed from either panel or a three-person DB could be appointed with DB members selected from both panels". DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute Board Manual: A Guide to Best Practices and Procedures*. Charlotte: SPARK Publications, 2019, p. 53.

aqui, é a capacidade de o juiz participar apropriadamente desse debate, sendo assessorado quanto ao conhecimento técnico de que não dispõe, por alguém especificamente designado para essa finalidade.

É exatamente porque a perícia permanece em contraditório que o perito não se presta ao papel de consultor pericial. Primeiramente, o juiz não pode convocar o perito para uma reunião privada e discutir suas conclusões, incertezas e outras questões eventualmente não escritas no laudo, sem a presença das partes. Isso feriria o procedimento pericial previsto no CPC. Além disso, o perito, como mencionado, não é imparcial o suficiente para aconselhar o juiz quanto à confiabilidade do seu próprio trabalho.

A designação do consultor técnico pericial é admitida, nos moldes aqui propostos, no ordenamento jurídico suíço[50]. Por exemplo, ela é regulada pelas normas de arbitragem da Associação Suíça de Engenheiros e Arquitetos (SIA), na sua versão de 2018 (SIA 150:2018). As disposições autorizam a nomeação de um *technical expert*, cujo papel é acompanhar o procedimento, na condição de consultor do painel arbitral. Ele não é um árbitro, uma vez que a decisão não está sob sua responsabilidade, nem pode a ele ser delegada, nem é um perito, uma vez que não elabora laudo pericial. Nathalie Voser e Annabelle Möckesch afirmam ser essa uma figura "particularmente inovadora e eficiente", com potencial para diminuir o tempo e o custo dos processos[51]. Como ressalta Juan Eduardo Figueroa Valdés, quando o árbitro pode valer-se de um consultor para ajudar a responder questões técnicas que ele teria que despender um tempo considerável para pesquisar e compreender, incrementa-se a precisão da decisão, minorando o risco de uma análise técnica incorreta, ao mesmo tempo em que se reduzem o tempo e os custos para as partes[52].

Em 2015, o Supremo Tribunal Federal da Suíça foi confrontado com um questionamento quanto à legalidade de nomeação de consultor técnico pericial em arbitragem[53]. A Corte afirmou

---

50 O autor agradece a André Barros Bolzani Petersen, pela indicação da existência dessa prática no Direito suíço.

51 "The SIA Rules expressly allow the arbitral tribunal to appoint a technical expert to accompany the entire proceedings. This technical expert functions as a consultant and is hence neither an arbitrator nor a tribunal-appointed expert within the meaning of the SIA Rules. The provisions on arbitrator impartiality and independence as well as the challenge procedure for arbitrators also apply to the technical expert. This institution is particularly innovative and efficient because it can eliminate the need for costly and time consuming formal expert reports. The Federal Supreme Court has expressly stated that the use of such consultants is possible in Switzerland (decision 4A_709/2014). It goes without saying that the arbitral tribunal cannot delegate its decision-making powers to the technical expert". VOSER, Nathalie; MÖCKESCH, Annabelle. Switzerland: The SIA Standard 150:2018 For Arbitrations. In: MONDAK. CONECTING KNOWLEDGE & PEOPLE (*site*). Disponível em: https://www.mondaq.com/arbitration--dispute-resolution/731246/the-sia-standard-1502018-for-arbitrations. Acesso em: 23 fev. 2023. Ver também EHLE, Bernd. SIA 150:2018: Modern Swiss arbitration rules for construction disputes. In: *ASA Bulletin*, v. 36, n. 4, p. 895-906, 2018. Disponível em: https://kluwerlawonline.com/journalarticle/ASA+Bulletin/36.4/ASAB2018092. Acesso em: 23 fev. 2023.

52 "We believe that the appointment of an expert as a consultant to the tribunal on technical matters goes in the right direction. As Timlin states, according to Meyer and Baier, the consultant may increase the efficiency of arbitration. When an arbitrator can rely on a consultant to help answer technical questions that the arbitrator otherwise would have to spend a significant amount of time researching, the consultant may reduce the length of the proceeding. Also, the time savings could also potentially translate into cost saving for the parties. Considering the relevance of the assessment of technical elements in construction arbitrations, the technical expert in its role as consultant allows the arbitral tribunal to issue better decisions, based on a correct analysis of the technical information of the case and supported by the expert opinion of a professional in the field". VALDÉS, Juan Eduardo Figueroa. The arbitral tribunal-appointed expert. A Swiss approach. In: *Institute of World Business Law*. Disponível em: https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2022/06/2022-The--arbitral-tribunal-appointed-expert-A-Swiss-approach-ICC-IWBL.pdf. Acesso em: 23 fev. 2023.
No mesmo sentido, TIMLIN, Tracey. The Swiss Supreme Court on the Use of Secretaries and Consultants in the Arbitral Process. In: *Arbitration Law Review*, v. 8, p. 268 e ss., 2016.

53 Caso 4A_709/2014, decisão de 21 de maio de 2015. Disponível em: https://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/21%20mai%202015%204A%20709%202014.pdf. Acesso em: 23 fev. 2023. No ponto relevante: "Resorting to the services of a secretary is moreover not the only option afforded to an arbitral tribunal to obtain external assistance, as the assistance requested may come from various other sources (Berger and Kellerhals, op. cit.,

que o tribunal arbitral pode designar um consultor para auxiliar no tratamento de questões não jurídicas delicadas, com as quais ele não teria condições de lidar sem o suporte de especialistas do campo do saber pertinente à controvérsia. A decisão cita trabalho acadêmico de Bernhard Meyer e Jonatan Baier, os quais descrevem o consultor como "um sujeito puramente auxiliar, agindo sob os auspícios e responsabilidade do tribunal arbitral, que assiste os árbitros a traduzir a sua compreensão factual e legal para a linguagem técnica ou comercial do contrato e vice-versa"[54]. O Supremo Tribunal entendeu que essa designação é admissível, mesmo quando não prevista na convenção de arbitragem, e independentemente de autorização das partes.

Como também percebeu o Supremo Tribunal suíço, essa estratégia implica vantagens e riscos. Logo, o que se propõe é a avaliação, à luz das alternativas disponíveis. Já foram comentados os problemas derivados do fato de o juiz não ser capaz de acompanhar o debate técnico: excessiva confiança no perito, desconsideração das objeções dos assistentes técnicos ou decisão com regras de ônus da prova, em vez de convicção de verdade. A segunda possibilidade é o juiz valer-se, para avaliar as questões técnicas implicadas no caso, de consultas informais com especialistas. Essa conduta, cuja recorrência é difícil de avaliar cientificamente, mas costuma ser reportada informalmente por magistrados, é pior e implica mais riscos do que a aqui delineada, dado que as partes não saberão quem é esse especialista consultado pelo juiz, e, com isso, não poderão arguir nem a sua parcialidade, nem a sua falta de capacidade técnica.

Nesse sentido, a nomeação do assessor, nos autos, assegura transparência e maior controle das partes. Ainda que elas não conheçam a opinião desse especialista, dado que não lhe cabe produzir um documento técnico, mas apenas auxiliar o juiz, as partes saberão quem é ele. Essa vantagem é percebida pelos autores suíços, que registram que, ainda que o consultor técnico não seja nem julgador, nem perito, ele submete-se ao mesmo procedimento de escrutínio de imparcialidade aplicável ao juiz e ao *expert*[55]. Essencialmente, a nomeação de um consultor técnico reflete a proposta de que o juiz pare de mentir para as partes: ele não é capaz de entender certas discussões técnicas fundamentais para a decisão da controvérsia e precisa se aconselhar com quem entenda para proferir uma boa sentença.

Recorde-se que a autoridade que incide sobre a parte é a da decisão, não a do laudo pericial. Assim, desde que a fundamentação lançada pelo magistrado justifique as conclusões técnicas acolhidas, ela poderá ser objeto de recurso, inclusive com base nos elementos produzidos pelos peritos e assistentes técnicos, constantes dos autos. Saber se essa parcela técnica da funda-

---

n. 1013). It is always provided, as was stated above, that the arbitral tribunal does not abandon to its auxiliaries the prerogatives inherent to its mission, in particular that of deciding itself the dispute entrusted to it. Thus, in complex arbitrations of a commercial or technical nature, the arbitral tribunal often calls upon external consultants to help it handle non-legal, delicate issues, which it would not be able to fully master without being backed by experts in the field concerned, an approach which has obvious advantages but also some risks (see among others Bernhard F. Meyer and Jonatan Baier, Arbitrator Consultants – Another Way to Deal with Technical or Commercial Challenges of Arbitrations, Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage (ASA), 2015, p. 37). It is admitted moreover that when the parties did not set the procedural rules, the arbitral tribunal, which sets the procedure itself pursuant to Art. 182(2) PILA, is entitled to appoint a consultant on its own initiative without requesting their prior consent (Meyer and Baier, op. cit., p. 44)".

54 "[...] purely auxiliary persons, acting under the auspices and responsibility of the member of the arbitral tribunal who assist arbitrators to translate their factual and legal decisions into the technical or commercial language of the contract, or vice versa". MEYER, Bernhard F.; BAIER, Jonatan. Arbitrator Consultants: Another Way to Deal with Technical or Commercial Challenges of Arbitrations. In: *ASA Bulletin*, n. 1, p. 40 e ss., 2015.

55 Nesse sentido, VOSER, Nathalie; MÖCKESCH, Annabelle. Switzerland: The SIA Standard 150:2018 For Arbitrations. In: MONDAK. CONECTING KNOWLEDGE & PEOPLE (*site*) Disponível em: https://www.mondaq.com/arbitration--dispute--resolution/731246/the-sia-standard-1502018-for-arbitrations. Acesso em: 23 fev. 2023.

mentação deriva apenas da atividade mental solitária do juiz, quase monasticamente isolado[56], ou deriva do seu diálogo com alguém que de fato entenda do tema e esteja nomeado nos autos, é de todo irrelevante.

Esse sujeito processual lembra, em alguma medida, a figura do *special mast*er do Direito norte-americano. Ele é um auxiliar do Juízo, regulado pela *Rule* 53 das *Federal Rules of Civil Procedure*, a qual prevê, entre outras tarefas, que o *master* pode conduzir procedimentos de julgamento e fazer ou recomendar constatações de fato, em procedimentos de competência decisória de juízes (não de júri). Além disso, esse especialista pode ter competência decisória sobre questões preliminares ou posteriores ao julgamento, que não possam ser efetiva e tempestivamente gerenciadas pelo juiz. Graças a essa previsão, é comum que tais profissionais sejam indicados para conduzir a fase de cumprimento das decisões. A autoridade do *master* é definida pelo juiz, assim como a alocação dos honorários a ele devidos.

No Brasil, uma providência similar foi tentada, no caso do desastre de Mariana. O juiz da causa nomeou dois especialistas para funcionarem como auxiliares permanentes, "a constituir uma espécie de força tarefa pericial à disposição do Juízo, aptos a atuarem permanentemente no campo, com vistorias *in loco*, imprimindo-se racionalidade e uniformidade no tratamento dos conflitos"[57]. Essas pessoas não foram nomeadas para analisar uma questão específica, mas para auxiliar o Juízo no diálogo com os subgrupos impactados, inclusive comparecendo nas localidades do território em que isso se faça necessário, bem como para contribuir na análise e compreensão dos elementos técnicos, tanto de natureza ambiental quanto sociológica, juntados aos autos. Eles não estão encarregados de produzir laudos, nem de responder a quesitos, mas sim de incrementar a capacidade cognitiva do juiz, quanto aos assuntos implicados na solução do conflito.

De modo similar, o Ministro Gilmar Mendes, no *Habeas Corpus* coletivo 165.704 também nomeou uma pessoa, que ele qualificou como "*amicus curiae* e consultora externa desta Corte", com o propósito de

> auxiliar esta Relatoria no desenvolvimento de metodologias de análise quantitativa e na definição de indicadores estatísticos que permitam o monitoramento do cumprimento desta decisão em âmbito nacional, de forma transparente e em consonância com os princípios da razoável duração do processo e da dignidade da pessoa humana encarcerada[58].

Tal como no caso de Mariana, o propósito dessa nomeação é dar uma contribuição técnica para o julgador, sem, no entanto, implicar a produção de uma prova pericial. Trata-se, como menciona o Ministro, de uma espécie de consultoria pericial, cujos resultados são refletidos na decisão do magistrado, não em um laudo.

---

56 Essa ideia de que o juiz deve decidir, de modo isolado, lembra, de fato, a vida religiosa. O Papa Paulo VI anotou: "Eu estava sozinho antes, mas agora a minha solidão torna-se completa e impressionante. Daí a tontura, a vertigem. Como uma estátua no pedestal – é assim que eu vivo agora. Jesus também estava sozinho na cruz. Eu não devo buscar ajuda externa para absolver-me do meu dever; meu dever é muito simples: decidir, assumir toda a responsabilidade por guiar os outros, mesmo quando isso parece ilógico e talvez absurdo. E sofrer sozinho... Deus e eu. O colóquio deve ser completo e interminável". Esta citação está em CORNWELL, John. *Hitler`s Pope*. New York: Penguin Books, 1999.

57 Os peritos nomeados foram Maria Tereza Uille Gomes e Phillip Neves Machado. Decisão de 22 de abril de 2022, autos 1024354-89.2019.4.01.3800. O então juiz da causa, responsável pela decisão, foi Mário de Paula Franco Júnior.

58 Coincidentemente, a nomeada nesse caso também é Maria Tereza Uille Gomes.

CONCLUSÃO

O problema da tomada de decisão judicial, com base em prova científica, é centenário e desafia soluções práticas. Produzir um contraditório qualificado e apropriado é difícil, quando o tema sobre o qual se contradiz não é compreendido com o mesmo grau de profundidade por todos os sujeitos do debate. Além disso, na contemporaneidade, a profundidade técnica de discussões em matérias, como o meio ambiente e a engenharia, atingiu graus de complexidade que vão além da compreensão, mesmo de boa parte dos iniciados no campo. Essa questão ainda ganha contornos mais delicados, quando a prova pericial, além de complexa, é controversa, dando lugar à "guerra de laudos" produzidos pelos peritos e pelos assistentes técnicos.

O presente artigo procurou proporcionar alguns aportes pragmáticos para incrementar a qualidade da análise da prova pericial pelo juiz, partindo de uma configuração tripartite de questões periciais de baixa, média e alta complexidade. As medidas sugeridas organizam-se de modo progressivo, de maneira que aquelas indicadas para a baixa complexidade aplicam-se a todos os demais níveis e as recomendadas para o nível intermediário são apropriadas também para a alta complexidade.

Nos casos de baixa complexidade, a decisão judicial pode ser incrementada pela qualificação técnica dos juízes, a fim de que se apropriem, em maior medida, dos elementos básicos do campo científico relevante. Além disso, o cadastro de peritos pode ser incrementado para auxiliar a localização de peritos com *expertise* mais aderente ao objeto do exame, inclusive, se for o caso, mediante realização de perícias virtuais.

Em casos de média complexidade, a atividade pericial pode ser melhorada pelo incremento do contraditório e da oralidade nas etapas de definição da metodologia e durante a produção dos exames necessários. Com isso, evita-se que as controvérsias sejam submetidas ao Juízo apenas depois de pronto o trabalho. A realização do saneamento compartilhado, com a análise criteriosa e organização dos quesitos, também é importante para dar foco ao exame. Além disso, é preciso cogitar a possibilidade de nomeação de comissões periciais, para minorar vieses cognitivos e riscos de desvios, bem como incrementar a capacidade analítica da prova. No momento da exposição da prova, sugere-se a realização de audiências de debate pericial – *hot-tubbing* –, em vez de apresentação de questionamentos e respostas por escrito.

Nos casos de alta complexidade científica, sugere-se que um acordo de arbitragem pericial, com cisão da cognição, poderia acarretar bons resultados. O perito, escolhido pelas partes, emitiria um laudo pericial vinculante, a partir do qual o juiz proferiria sua decisão. Esse negócio processual minoraria custos e riscos, já que impediria a realização de segunda perícia, evitaria a nomeação de assistentes técnicos bilaterais e reduziria o tempo de produção da prova.

Em segundo lugar, o juiz poderia nomear, além do perito judicial, um consultor técnico pericial, para auxiliá-lo na compreensão das questões técnicas implicadas, elaboração e deferimento de quesitos, avaliação da necessidade de segunda perícia, acompanhamento do procedimento pericial e auxílio na elaboração da fundamentação, no que tange à questão técnica. Essa figura, que encontra similar no *special master* do direito estrangeiro, e tem alguns precedentes no Brasil, poderá contribuir para a qualificação da decisão sobre questão técnica, ainda que implique a assunção de alguns ônus. Como dizia H. L. Mencken, para problemas complexos só há soluções simples, elegantes e completamente erradas.

REFERÊNCIAS

ALTMAN, Morris (org.). *Real-World Decision Making*: An Encyclopedia of Behavioral Economics. Santa Barbara: Greenwood, 2015.

ARIELLY, Dan. *Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions*. New York: Harper Perennial, 2010.

BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo*: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

CARROLL, J. S. The Effect of Imagining an Event on Expectations for the Event: An Interpretation in Terms of the Availability Heuristic. In: *Journal of Experimental Social Psychology*, v. 14, n. 1, 1978.

COELHO, Fabiana; VITORELLI, Edilson. Música de: o desafio dos direitos autorais. In: *6º Encontro de Música e Mídia*: música de/para, 2010, São Paulo. Anais do 6º Encontro de Música e Mídia. São Paulo: Musimid, 2010.

COMMENTS. Getting into the Hot Tub: How the United States Could Benefit from Australia's Concept of "Hot Tubbing" Expert Witnesses. In: *U. Det. Mercy L. Rev*., v. 89, 2011-2012.
DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute Board Manual: A Guide to Best Practices and Procedures*. Charlotte: SPARK Publications, 2019.
EDMOND, Gary. Merton and the Hot Tub: Scientific Conventions and Expert Evidence in Australian Civil Procedure. In: *Law and Contemporary Problems*, v. 72, 2009.
EHLE, Bernd. SIA 150:2018: Modern Swiss arbitration rules for construction disputes. In: *ASA Bulletin*, v. 36, n. 4, 2018. Disponível em: https://kluwerlawonline.com/journalarticle/ASA+Bulletin/36.4/ASAB2018092. Acesso em: 23 fev. 2023.
FAIGMAN, David. Judges as "amateur scientists". In: *Boston University Law Review*, v. 86, 2006.
GAJARDONI, Fernando et. al. *Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 2021.
GREENE, Edie; GORDON, Natalie. Can the Hot Tub Enhance Jurors' Understanding and Use of Expert Testimony. In: *Wyoming Law Review*, v. 16, 2016.
HAND, Learned. Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony. In: *Harvard Law Review*, v. 15, 1901.
HUYGHE SR., Steve; CHAN, Adrian. The Evolution of Expert Witness Law under UK and US Jurisdictions. In: *Construction Law International*, v. 8, n. 4, 2013.
KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul (org.). *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 2018.
MEYER, Bernhard F.; BAIER, Jonatan. Arbitrator Consultants: Another Way to Deal with Technical or Commercial Challenges of Arbitrations. In: *ASA Bulletin,* n. 1, 2015.
NISBET, Richard E.; ROSS, Lee. *Human inference: strategies and shortcomings of social judgment*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1980.
OSWALD, Steve; HART, Christopher. Trust based on bias: Cognitive constraints on source-related fallacies. In: LANCASTER UNIVERSITY (*site*). 2013. Disponível em: https://scholar.uwindsor.ca/ossaarchive/OSSA10/papersandcommentaries/125/. Acesso em: 30 jan. 2023.
POHL, Rüdiger F. *Cognitive Illusions: A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking, Judgement and Memory*. Hove: Psychology Press, 2004.
POUNDSTONE, William. *Priceless: the myth of fair value*. New York: Hill and Wang, 2010.
SLOGGETT, Robyn. The Truth of the Matter: Issues and Procedures in the Authentication of Artwork. In: *Art Antiquity & Law*, v. 5, 2000.
TIMLIN, Tracey. The Swiss Supreme Court on the Use of Secretaries and Consultants in the Arbitral Process. In: *Arbitration Law Review*, v. 8, 2016.
TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Availability: A heuristic for judging frequency and probability. In: *Cognitive Psychology*, n. 5, v. 2, 1973.
_____; KAHNEMAN, Daniel. Extensional versus intuitive reasoning: The conjunction fallacy in probability judgment. In: *Psychological Review*, v. 90, n. 4, 1983.
VALDÉS, Juan Eduardo Figueroa. The arbitral tribunal-appointed expert. A Swiss approach. In: *Institute of World Business Law*. Disponível em: https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2022/06/2022-The-arbitral-tribunal-appointed-expert-A-Swiss-approach-ICC-IWBL.pdf. Acesso em: 23 fev. 2023.
VASQUEZ, Carmen. *Prova pericial: da prova científica à prova pericial*. Salvador: Juspodivm, 2021.
VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*: dos direitos aos litígios coletivos. 3. ed. São Paulo: RT, 2022.
_____. Raciocínios probabilísticos implícitos e o papel das estatísticas na análise probatória. In: *Revista de Processo*, v. 297, 2019.
_____. Decisão judicial por métodos estatísticos: novos horizontes para as causas repetitivas. In: *Revista de Processo*, v. 298, 2019.
_____; ALMEIDA, João Henrique de. Imparcialidade judicial e psicologia comportamental: há fundamento científico para um juiz de garantias? In: *Revista de Processo*, v. 316, 2021.
VOSER, Nathalie; and MÖCKESCH, Annabelle. Switzerland: The SIA Standard 150:2018 For Arbitrations. In: MONDAK. CONECTING KNOWLEDGE & PEOPLE (*site*). Disponível em: https://www.mondaq.com/arbitration--dispute-resolution/731246/the-sia-standard-1502018-for-arbitrations. Acesso em: 23 fev. 2023.
WELCH, Scott. From Witness Box to the Hot Tub: How the Hot Tub Approach to Expert Witnesses Might Relax an American Finder of Fact. In: *Journal of International Commercial Law and Technology*, v. 5, n. 3, 2010.
WILSON, David et. al. Hot-tubbing experts: is there scope for the use of concurrent expert evidence? In: *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, v. 8, n. 9, 2013.
WISTRICH, Andrew J.; RACHLINSKI, Jeffrey J.; GUTHRIE, Chris. Heart Versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings? In: *Texas Law Review*, v. 93, 2015.
_____; Andrew J.; RACHLINSKI, Jeffrey J.; GUTHRIE, Chris. Can Judges Make Reliable Numeric Judgments? Distorted Damages and Skewed Sentences. In: *Indiana Law Journal*, v. 90, 2015.
_____; Andrew J.; RACHLINSKI, Jeffrey J.; GUTHRIE, Chris. Altering Attention in Adjudication. In: *UCLA Law Review*, v. 60, 2013.

Limites de cabimento da reclamação contra decisão de turma recursal dos Juizados Especiais Estaduais para garantia da autoridade dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça (Resolução 03/2016-GP/STJ)

CLAYTON MARANHÃO[1]

Sumário: 1. Do cabimento de Reclamação para garantia de autoridade das decisões para o cabimento, visando garantir a autoridade dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 2. Dos limites da competência delegada aos Tribunais de Justiça dos Estados para o processo e julgamento de Reclamação, visando garantir a autoridade dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 3. Conclusões.

1. DO CABIMENTO DE RECLAMAÇÃO PARA GARANTIA DE AUTORIDADE DAS DECISÕES PARA O CABIMENTO, VISANDO GARANTIR A AUTORIDADE DOS PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dispõe o art. 105, inciso I, letra "f", da Constituição Federal de 1988, que compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, *originariamente,* a Reclamação, para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

A jurisprudência inicial do STF era no sentido de que a Reclamação visava garantir a autoridade de suas decisões em casos concretos, com efeitos *inter partes*.[2] Posteriormente, o STF ampliou as hipóteses de cabimento para aceitar a Reclamação também, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, portanto, com efeitos *erga omnes*. Ovídio Baptista da Silva há muito tempo alertava que toda decisão tem efeitos *erga omnes*,[3] pouco importando se trate de processo individual, coletivo ou objetivo.

Com a técnica dos casos repetitivos, o STJ passou a admitir Reclamação contra acórdão de Turma Recursal dos Juizados Especiais Estaduais que não observe a determinação de sobrestamento

1 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Professor Adjunto de Processo Civil da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutor em Direito Processual Civil pela UFPR.

2 STF, Questão de Ordem no MS 20.875/RO, rel. Min. Aldir Passarinho.

3 SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Sentença e coisa julgada: ensaios*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 107. Essa foi uma das conclusões de Enrico Tullio Liebman, cf. *Eficácia e autoridade da sentença e outros ensaios sobre a coisa julgada.* 3. ed. São Paulo: Forense, 1980, p. 123. Para Liebman, essa é a eficácia natural da sentença, como ato de autoridade estatal, devendo ser respeitado por todos (*erga omnes*), ainda que as partes da relação processual sejam as primeiras a sofrer as consequências da eficácia da decisão.

emanada de decisão proferida pelo relator de Recurso Especial repetitivo.[4] Nesse tipo de decisão, aplicou-se a visão clássica do cabimento da Reclamação fundada no art. 105, inciso I, letra "f", da Constituição Federal, para o fim de garantir a autoridade de decisão do STJ.

Contudo, a ressignificação da função das Cortes Supremas, decorrente da teoria dos direitos fundamentais, da eficácia normativa da Constituição, notadamente da norma-princípio, além da norma-regra, e, de consequência, da assunção, no Estado Constitucional Democrático de Direito, do Poder Judiciário como órgão que detém parcela de soberania, tanto quanto o Poder Legislativo, o constitucionalismo moderno passou a conferir de modo expresso e assumido que é tarefa do juiz não só aplicar o "texto da lei", mas, por certo, também interpretá-lo, do que resulta dessa "atividade hermenêutica" o texto da norma interpretada, ou o texto da "norma".[5] Em outras palavras, a partir do instante em que o texto de lei carece de atribuição de sentido, por meio da atividade interpretativa da jurisprudência, faz-se necessário buscar a norma não no texto frio da lei, mas nos fundamentos determinantes das decisões das Cortes Supremas (STF em matéria constitucional e STJ em matéria infraconstitucional). E tais fundamentos determinantes são considerados como a essência do precedente de um grupo de casos na jurisprudência, e podem ser identificados na motivação das decisões. Portanto, cabe ressignificar também a letra "f" do inciso I do art. 105 da CF, no sentido de que cabe Reclamação ao STJ para *garantir a autoridade dos precedentes contidos em suas decisões*.[6]

Não por outro motivo, a doutrina tem enfatizado essa ampliação na compreensão da letra "f" do inciso I do art. 105 da CF.[7]

2. DOS LIMITES DA COMPETÊNCIA DELEGADA AOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS PARA O PROCESSO E JULGAMENTO DE RECLAMAÇÃO, VISANDO GARANTIR A AUTORIDADE DOS PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Questão decorrente e que tem sido objeto de muitas dúvidas é a de saber quais os limites da competência dos Tribunais de Justiça dos Estados brasileiros para processar e julgar as Reclamações fundadas em violação da autoridade dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ),

4 STJ, Rcl 13.670, rel. Min. Eliana Calmon.

5 Sobre a diferença fundamental entre texto de lei (disposição) e norma, v. por todos, Riccardo Guastini, cf. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 24-28.

6 Nesse sentido, o texto escrito em conjunto com Marcella Ferraro, Reclamação constitucional: função e desafios. In: *Direito Constitucional Brasileiro*, v. 2, coord. Clèmerson Merlin Clève. São Paulo: RT, 2014, p. 757-772.

7 «É importante frisar a distinção entre garantir a competência e a autoridade das decisões de uma Corte Suprema diante de um específico processo e dos seus litigantes e garantir a competência e a autoridade das decisões de uma Corte Suprema perante a sociedade e o sistema judicial. É claro que essa distinção só pode ser vista quando se tem em conta um novo modelo de Corte Suprema, ou seja, uma Corte que a função de desenvolver o direito e de colaborar com o Legislativo, constituindo, assim, uma Corte de atribuição de sentido ao direito ou uma corte de interpretação, cujo trabalho se revela por meio de precedentes. Essa Corte expressa o direito que orienta a sociedade e se impõe sobre os tribunais e juízes. Por isso, a preservação da competência e a afirmação da autoridade das decisões de uma Corte de precedentes certamente não é algo que importa apenas aos litigantes. A preservação da autonomia da função e da autoridade das decisões do STJ tem a ver com a coerência da ordem jurídica e com a igualdade de todos perante o direito. Basicamente porque a ordem jurídica não mais está limitada à ordem legislativa. A reclamação, portanto, deve ser repensada, ou melhor, dogmaticamente elaborada à luz da função de que o STJ tem a incumbência de desenvolver no Estado contemporâneo. Atualmente, não é possível pensar que a reclamação tenha apenas o intuito de proteger as partes do processo em que a decisão foi ou há de ser prolatada. Afinal, o STJ não é mais uma mera Corte de correção, voltada à tutela da lei.". Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *O STJ enquanto Corte de precedentes.* São Paulo: RT, 2013, p. 240.

ou seja, dos motivos determinantes das decisões qualificadas daquela Corte da Federação que tenham atribuído sentido ao texto de lei federal e que impliquem, por esse motivo, uma desejada coerência e uniformidade da jurisprudência dos Tribunais e das Turmas Recursais de todo o país.

É sabido que não existe Turma Nacional de uniformização de jurisprudência, no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais.[8] Tampouco cabe Recurso Especial das decisões das Turmas Recursais nesses Juizados (Súmula 203[9] do STJ), sendo cabível exclusivamente Recurso Extraordinário ao STF (Súmula 640[10]).

Então, o que se tem percebido é que os Juizados Especiais Estaduais estão fora do sistema de precedentes, sem qualquer mecanismo de controle do não atendimento à autoridade das decisões do STJ, a não ser pela via da Reclamação, antes processada e julgada pelo próprio STJ (a partir de Resolução de 2009), e, agora, com o novo CPC/15, especialmente o disposto nos artigos 926, 927, 928 e 988, p. 5º, III, mediante delegação aos Tribunais de Justiça dos Estados.

O art. 1º da Resolução 03/2016 do STJ está assim redigido:

> Art. 1º Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes.

Sabe-se que há projetos[11] de Lei no Congresso Nacional para instituir a Turma Nacional de Uniformização (TNU) de Jurisprudência, no âmbito dos Juizados Especiais, a exemplo da TNU já existente, no âmbito dos Juizados Federais.

---

8 Diferentemente dos Juizados Especiais Federais, cujo art. 14, § 4º, da Lei 10.259/01, tem a seguinte redação: *"art. 14 [...]* § 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça - STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.». O Supremo Tribunal Federal também já reconheceu essa lacuna normativa, no âmbito dos Juizados Especiais dos Estados, ao julgar os Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário 571.572-8/BA.

9 Súmula 203 do STJ: *"Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais."*.

10 Súmula 640 do STF: "É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal.». Consequentemente, a parte interessada pode manejar Reclamação simultaneamente, objetivando assegurar a autoridade de Súmula Vinculante ou de Súmula "persuasiva" do STF ou tese firmada em Repercussão Geral, Recurso Extraordinário repetitivo ou ainda a autoridade de decisão em controle de constitucionalidade.

11 *PLC 16/2007*, de iniciativa do Poder Executivo, e *PL 5.741/2013*, de iniciativa do STJ, ambos com trâmite paralisado na Câmara dos Deputados, esse retirado de pauta em fevereiro de 2015, aquele aguardando análise do substitutivo do Senado Federal, desde 2010. Contudo, verifica-se, da última versão aprovada, que será cabível uniformização quando a decisão da Turma Nacional divergir de enunciado de Súmula do STJ ou de tese firmada em Recurso Especial repetitivo.

Contudo, enquanto não se aprova um desses projetos, surge um impasse no sistema.[12] Considerando o volume processual significativo que representam as Reclamações diariamente propostas, o STJ delegou o seu processo e julgamento aos Tribunais de Justiça dos Estados.

É pouco produtivo julgar inconstitucional a Resolução 03/2016 do STJ e, por esse motivo, não se conhecer das Reclamações nela fundadas, eis que essa decisão seria prontamente reformada pelo STJ (veja-se a decisão recente do STJ em matéria criminal similar ao problema posto – Reclamação 33.862).[13] Portanto, cabe firmar um entendimento dos limites da competência delegada pelo STJ, por meio da sobredita Res. 03/2016.

Entende-se que cabe interpretar restritivamente o art. 1º da mencionada Resolução do STJ, ou seja, caberia Reclamação somente quando o acórdão da Turma Recursal afrontar um dos seguintes "precedentes" do STJ: (i) tese firmada em IRDR; (ii) tese firmada em IAC; (iii) tese firmada em Recurso Especial repetitivo (geralmente fixada por uma das Seções do STJ ou pela Corte Especial do STJ); (iv) tese firmada em Súmula do STJ (fixada pela Corte Especial do STJ).

Crê-se que seja essa a compreensão do IAC e do microssistema das causas repetitivas (art. 928, I e II, CPC/15), assim como da referência em outros dispositivos ao IAC, IRDR, ao Recurso Especial repetitivo (art. 988, par. 5º, II[14]; art. 927, III, CPC/15) e às Súmulas do STJ (art. 927, IV, CPC/15), com vistas a manter uniforme, estável, coerente e íntegra a jurisprudência, na aplicação e interpretação do direito federal (art. 926, CPC/15).[15]

Mas quanto ao cabimento da Reclamação, no âmbito da Seção Cível (ou outro órgão indicado pelo Regimento Interno), ficaria restrita a violação das teses firmadas nesses "precedentes", pois nenhuma outra decisão do STJ poderia ser assim considerada, notadamente os motivos contidos em um Recurso Especial "*inter partes*", julgado numa das Turmas do STJ.

Até porque nem o STJ considera como um "precedente" as razões de decidir contidas em decisão monocrática ou colegiada, emanada de quaisquer das Turmas do STJ.

Somente a violação aos motivos determinantes contidos nos precedentes das Súmulas ou mesmo dos Recurso Repetitivos, IRDR ou IAC, é que pode ser objeto de Reclamação.

---

12 E por evidente não se pode permitir que essa lacuna normativa não seja colmatada, ainda que com criticável vício de forma, sob pena de se alimentar a dispersão da jurisprudência e a falta de estabilidade, fatores que afetam consideravelmente a já combalida credibilidade do Poder Judiciário (cf. Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: *Direito jurisprudencial*, coord. Teresa Arruda Alvim, v. I, São Paulo, RT, 2012, p. 40.

13 *"3. É injustificável que, depois de firmadas teses em recurso representativo de controvérsia, se persista na adoção de um entendimento incompatível com a interpretação dada por este Superior Tribunal. Nenhum acréscimo às instituições e ao funcionamento do sistema de justiça criminal resulta de iniciativas desse jaez, que apenas consagram resistência estéril a uma necessária divisão de competências entre órgãos judiciários, com base na qual cabe ao Superior Tribunal a interpretação do direito federal e ao Supremo Tribunal Federal a interpretação da Constituição da República."*.

14 Note-se que o inciso II do parágrafo 5º do art. 988 do CPC/15 estatui que "é inadmissível reclamação proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento **de recursos** extraordinário ou **especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias**.". Por argumento *a contrario*, quando esgotadas as instâncias ordinárias, ou seja, no prazo de recurso extraordinário, é cabível Reclamação para fazer valer precedente do STJ junto ao órgão fracionário indicado no Regimento Interno do Tribunal de Justiça, por força da delegação emanada da Resolução 03/2016 do STJ.

15 Note-se que o § 4º do art. 988 estatui que as hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação, ou seja, está se referindo **também** aos **enunciados de Súmula do STJ**, assim como às **teses jurídicas** firmadas em **Recurso Especial repetitivo**, IRDR e IAC, denotando que numa **interpretação sistemática com o inciso II, do** § 5º**, do art. 988, e os incisos III e IV do art. 927, e o § 2º do art. 926 do CPC/15,** as decisões do STJ cuja autoridade se deve garantir pela via da Reclamação, na perspectiva dos motivos determinantes dos precedentes que lhes serviram de base, são precisamente as **teses jurídicas** firmadas nos precedentes das Súmulas do STJ, assim como em Recurso Especial repetitivo, IRDR e IAC.

Acredita-se que assim se pode dar uma considerável restrição à aplicação da Resolução 03/2016 do STJ.

Portanto, nos casos em que não se aplique tal delegação, ou, dito de outro modo, quando não haja violação em tese de precedente do STJ (assim entendido, restritamente, ofensa direta à tese firmada em Súmula do STJ, ou à tese firmada em Recurso Especial repetitivo, IRDR ou IAC), não é de se conhecer da Reclamação ajuizada pela parte questionando a injustiça da decisão da Turma Recursal por má aplicação do direito infraconstitucional (visto que, no caso, somente caberia recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal/STF, restrito à matéria constitucional).

Isso não significa que a parte não tenha uma via processual para rever a decisão teratológica da Turma Recursal. Para tais casos, o remédio é o Mandado de Segurança, a ser processado e julgado na própria Turma Recursal.

Deveras, como as hipóteses de cabimento da Reclamação são restritas aos precedentes firmados em Súmula, Recurso Especial repetitivo, IRDR ou IAC, fora disso, a via será a do Mandado de Segurança contra ato da Turma Recursal a ser julgado pela própria Turma Recursal, pois não cabe Recurso Especial (Súmula 203 do STJ), tampouco Ação Rescisória (art. 59 da Lei 9099/95).[16]

Cabível, pois, a impetração de Mandado de Segurança contra ato judicial, assim considerado o ato da Turma, a ser julgado pela própria Turma, com fundamento no art. 5º, inciso II, da Lei do Mandado de Segurança[17], conforme pacífica jurisprudência do STF (por exemplo, AgRg no AI 666.523)[18] e do próprio STJ (Súmula 376).[19]

Portanto, com fundamento nas Súmulas que tratam do assunto (640 do STF, 203 do STJ, 376 do STJ, 41[20] do STJ), se é irrecorrível o acórdão da Turma Recursal ao STJ, resulta cabível Mandado de Segurança contra ato judicial da Turma Recursal dos Juizados Especiais, a ser processado e julgado pela própria Turma. Assim, quando for teratológica a decisão da Turma, ela própria poderá corrigir a injustiça pela via do Mandado de Segurança. Não é competência da Seção Cível do Tribunal de Justiça dos Estados apreciar injustiça ou decisão teratológica dos Juizados Especiais, tampouco reexaminar a prova de questão de fato, por força da Súmula 7 do STJ.

---

16 "Art. 59. Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei.".

17 "Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: [...] II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo". Nesse sentido, a Súmula 267 do STF: "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.".

18 "2. O Supremo Tribunal Federal enfrentou a matéria, e consignou que 'o julgamento do mandado de segurança contra ato de turma recursal cabe à própria turma, não havendo campo para atuação quer de tribunal, quer do Superior Tribunal de Justiça' (AgRg no AI 666.523, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, publicado no DJe em 3.12.2010.".

19 Súmula 376 do STJ: "Compete à turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial.". Reafirmando o verbete sumular, o seguinte julgado: "3. A jurisprudência do STJ indica que os Tribunais Regionais Federais não possuem a função revisional das decisões dos juizados especiais e de suas turmas recursais; ademais, no caso concreto, a impetração contra acórdão de turma recursal deve ser processada pela própria turma, e não por esta Corte Superior. Precedentes: RMS 16.376/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJ 3.12.2007, p. 363; RMS 20.233/RJ, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, DJ 22.5.2006, p. 250. Agravo regimental improvido." (AgRg no RMS 36.864/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 24/4/2012, DJe 2/5/2012)."

20 Súmula 41 do STJ: «O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar originariamente mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou dos respectivos órgãos.»

3. CONCLUSÕES

Conclui-se que: (i) das decisões emanadas de Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais que ofendam a autoridade dos precedentes do STJ, assim entendidas as decisões que divirjam das teses firmadas em Súmula, Recurso Especial repetitivo, IRDR ou IAC, cabe **Reclamação a ser processada e julgada pelo Tribunal de Justiça**; (ii) das decisões eventualmente teratológicas das Turmas Recursais, com base exclusivamente no direito federal, contudo sem ofender à autoridade de um precedente do STJ firmado em Súmula do STJ, tese firmada em Recurso Especial repetitivo, IRDR ou IAC, cabe **Mandado de Segurança** contra o referido ato judicial da Turma Recursal a ser **processado e julgado originariamente pela própria Turma Recursal**; (iii) de toda e qualquer decisão proferida por Turma Recursal que ofenda a Constituição, cabe Recurso Extraordinário ao STF, **desde que demonstrada Repercussão Geral**[21], sem prejuízo do simultâneo manejo de **Reclamação, todavia processada e julgada originariamente no STF**[22], quando a ofensa desafiar a autoridade de Súmula Vinculante, tese firmada no âmbito do Controle de Constitucionalidade, ou em Repercussão Geral, ou ainda em Recurso Extraordinário repetitivo, ou Súmula "persuasiva" do STF.

REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM, Teresa. Precedentes e evolução do direito. In: _____ (coord.). *Direito jurisprudencial*. V. I. São Paulo: RT, 2012.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros ensaios sobre a coisa julgada*. 3. ed. São Paulo: Forense, 1980.

MARANHÃO, Clayton; FERRARO, Marcella. Reclamação constitucional: função e desafios. In: CLÈVE, Clemerson Merlin. *Direito Constitucional brasileiro*. V. 2. São Paulo: RT, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes*. São Paulo: RT, 2013.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Sentença e coisa julgada: ensaios*. 2. ed. Porto Alegre, Fabris, 1988.

21 STF, ARE 835833, ARE 836319 e ARE 837318, todos da Relatoria do Ministro Teori Zavascki, plenário virtual, j. 19.3.2015.

22 Visto que, neste caso, o STF não "delegou" aos Tribunais de Justiça a sua competência para processar e julgar Reclamação para garantir a autoridade dos precedentes sobre os quais se fundam suas decisões.

Do abuso de direito ao abuso de direito processual: Espécies de abuso e soluções

ANTONIO AURÉLIO ABI-RAMIA DUARTE[1] | RAFAEL D'AVILA MATIAS FERREIRA[2]

Sumário: Introdução. 1. Abuso de Direito. 1.1. Histórico. 1.2. Teorias do Abuso de Direito. 1.2.1. Teoria subjetiva. 1.2.2. Teoria objetiva radical. 1.2.3. Teoria da anormalidade do dano. 1.2.4. Teorias Ffinalistas. 1.2.5. Teoria dos limites normativos internos. 1.2.6. Teoria do exercício contrário aos interesses 2. Abuso de direito processual ou abuso do processo. 3. Espécies de abuso de direito processual. 3.1. Litigiosidade contida. 3.2. Litigiosidade exacerbada. 3.2.1. Litigiosidade repetitiva. 3.2.2. Litigiosidade predatória. 3.2.2.1. Demandas fraudulentas. 3.2.2.2. Demandas temerárias. 3.2.2.3. Demandas frívolas. 3.2.2.4. Demandas procrastinatórias. 3.2.2.5. Assédio processual. 3.2.2.6. *Sham litigation*. 3.2.2.7. *Spam* processual. 4. O acesso à Justiça e o abuso de direito processual. 5. Soluções dos Tribunais. 5.1. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 5.2. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 5.3. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A excessiva litigiosidade é um fenômeno estudado no Brasil e em diversos outros países, por sua complexidade, questões sociais, comportamentais, institucionais e culturais, além de impactar no âmbito social, econômico e jurídico[3].

Nesse tema, excessiva litigiosidade, o ex-Ministro Sálvio de Figueiredo, em julgado do REsp 65.906-DF, já discorreu sobre o uso inadequado do processo, explicando que este não é um jogo de esperteza, mas instrumento ético da jurisdição para efetivação dos direitos de cidadania. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) concluiu que o Código de Processo Civil impõe aos litigantes um comportamento regido pela lealdade e pela boa-fé, o que se traduz na obediência a um padrão de conduta que razoavelmente se espera de qualquer pessoa em uma relação jurídica, impedindo a conduta abusiva e contrária à equidade[4].

---

1 Pós-Doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), sob orientação do Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luiz Fux. Pós-Doutorando na Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca (USAL), com revalidação pela UERJ. Mestre em Direito pela UERJ. Juiz de Direito do TJERJ.

2 Advogado. Bacharel em Direito pela UERJ. Servidor público concursado da UERJ.

3 BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM, *site*). LUNARDI, Fabrício Castagna; LEOPOLDINO, Frederico Augusto Koehler; FERRAZ, Taís Schilling (coord.). *Tratamento da litigiosidade brasileira: Diagnósticos, abordagens e casos de sucesso*. 2023. Disponível em: https://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/colecao-pesquisa-e-inovacao/tratamento-da-litigiosidade-brasileira/. Acesso em: 8 set. 2023.

4 BRASIL. STJ (3ª T.), Agr. Reg. no REsp nº 709.372, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe 3 jun. 2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200401747088&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em: 8 set. 2023.

Sobre as condutas abusivas, destaca-se que há cláusulas gerais e princípios gerais comuns sobre o tema em ordenamentos jurídicos estrangeiros, como a cláusula da boa-fé (*bona fides* do Direito romano; *buona fede* do Direito italiano; *Treu und Glauben* do Direito alemão, que divide a boa-fé em lealdade e crença)[5].

O conceito de "abuso" tem sua origem no direito material, especificamente no direito de propriedade, e o conceito de Abuso de Direito Processual deriva de valores gerais de lealdade e correção enraizados no sistema legal, mesmo no ordenamento estrangeiro, como ensina Taniguchi, exemplificando, no Direito japonês, especificamente, os arts. 1 e 3, do Código Civil japonês, e no Código de Processo Civil japonês, que menciona, expressamente, o princípio da "boa-fé e confiança", nos procedimentos civis[6].

Ainda sobre o abuso de direito, Clóvis Beviláqua ensinou que o art. 160 do Código Civil brasileiro de 1916 explicitou o conceito de Abuso de Direito, ao abordar o exercício regular de direito. Assim, o exercício anormal do direito, ou exercício irregular de direito, seria um ato abusivo. Logo, ato abusivo de direito seria aquele exercício anormal de direito causador de dano, ensejando, consequentemente, ressarcimento do dano[7].

Outros autores, como Demogue, Ruggiero, Henri Lalou e Jean Carbonnier, entendem que o abuso de direito se configura a partir do fim perseguido pelo ato, ou seja, se possui finalidade de causar dano a outros, o ato é abusivo[8].

Todavia, há quem defenda que o abuso de direito ou exercício anormal do direito pode se caracterizar sem a intenção de prejudicar terceiros, exigindo que haja pelo menos proveito próprio de quem exerceu o ato de direito (Saleilles e Josserand), chamado por Santiago Dantas de aspecto objetivo do ato[9].

É indubitável que, sobre o Abuso de Direito Processual, uma das principais consequências é o congestionamento do Poder Judiciário. Por isso, tal tema é de suma importância para a busca de soluções que visem à otimização dos recursos públicos. Daí porque há críticas de autores por soluções simples que geram um ônus cada vez maior para o Estado, como a de buscar o aumento do quantitativo de juízes, objetivando um maior número de julgamentos de casos. Seria como apenas aumentar o número de médicos e de leitos em hospitais, em vez de estimular campanhas, como de vacinação[10], ou não utilizar os *nudges*, os quais são estímulos pequenos que exercem um impacto significativo na tomada de decisão dos indivíduos, sem limitar direitos e liberdade de escolhas, e sem que isso seja impositivo [11]. Um caso bem-sucedido de *nudge* foi o criado pelo acordo entre o governo do Reino Unido e três redes de supermercados do país, em que foi alterada a disposição das bebidas alcoólicas para desestimular o consumo nacional[12].

---

5 Cf. TARUFFO, Michelle. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). In: *Revista de Processo*, v. 177, nov. 2009.

6 Idem, Ibidem.

7 Cf. ROSAS, Roberto. Abuso de direito e dano processual. In: *Revista de Processo*, v. 32, p. 28-38, out.-dez. 1983.

8 Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit Civil: Les obligations*. V. 4. Paris : Presses Universitaire de France, 1969, p. 337, apud ROSAS, Roberto. Op. cit.

9 DANTAS, Santiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 105, apud ROSAS, Roberto. Op. cit.

10 Cf. ARAGÃO, E. D. Moniz de. Estatística Judiciária. In: *Revista de Processo*, v. 110, p. 9-18, abr.-jun. 2003.

11 Cf. RKL SILVEIRA, Bruno Furtado. Audiência preliminar conciliatória como exemplo de *nudge* no Direito Processual Civil. In: RKL (*site*). Disponível em: https://rkladvocacia.com/audiencia-preliminar-conciliatoria-como-exemplo-de-nudge-no-direito-processual-civil-2/. Acesso em: 8 set. 2023.

12 Cf. BISSETTI, Marcio Alexandre de Melo e. *Aplicações da teoria dos incentivos e da economia comportamental para a geração de eficiência nas relações de trabalho*. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: Fundação

Assim, no presente trabalho será abordada a origem histórica do instituto do Abuso de Direito, do Abuso do Direito Processual, suas espécies, e como os tribunais têm lidado com a questão, embora ressaltando que não há, aqui, o objetivo de exaurir o tema.

1. ABUSO DE DIREITO

O uso abusivo dos direitos aparenta uma contradição, pois, ou o ato é lícito ou ilícito. Assim, o exercício do direito em excesso já não é mais direito, mas sim um ato ilícito, uma vez que "não poderia haver uso abusivo de um direito pela razão irrefutável de não poder o mesmo ato ser ao mesmo tempo conforme ao direito e contrário ao direito".[13]

O abuso do direito é ato humano com repercussão jurídica, mas a doutrina é reticente em classificar o abuso de direito como ato ilícito[14]. Sílvio Venosa, por exemplo, não insere o abuso de direito na categoria dos atos ilícitos, pois, para o ilustre autor, o ato jurídico possui objeto lícito, mas o seu exercício acarreta um resultado ilícito[15]. Heloísa Carpena entende que o abuso de direito seria uma categoria autônoma da antijuridicidade, fundamentando-se da afirmação do art. 160, I, do antigo **Código Civil de 1916**[16].

Outros autores, como Paulo Nader e Carlos Roberto Gonçalves, em sentido contrário, entendem que, ao afirmar que o exercício regular de direito **é ato lícito, reconhece-se que o exercício irregular do direito é ato ilícito**[17].

No atual Código Civil de 2002, considera-se que comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos, seja: a) fim econômico ou social; b) boa-fé; ou c) bons costumes[18].

Sobre o fim econômico ou social, trata-se de afirmar que o direito, mesmo o individual, possui um interesse coletivo latente[19]. Ainda sobre o conceito de fim econômico e social, trata-se das finalidades buscadas no direito econômico e nos direitos sociais constitucionalmente previstos: a) direito econômico: dimensão institucional com finalidade de realização de determinada política econômica; e b) direitos sociais: forma de tutela pessoal[20].

Contudo, ambos (direito econômico e social) estão intrinsicamente ligados, o que gera dificuldade em cindi-los, a exemplo dos direitos dos trabalhadores que geram impactos diretos na ordem

---

Getúlio Vargas, 2020. Disponível em:
Disponível em: https://www.oasisbr.ibict.br/vufind/Record/FGV_8ca4a4d79e0b5cc615e5affb3f51f499. Acesso em: 8 set. 2023.

13 Cf. AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. São Paulo: Editora Saraiva, 1932, p. 2-3.

14 Cf. LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Abuso de direito. In: ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUC-SP (*site*). Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/478/edicao-2/abuso-de-direito. Acesso em: 8 set. 2023.

15 VENOSA, Sílvio de Salvo. Abuso de direito. In: _____. *Direito Civil: Parte Geral*. V. 1. 22. ed. Barueri (SP): Atlas, 2022, p. 493-498.

16 BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. "Art. 160. Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; [...]". Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 11 set. 2023.

17 NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 423; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: Parte Geral*. V. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

18 BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 11 de set. 2023.

19 Cf. COMPARATO. Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 25, n. 63, p. 71-79, jul.-set. 1986.

20 Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

econômica, por ser um componente das relações de produção. Não obstante, a Constituição Federal incluiu os direitos trabalhistas como uma espécie de direitos sociais, e o trabalho, como primado básico da ordem social (arts. 7º e 193)[21].

A boa-fé no nosso ordenamento jurídico pátrio se divide em: a) boa-fé subjetiva; e b) boa-fé objetiva. A boa-fé subjetiva ou o "agir de boa-fé" é um estado subjetivo decorrente do conhecimento de certas circunstâncias, e, uma vez constatada, traz consequências legais, a exemplo da posse de boa-fé, em que o decurso do tempo pode gerar a aquisição da propriedade por usucapião[22].

A boa-fé objetiva é um modelo de conduta que segue valores éticos e morais da sociedade. Trata-se de uma cláusula geral do Direito que não traça a hipótese, tampouco a consequência, pela violação do instituto, ou seja, funciona como "janelas abertas deixadas pelo legislador para preenchimento pelo aplicador do Direito, caso a caso"[23].

Gustavo Tepedino criticava a existência da boa-fé objetiva, como cláusula geral, pois, segundo o eminente autor, já esteve prevista no Código Comercial de 1850 e não foi utilizada. Atacava também o problema da não definição conceitual e de suas respectivas consequências, em caso de violação, afirmando que geraria insegurança jurídica pelo alto grau de discricionariedade[24]. No entanto, mudou seu posicionamento, haja vista que as cláusulas gerais, inclusive a boa-fé objetiva, permitem que incluam-se valores constitucionais no momento em que o intérprete amolda as previsões normativas aos casos concretos, auxiliando na sua delimitação[25], como ocorrido no Enunciado n. 1 da I Jornada de Direito Processual Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em que se afirmou que a boa-fé objetiva dispensa comprovação do *animus* do sujeito processual[26].

O costume, por sua vez, é composto de dois elementos: a) prática reiterada de um comportamento (elemento externo ou material); e b) convicção de sua obrigatoriedade (elemento interno ou psicológico, caracterizado pela *opinio juris et necessitate*). O costume pode também ser conceituado como sendo a prática uniforme, constante, pública e geral de determinado ato, com a convicção de sua necessidade[27].

Para que o costume tenha relevância, no âmbito jurídico, precisa se converter em costume jurídico, através da ciência da prática pelo Poder Judiciário, tratando-se assim da chamada confirmação jurisprudencial[28].

---

21 Idem, Ibidem.

22 Cf. MARTINS-COSTA, Judith. In: ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUC-SP (*site*). Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais), apud LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Op. cit.

23 Cf. MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. No mesmo sentido, GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit.

24 TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____ (coord.). *A parte geral do novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3-6.

25 TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento. In: *Revista de Direito do Estado*, n. 7, p. 69-80, jul.-set. 2007.

26 Idem, Ibidem.

27 Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. V. 1. 38. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012, cit.; DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, cit.; PEREIRA, Caio Mário da Silv. *Instituições de Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil. Teoria de Direito Civil. V. 1. 24. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2016, cit.; AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 7. ed. rev., modif. e aument. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, cit., todos, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit.

28 GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10. ed. rev. e atual., de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007, cit.; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 46,

Trata-se, em regra, de uma fonte supletiva no Direito brasileiro, devido à sua constituição no sistema de *Civil Law*, diferentemente dos ordenamentos jurídicos estrangeiros do sistema de *Common Law*, no qual o costume é fonte direta e primária do Direito. No Brasil, o costume está colocado em plano secundário, em relação à lei. O costume, portanto, é fonte subsidiária ou fonte supletiva.

Por fim, vale ressaltar que há dispositivos legais no Código Civil de 2002, no que se refere aos bons costumes para além da integração normativa, que atuam como limitadores dos direitos subjetivos – um costume *secundum legem*, *i.e.*, segundo a lei: a) "Art. 13 - Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. [...]"; b) "Art. 1.638, III - Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: [...] III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes"; além do art. 187, já mencionado[29].

Um critério para definir abuso de direito, que sintetiza bem as teorias que desenvolveram o instituto, é o de Jorge Manuel Coutinho de Abreu: "[...] há abuso de direito quando um comportamento, aparentando ser exercício de um direito, se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem"[30]. Esse conceito se aproxima das ideias exaradas pelos juristas dos países estrangeiros, como no Código Civil da Alemanha (§ 226)[31]; no suíço (art. 2º)[32]; no austríaco (art. 1.295, segunda parte)[33]; no helênico de 1940 (art. 281)[34]; no lusitano de 1967 (art. 334º)[35]; no argentino de 1871 (art. 1.071)[36], com

---

cit., ambos, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit.

29 Cf. LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Op. cit.

30 ABREU, José Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. 1. ed. Lisboa: Almedina, 1983, p. 43.

31 "O exercício de um direito é inadmissível quando somente pode ter por fim causar dano a outrem" ("The exercise of a right is not permitted, if it only has the purpose of causing damage to another", cf. Código Civil alemão. Título original: *German Civil Code – BGB*). Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.pdf. Acesso em: 13 set. 2023.

32 "1. Todos devem exercer seus direitos e de executar suas obrigações segundo as regras da boa-fé. 2. O abuso manifesto de um direito não é protegido pela lei" ("1. Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter sés obligations selon les règles de la bonne foi. 2. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protege par la loi"). Disponível em: www.admin.ch. Acesso em: 13 set. 2023, apud NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Abuso de direito e o seu conhecimento de ofício pelo juiz. In: *Revista de Direito e Liberdade*, v. 11, p. 1-12, 2010, p. 2.

33 "[...] Do mesmo modo, aquele que causa um prejuízo intencional de maneira contrária aos bons costumes é responsável; mas, no caso do dano ser produzido no exercício de um direito, somente se este tinha o fim evidente de prejudicar outrem" ("De même, celui qui cause um dommage intentionnel d'une manière contraire aux bonnes moeurs en est responsable, mais seulement au cas où il s'est produit dans l'exercice, si l'exercise de ce droit avait pour but évident de nuire à l'autre", cf. *Code Civil Général autrichien*. Paris: Editions A. Pedone, 1947, p. 231. Trad. Michel Doucet), apud NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Op. cit., p. 2.

34 "O exercício de um direito é proibido se excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé, ou pelos bons costumes, ou pelo fim social ou econômico do respectivo direito" ("L'exercice d'um droit est prohibé s'il dépasse manifestement les limites imposées par la bonne foi ou les bonnes moeeurs ou par le but social ou économique dudit droit", cf. *Code Civil hellénique*. Atenas: Institut Hellénique de Droit International et Étranger, 1956, p. 44. Trad. Pierre Mamopoulos), apud NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Op. cit., p. 2.

35 "É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito". Disponível em: https://www.stj.pt/. Acesso em: 25 mar. 2010, apud NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Op. cit., p. 2.

36 "A lei não ampara o exercício abusivo dos direitos. Considera-se tal o que contraria os fins que aquela visou ao reconhecê-los, ou o que excede aos limites impostos pela boa-fé, a moral e os bons costumes. O tribunal deve ordenar o necessário para evitar os efeitos do exercício abusivo e, segundo as circunstâncias, procurar a reposição ao estado de fato anterior e fixar uma indenização" ("La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines que ella tuvo en mira al reconocerlos, o el que excede los limites impuestos por la buena fe,

a reforma de 1968, patrocinada pela Lei nº 17.711, de 22 de abril de 1968; no espanhol, após a reforma do seu Título Preliminar, ocorrida em 1974 (art. 7.2)[37]; no quebequense de 1991 (art. 7º)[38]; no holandês de 1992 (Livro III, art. 8º)[39], e ainda na jurisprudência francesa[40] e italiana [41].

1.1. HISTÓRICO

Há quem diga que a noção de Abuso de Direito já existia no direito antigo, nas máximas proferidas por Cícero ("*summum jus summa injuria*", *i.e.*, "do excesso do direito resulta a suprema injustiça"); por Paulo ("*non omne quod licet honestum est*" , *i.e.*, "nem todo ato lícito é honesto"); por Ulpiano ("*juris praecepta haec sunt honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*", *i.e.*, "viver honestamente, não prejudicar ninguém e dar a cada um o que é seu"); por Celso ("*malitis non est indulgendum*" , *i.e.*, "a malícia não merece indulgência"), ou pelo imperador Leão ("*ususquisque suis fruatur et non inhiet alienis*", *i.e.*, "nossos direitos devem ser exercidos sem o intuito de prejudicar os dos outros"), entre outras[42].

Ressalta-se que também já existiam os atos de emulação (*aemulatio*), com finalidade exclusiva de prejudicar terceiro. Inclusive, no Direito medieval, com a prática frequente da emulação, adstringiu-se o exercício dos direitos subjetivos à sua finalidade social e econômica[43].

---

la moral o las buenas costumbres. El tribunal debe ordenar lo necessario para evitar los efectos del ejercicio abusivo y, según las circunstancias, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indenización"). Disponível em: www.biblioteca-jus.gov.ar. Acesso em: 14 ago. 2006, apud NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Op. cit., p. 2.

37 "A lei não ampara o abuso do direito ou o exercício antissocial do mesmo. Todo ato ou omissão que, pela intenção do seu autor, por seu objeto, ou pelas circunstâncias em que se realize, ultrapassar, manifestamente, os limites normais do exercício de um direito, com dano para terceiro, dará lugar à correspondente indenização e à adoção das medidas judiciais ou administrativas que impeçam a persistência no abuso" ("La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisón que por la intención, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la dopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso"), apud NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Op. cit., p. 2.

38 "Nenhum direito pode ser exercido com o propósito de prejudicar outrem, ou duma maneira excessiva e desarrazoada, indo assim ao encontro das exigências da boa-fé" ("Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi"). Disponível em: Disponível em: https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/version/lc/CCQ-1991?code=se:7&historique=20221011. Acesso em: 30 mar. 2010, apud NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Op. cit., p. 2-3.

39 "Um direito limitado é um direito derivado duma lei geral, a qual é plena em direitos limitados" ("Un droit limité est un droit qui est derive d'une loi plus globale, qui est chargé des droits limites"). Disponível em: www.wetboek-online.nl. Acesso em: 26 mar. 2010, apud NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Op. cit., p. 2-3.

40 Foi usada a teoria do Abuso de Direito nos seguintes casos-paradigma: a) julgado do Tribunal de Apelação de Colmar (D. 56, de 2 de maio de 1855), a qual condenou o proprietário que edificou uma falsa chaminé, sem qualquer utilidade para o seu imóvel, unicamente para suprimir a visão da janela do seu vizinho; b) pronunciamento da Cassação Civil (D. P. 73, de 5 de fevereiro de 1872), sancionando o empregador que, mesmo exercendo o direito que lhe conferir o art. 1.780 da redação primeira do Código Civil, rescindiu locação de serviços por tempo indeterminado, sem a existência de justos motivos; c) deliberação do Tribunal de Compiègne (D. 1913, de 9 de fevereiro de 1913), ao repreender a postura de proprietário que edificou em seu imóvel dispositivo, contendo peças pontiagudas de ferro, com a finalidade de perfurar os balões construídos no prédio contíguo, apud NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Op. cit., p. 3.

41 Proibição do Abuso de Direito como princípio em diversos setores do Direito Privado, fazendo-o com amparo nos arts. 833 (atos emulativos) e 1.175 (comportamento com correção), do Código Civil de 1942. PATTI, Salvatore (Abuso del diritto. In: *Digesto delle Discipline Privatistiche – sezione civile*. 4. ed. Turim: UTET, 1998. V. 1, p. 4, aponta decisões da Corte de Cassação, de 20 de junho de 1972; do Tribunal de Bolonha, de 5 de novembro de 1970; do Tribunal de Milão, de 4 de julho de 1975, e do Tribunal de Turim, de 13 de junho de 1983, apud NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Op. cit., p. 3.

42 Apud LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Op. cit.

43 Idem, Ibidem.

Percebe-se, desde então, que o Direito foi se desenvolvendo, estruturado em institutos éticos, combatendo o caráter individualista[44].

O Código de Napoleão, no art. 1.382, consubstanciou a regra geral da responsabilidade civil: "Todo fato de um homem, que cause a outro um dano, obriga-o pela falta do qual ele é chegado a repará-la". É evidente que é uma tentativa de combater o uso inadequado do Direito, no entanto, apesar de afirmar que o fato cometido é proibido, ou que o fato omitido é imperativo da lei, conclui, equivocadamente, que o fato danoso a terceiro é falta reparável[45].

Todavia, a jurisprudência francesa, mormente a do século XIX, utilizou o critério da antissociabilidade para definir a existência ou não do abuso de direito, ou seja, quando ultrapassada a satisfação de um interesse "sério e legítimo", a exemplo do julgado da Corte de Colmar, onde um proprietário de imóvel construiu uma falsa chaminé de grande porte, com o objetivo de criar sombra no imóvel do vizinho. Mesmo nessa época em que vigorava a ideia de propriedade como direito absoluto, entendeu-se que houve exacerbação dos limites da satisfação de um interesse sério e legítimo[46], assim como no caso Clément-Bayard, em que o proprietário rural vizinho de hangar de dirigíveis realizou construções em seu imóvel, com o intuito de dificultar a decolagem e o pouso, sendo que, após a ocorrência de um acidente, houve pedido judicial de perdas e danos cumulado com pedido de demolição da estrutura, logrando-se êxito, sob o mesmo fundamento da teoria do abuso de direito[47].

1.2. Teorias do Abuso de Direito

Diante da nebulosidade de se definir critérios claros sobre quando se configura o Abuso de Direito, surgiram diversas teorias: a) teoria subjetiva; b) teoria objetiva radical; c) teoria da anormalidade do dano produzido pelo ato; d) teorias finalistas; e) teoria dos limites normativos internos; e f) teoria do exercício contrário aos interesses[48].

1.2.1. Teoria subjetiva

Sustentada por Bufnoir, Baudry-Lacantinerie, Domolombe e Chaveau, segundo essa teoria haveria abuso de direito quando o exercício de um direito estivesse maculado com a intenção de causar dano a terceiro (dolo ou má-fé), sem interesse econômico [49].

A maior crítica é a dificuldade de se comprovar o dolo ou má-fé, por se tratar de questões de foro íntimo. No entanto, para os subjetivistas, a análise das próprias circunstâncias do ato lesivo determinaria se houve ou não abuso, quando, no exercício de um direito, não se pudesse descobrir intenção outra, senão a de prejudicar, configurando-se, assim, o abuso de direito[50].

Outra crítica é a de que, ainda que se usasse essa análise citada, na prática, o agente que cometeu o abuso de direito facilmente encontraria uma justificativa para o exercício do seu direito, com finalidade econômica ou proveito próprio, mascarando o seu dolo ou má-fé[51].

---

44 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*. 12. ed. atual. por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959, p. 347.

45 MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1997, p. 34.

46 Cf. JOSSERAND. *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*. Paris: Dalloz, 2006, p. 24, cit.; AMARAL, Francisco. Op. cit., p. 199, cit., ambos, apud LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Op. cit.

47 Idem, ibidem.

48 Cf. LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Op. cit.

49 AMERICANO, Jorge. Op. cit., p. 24.

50 Idem, Ibidem.

51 Idem, Ibidem.

1.2.2. Teoria objetiva radical

Defendida, inicialmente, por Saleilles, apesar de ter mudado sua posição posteriormente, essa teoria, a princípio, determinava que, havendo dano, independentemente de como se exercitava o direito, o terceiro prejudicado deveria ser indenizado[52].

Posteriormente, foi desenvolvido um critério misto por Giorgi, Huc, Ferraroti, Ricci e Chironi, que identifica um ato abusivo, através de uma análise objetiva da intenção do agente, tendo como base o homem médio[53].

Ainda assim, **é uma teoria** frágil, pois, se, inicialmente, qualquer direito que ensejasse algum prejuízo a terceiro fosse abuso de direito, as pessoas não exercitariam o direito, uma vez que, se de um lado existe um direito, do outro existe uma obrigação; logo, todo exercício de direito seria abuso de direito[54].

Outra crítica é a de que a definição de homem médio é um conceito indeterminado, pois o que antes era denominado como homem médio, hoje se chama de pessoa natural comum que se define a partir das regras de comportamento e de experiência, estando de acordo com a teoria tridimensional de Reale. É a utilização como parâmetro da conduta do homem razoável (*reasonable man*). Percebe-se, desse modo, como não há uma definição exata, apesar dos esforços da doutrina.

1.2.3. Teoria da anormalidade do dano

Defendida por Char-Mont, Bonnecase, Lalou, Carbonnier e Savatier[55], o abuso do direito ocorre quando tais danos ultrapassassem limites impostos e legitimados pelas próprias necessidades sociais, verificados em função do princípio da equidade[56].

A crítica é a de que, ainda que o dano seja anormal, pode ser um mero exercício de direito, sem qualquer abuso. O dano só é ilegítimo quando ilegitimamente causado. Não se deve pautar o critério pelo resultado (dano), mas sim pela causa (motivo ou justificativa)[57].

1.2.4. Teorias Finalistas

Principal autor foi Louis Josserand. Essas teorias no geral entendem que o abuso de direito está configurado quando o exercício de direito está esvaziado de interesse econômico ou finalidade social, chamado de critério social ou finalista, também chamado de direitos-função, no entanto, não deixa de avaliar o critério intencional (intenção de prejudicar) e o critério **técnico** (exercício incorreto do direito)[58].

Josserand, após indagações de outros autores, conclui que o que diferencia especificamente um ato normal de um ato abusivo é o motivo (legítimo ou ilegítimo). No entanto, não conceitua o que seria motivo legítimo, apenas exemplifica os ilegítimos (conluio fraudulento, fraude à lei, dolo, intenção de prejudicar, má-fé, negligência, imperícia, falta técnica, entre outros)[59].

---

52 Cf. CONDORELLI, Epifanio L. *El abuso del derecho*. La Plata: Platense, 1971, p. 22, apud LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo, op. cit.

53 Cf. AMERICANO, Jorge. Op. cit., p. 25.

54 Idem, Ibidem.

55 Cf. CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*. 6. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2015, p. 76-77, apud LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Op. cit.

56 Cf. LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Op. cit.

57 Idem, Ibidem.

58 ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Op. cit., p. 17.

59 Idem, Ibidem.

Apesar dos esforços dos autores finalistas em definir os critérios que se afastem da subjetividade, caem em soluções complexas e pouco objetivas[60].

1.2.5. Teoria dos limites normativos internos

O autor Castanheira Neves defende que todo o direito subjetivo tem limites normativos internos que não se podem superar; são fundamentos teleológicos cujo significado e alcance são preservados justamente por intermédio do abuso do direito[61].

No entanto, identificar os limites normativos internos ou os fundamentos teleológicos da norma (intenção normativa) equivale a localizar a sua finalidade ou função, o que faz receber as mesmas críticas das teorias finalistas[62].

1.2.6. Teoria do exercício contrário aos interesses

O principal defensor é Müller-Erzbah, que aproxima o conceito de abuso do direito ao conceito de exercício contrário aos interesses[63].

Orlando de Carvalho afirma que os direitos são puros e simples mecanismos de promoção e defesa da autonomia da pessoa, instrumentos do poder de autodeterminação, não são morais ou imorais[64].

Se os direitos **são instrumentos de autodeterminação** para buscar interesses, em sentido contrário, não servem para negarem interesses. Caso venham a negar interesses, ainda que se obtenha vantagens econômicas ou sociais, com reflexos sensíveis em terceiro ou interesses da coletividade, será abuso de direito[65].

2. ABUSO DE DIREITO PROCESSUAL OU ABUSO DO PROCESSO

O conceito de "abuso" é vago, bem como o conceito de Abuso de Direito Processual. Geralmente utilizam-se conceitos abertos, como "deslealdade processual flagrante", de "quebra de lealdade", de "má-fé", de "conduta fraudulenta", de "táticas dilatórias", de "propósitos impróprios", violação de princípios gerais ou de padrões do devido processo, do julgamento justo, da boa-fé[66]. Contudo, não é deficiência do sistema brasileiro, ao contrário, é algo comum em sistemas estrangeiros, pois também não possuem definições gerais para o ADP. Em vez disso, há regras específicas sancionando alguns atos que podem ser considerados como abusivos (como na Alemanha e Áustria), ou julgamentos nos quais as cortes afirmam que diversos tipos de condutas processuais são abusivas (como no Reino Unido)[67].

---

60 Cf. LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo, op. cit.

61 NEVES, Antônio Castanheira. *Lições de introdução ao estudo do direito.* Coimbra, 1968-1969. In: LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Op. cit.

62 Cf. LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Op. cit.

63 MÜLLER-ERZBAH, Rudolf. Die Rechtswissenschaft im Umbau: ihr Vordringen zu den bestimmenden Elementen des Zusammenlebens, cit.; SÁ, Fernando Augusto Cunha de. Abuso do direito, cit., ambos, apud LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Op. cit.

64 CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: COPIOGRAF, 1981, p. 44, apud LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Op. cit.

65 CARVALHO, Orlando de. Op. cit., p. 59 e 63, apud LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Op. cit.

66 Cf. TARUFFO, Michelle. Op. Cit.

67 Idem, Ibidem.

A teoria do abuso do processo nasce da teoria do abuso do direito. O abuso do processo deve ter como ponto de partida a doutrina do abuso do direito, mas ressalvando-se as peculiaridades do direito processual, em relação ao direito material[68].

Como mencionado no capítulo introdutório deste trabalho, uma das consequências do abuso de direito processual, se não uma das principais, é o congestionamento do Poder Judiciário, que leva à perda da qualidade na prestação jurisdicional, já que é inviável o aumento indefinidamente de gasto de recursos públicos, na proporção de aumento de demandas judiciais, sobretudo, das demandas daqueles que abusam do direito de ação e fabricam demandas[69].

Como bem pontuado pelo Ministro Barroso, o exercício abusivo do direito de deflagrar a jurisdição, a litigiosidade excessiva, a utilização do Judiciário como instrumento para a obtenção de acordos indevidos, ou, ainda, para a procrastinação do cumprimento de obrigações, implica o uso ilegítimo do Judiciário e a sensação difusa de que a Justiça não funciona. Além do volume desproporcional de processos comprometer a celeridade, a coerência e a qualidade da prestação jurisdicional, importa em ônus desmedidos para a sociedade, à qual incumbe arcar com o custeio da máquina judiciária[70].

Michele Taruffo explica que o abuso de direito processual ocorre quando uma parte atua com o objetivo de atingir finalidades ilegais ou indevidas, ainda que formalmente não haja uso indevido de regras processuais[71]. Como forma de reprimir tal conduta, o autor propõe a aplicação das cláusulas gerais com previsão expressa da boa-fé objetiva, deveres de lealdade, transparência, princípio do devido processo legal e dever de cooperação[72].

Segundo Humberto Theodoro Júnior, se o indivíduo ajuíza uma demanda judicial (usa seu direito de ação), perseguindo objetivo que não seja o de buscar solução judicial para litígio material, valendo-se de procedimento adequado, quando a atuação do Poder Judiciário se mostrar realmente necessária para a satisfação do direito subjetivo que se acredita ser titular, o indivíduo estará praticando abuso de direito, o qual, conforme o art. 187 do Código Civil, ato jurídico ilícito, devendo ser reprimido pelo Poder Judiciário, ainda que o ato abusivo não resulte em dano indenizável[73].

O abuso de direito de ação se manifesta, principalmente, pelos chamados "litígios artificiais", que são ações que veiculam litígios artificialmente criados, ou seja, com objetivos diversos daquele para o qual se garante juridicamente o direito de ação. A consequência principal é contribuir para o congestionamento processual, impedindo a efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo e a efetiva prestação jurisdicional[74], ou seja, o litígio artificial é quando o litígio não é um litígio material[75].

---

68 ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43.

69 BRASIL. STF. ADI 3995 / DF – Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.995/DF. Ementa: Direito Constitucional e Processual do Trabalho. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Depósito prévio em ação rescisória. Acesso à Justiça e ampla defesa. Proporcionalidade. Rel. Ministro Luis Roberto Barroso. Julgamento: 13/12/2018. Publicação: 01/03/2019. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749267870. Acesso em: 28 set. 2023.

70 Idem, Ibidem.

71 TARUFFO, Michele. Op. cit.

72 Idem, Ibidem.

73 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. 2. ed. V. III, tomo II. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2003, p. 128-129.

74 VIEIRA, Mônica Silveira. *Abuso do direito de ação e seu enfrentamento no contexto do TJMG*. Belo Horizonte: Escola Judicial Edésio Fernandes/Centro de Inteligência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 2021, p. 38. Disponível em: https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/12430. Acesso em: 15 set. 2023.

75 Idem, Ibidem, p. 22.

A Ministra Nancy Andrighi, em seu voto vencedor no julgamento do Recurso Especial n. 1.817.845-MS, reconheceu o abuso de direito processual, sob o nome de "assédio processual", por parte dos réus recorridos. Afirmou, em seu voto, que utilizaram seu direito ao acesso à Justiça para privar os autores, "por décadas, de usar, dispor e fruir da propriedade familiar de que são herdeiros". A julgadora concluiu, no sentido de que os deveres da boa-fé, da ética e da probidade estão "presentes no tecido social" e são ínsitos ao direito; assim, o simples fato de o manejo de determinada ferramenta processual ser, em tese, possível, não significa que sua utilização seja sempre lícita[76]. Ao fim, fixou-se a tese jurídica de que "o ajuizamento de sucessivas ações judiciais, desprovidas de fundamentação idônea e intentadas com propósito doloso, pode configurar ato ilícito de abuso do direito de ação ou de defesa, o denominado assédio processual"[77].

3. ESPÉCIES DE ABUSO DE DIREITO PROCESSUAL

O instituto do abuso de direito está inserido no conjunto da litigiosidade exacerbada, mais especificamente, na litigiosidade predatória.

A litigiosidade seria um gênero[78], sendo espécies a litigiosidade contida[79] e a litigiosidade exacerbada (subdividindo-se em litigiosidade predatória e litigiosidade repetitiva). Quanto à "litigiosidade (ou litigância) predatória", por sua vez, autores identificam 7 (sete) espécies desse tipo de litigância: a) demandas ou condutas fraudulentas; b) demandas ou condutas temerárias; c) demandas ou condutas frívolas; d) demandas ou condutas procrastinatórias; e) assédio processual; f) "*Sham litigation*"; e g) "*Spam* processual"[80].

3.1. Litigiosidade contida

A litigiosidade contida **é o oposto da litigiosidade exacerbada**. Na contida, os conflitos levados ao Poder Judiciário são menores, em razão de barreiras existentes, tais como custas, necessidade de advogado e impossibilidade de produzir provas[81]. Reconhecendo sua existência, o sistema jurídico brasileiro promoveu medidas para ampliar o acesso ao Poder Judiciário, como a criação dos Juizados Especiais, rito mais célere e sem custo inicial.

3.2. Litigiosidade exacerbada

Em apertada síntese, refere-se a conflitos que, em princípio, poderiam ou mesmo deveriam ser resolvidos fora do âmbito do Poder Judiciário. No entanto, devido a várias razões, ou até distorções, acabam sendo encaminhados como processos judiciais. Isso ocorre em detrimento de outras formas de resolução que seriam mais adequadas para o caso e/ou menos onerosas para as partes envolvidas, e, em última instância, para a sociedade como um todo[82].

---

76 BRASIL. STJ (3ª T.), Informativo nº 658, 8 de set. 2019. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 709.372, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. divergente Min. Nancy Andrighi, julgamento 10 de out. 2019, publicação 17 de out. 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em: 15 set. 2023.

77 Idem, Ibidem.

78 Cf. VIARO, Felipe Albertini Nani. Em busca de conceitos. In: LUNARDI, Fabrício CASTAGNA; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; FERRAZ, Taís Schilling (coord.). *Litigiosidade responsável: contextos, conceitos e desafios do sistema de justiça*. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM. 2023, p. 58.

79 Cf. WATANABE, Kazuo (coord.). Juizados especiais de pequenas causas (Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

80 Cf. VIARO, Felipe Albertini Nani. Op. cit., p. 58-75.

81 Cf. WATANABE, Kazuo. Op. cit., p.59

82 VIARO, Felipe Albertini Nani. Op. cit., p. 60-61.

3.2.1. Litigiosidade repetitiva

Este é o fenômeno da litigiosidade repetitiva, caracterizado pelo ingresso de ações semelhantes, que envolvem a mesma tese jurídica ou conflito com origem única, repetidamente, em centenas ou milhares de instâncias, com o propósito de afirmar direitos[83].

Inclusive, o Código de Processo Civil possui alguns instrumentos processuais para tratar demandas repetitivas de maneira mais eficiente. A exemplo, temos a repercussão geral nos recursos extraordinários, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e o Incidente de Assunção de Competência (IAC).

Importante destacar que o legislador do CPC/15 se preocupou em criar, não só institutos garantidores de princípios como segurança jurídica[84], isonomia[85] e duração razoável do processo[86], como, também, em sistematizar um regramento aplicável a todo o imbróglio que envolve o julgamento de casos repetitivos – seja de processos já em curso ou anteriormente à existência deles. Dá-se a esse conjunto o nome de Microssistema de Tutela Coletiva.

Esse microssistema é um conjunto de normas que possuem valores fundadores em comum, voltados para a consecução de mesmos objetivos, dialogando entre si e se aplicando recíproca, supletiva e subsidiariamente, a um corpo íntegro e coerente[87].

3.2.2. Litigiosidade predatória

Primeiro, demandas repetitivas não são demandas predatórias.

As demandas predatórias se caracterizam por possuir identidade nos fatos narrados nas petições iniciais, mesmos patronos, entre outras semelhanças. Além disso, os autores não sabiam da ação ou tinham a narrativa dos fatos muito diferente da narrada pelo patrono. Em determinadas situações, havia fraude de documentos que eram utilizados como provas para pleitear direitos que não existiam[88].

O TJSP, no comunicado n. 02/2017 do Núcleo de Monitoramento de Perfis de Demanda (NUMOPEDE-TJSP), compilou as características das demandas que constituem exercício abusivo de direito processual reiterado do Poder Judiciário: (i) elevado número de ações distribuídas por mesmo advogado ou grupo de advogados em nome de diversas pessoas físicas distintas, em um curto período de tempo; (ii) ações que versam sobre a mesma questão de direito, sem apresentação de particularidades do caso concreto e/ou documentos que tragam elementos acerca da relação jurídica existente entre as partes; (iii) ações contra réus que são grandes instituições/corporações

---

83 Cf. MORAES, Vânila Cardoso André de. Demandas repetitivas sobre direitos sociais e a proposta do Código Modelo Euro-Americano para a realização da igualdade. In: _____. (coord.). *As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro*. Brasília, DF: ENFAM, 2016, p. 54, apud VIARO, Felipe Albertini Nani. Op. cit.

84 Cf. FUX, Luiz. Segurança jurídica no Novo Código de Processo Civil. In: RÊGO, Werson (coord.). *Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas* – estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Veloso. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

85 Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: Editora CRV, 2017, p. 167, apud GABRIEL, Anderson de Paiva; SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o seu objeto – cabimento na seara penal e processual penal. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 77, jul.-set. 2020.

86 Cf. FUX, Luiz; SANTANA, Irapuã. A construção de um Código de Processo Civil cidadão. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (coord.); MIRZA, Flávio (org.). *Direito processual*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2015.

87 Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardino de; MELLO PORTO, José Roberto. *Tutela coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2021.

88 Cf. VIARO, Felipe Albertini Nani. Op. cit., p. 64.

(financeiras, seguradoras, etc.); (iv) solicitação indistinta do benefício da Justiça gratuita para os autores; (v) solicitação indistinta de concessão de tutela de urgência *inaudita altera pars*; (vi) pedidos "preparatórios", como as antigas cautelares de exibição de documentos, consignatórias, condenatórias em obrigação de dar ou declaratórias de inexigibilidade de débito; (vii) notificações extrajudiciais geralmente subscritas por parte ou advogado, encaminhadas por AR e não pelos serviços de atendimento ao consumidor ou canais institucionais da empresa para comunicação; e (viii) fragmentação dos pedidos deduzidos por uma mesma parte em diversas ações, cada uma delas versando sobre um apontamento específico questionado ou sobre um documento específico cuja exibição se pretende, independentemente de serem deduzidos perante o mesmo réu[89].

O NUMOPEDE-TJSP orientou os magistrados a seguirem as seguintes boas práticas: (i) processar com cautela ações objetos do referido comunicado, em especial para apreciar pedidos de tutelas de urgência; (ii) analisar ocorrência de prevenção, conexão ou continência. Indica-se, para tanto, a pesquisa de processos no *site* do E. TJSP, identificando-se como magistrado (ícone 'identificar-se' no canto direito superior), realizando a pesquisa pelo nome da parte. Atentar que, aos magistrados, se o feito for digital, é possível acessar o seu conteúdo clicando com o botão do *mouse* na frase "Este processo é digital", escrita em vermelho, logo acima do extrato de movimentação processual. Dispensa-se, assim, a concessão de prazo para que as partes apresentem as cópias processuais necessárias para identificação da prevenção, conexão, continência ou litispendência; (iii) designar audiência de conciliação ou de instrução e julgamento, com determinação de depoimento pessoal do autor, para apurar a validade de sua assinatura em procuração ou o seu conhecimento, quanto à existência da lide e do seu desejo de litigar; (iv) apreciar com cautela pedido de concessão do benefício da Justiça gratuita, sobretudo em ações em que, paradoxalmente, os autores não se valem da regra do art. 101, I, do CDC, para justificar a competência territorial em São Paulo, especialmente quando residem em outro estado e os fatos por eles narrados ocorreram em outro estado, não guardando pertinência com a competência territorial do TJ/SP; (v) homologar com cautela acordos extrajudiciais firmados sem a participação da parte; e (vi) apreciar com cautela pedido de inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, especialmente para se aferir se, diante das provas produzidas, houve comprovação satisfatória da verossimilhança dos fatos alegados pelo autor em sua fase inicial, e se não há necessidade de documentos adicionais, sobretudo quando somada a pedido de gratuidade de Justiça.

O Centro de Inteligência do Mato Grosso do Sul emitiu quatro notas técnicas, diagnosticando problemas de demandas predatórias, com medidas de prevenção. Foram identificados mais de 137 mil processos desse tipo no Judiciário desse estado. A primeira nota técnica foi relativa a uma litigância envolvendo pessoas vulneráveis, entre elas, indígenas. Um grupo de seis advogados pertencentes ao mesmo escritório era responsável pela distribuição de mais de 49 mil ações no estado, o que representa 36% dos processos em andamento[90].

3.2.2.1. Demandas fraudulentas

Essa espécie utiliza o processo judicial como instrumento de validação de fraude. Alguns exemplos documentados incluem a apresentação de ações declaratórias de inexigibilidade de dívidas e pedidos de indenização por danos morais decorrentes de inclusões indevidas em cadastros de

89 Cf. TJSP. Comunicado CG nº 02/2017. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Corregedoria/Comunicados/Comunicado?codigoComunicado=7997. Acesso em: 18 set. 2023.

90 Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (*site*). Seminário aborda impactos da litigância predatória sobre vulneráveis e sobre a democracia. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/seminario-aborda-impactos-da-litigancia-predatoria-sobre-vulneraveis-e-sobre-a-democracia/. Acesso em: 18 set. 2023.

inadimplentes, com base em informações adulteradas de órgãos de proteção ao crédito. Essas ações buscavam, muitas vezes, excluir outras inclusões anteriores, na tentativa de evitar a aplicação da Súmula nº 385 do STJ. Além disso, houve casos em que a própria procuração foi alvo de adulteração, e as ações judiciais foram ajuizadas sem o conhecimento ou interesse do autor real[91].

3.2.2.2. Demandas temerárias

É a prática de ajuizar ação afoita ou que tem consciência do injusto, de que não tem razão[92]. A exemplo, temos as ações de inexigibilidade propostas com base em alegação de que a parte "não se recorda" da dívida ou do empréstimo recebido, mesmo tendo plena consciência da sua validade, e ações revisionais contrárias a teses firmadas em precedentes qualificados, sem alegações sérias, ou contra teses consolidadas pela jurisprudência (sem *distinguish* ou *overruling*)[93]. As demandas temerárias se assemelham ao conceito de *frivolous litigation* da doutrina estrangeira, que conceitua como uma ação ajuizada sem a devida diligência ou sem base legal[94].

3.2.2.3. Demandas frívolas

São aquelas ações desnecessárias ou que discutem de maneira propositadamente fragmentada questões de baixo valor econômico ou social, significativamente inferior aos próprios custos do processo, como forma de gerar ou multiplicar ganhos do autor ou do patrono. "Também se verifica comportamento frívolo no ato de resistência infundada ao direito do autor – evidenciada nos casos em que o exercício do direito de defesa não veicula qualquer alegação séria – e no ato de interposição de recursos manifestamente infundados"[95].

3.2.2.4. Demandas procrastinatórias

Como se infere pelo próprio nome, são aquelas condutas utilizadas para procrastinar um resultado previsível contrário aos interesses. Podem ser condutas do polo passivo, bem como do polo ativo da demanda. Exemplos são ações que visem suspensão de inscrição de nome em órgãos restritivos de crédito, mesmo possuindo dívida[96]; **ações revisionais de contratos de financiamento com pretensão de suspender a retomada de garantias mesmo contrária a teses pacificadas e sem o pagamento do incontroverso** [97]; interposição de recursos meramente protelatórios; credenciamento

---

91 Cf. VIARO, Felipe Albertini Nani. Op. cit., p. 70.

92 Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

93 Cf. SILVA, Jorge Luis da Costa. Fatores determinantes da litigância frívola. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 165-191, jan.-abr. 2020. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/44599/31770. Acesso em: 24 set. 2023.

94 Cf. KEELING, Byron C. Toward a balance approach to frivolous litigation: a critical review of federal rule 11 and state sanctions provisions. In: *Pepperdine Law Review*, Malibu, CA, v. 21, n. 4, 1994, apud VIARO, Felipe Albertini Nani. Op. cit., p. 71.

95 Cf. SILVA, Jorge Luis da Costa. Op. cit., p. 166.

96 Cf. YEUNG, Luciana; TIMM, Luciano Benetti; ARAÚJO, Flávia. Efeitos deletérios da "indústria de limpeza de nomes" no mercado de crédito. In: JOTA (*site*). São Paulo, 2022. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/efeitos-deleterios-industria-limpeza-de-nomes-mercado-credito-04012022. Acesso em: 24 set. 2023.

97 São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 1010387-56.2020.8.26.0002. Apelante: Maria das G. P. T. Tavares dos Santos. Apelado: BV Financeira. São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 1010387-56.2020.8.26.0002. Apelante: Maria das G. P. T. Tavares dos Santos. Apelado: BV Financeira. São Paulo: TJSP, 21 set. 2020; São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1016477-65.2020.8.26.0007. Apelante: Luciane F. Santos da Silva. Apelado: BV Financeira. São Paulo: TJSP, 9 mar.

de advogados não remunerados para acompanhar processos enquanto estiverem ativos, solicitando diligências sem recolher custas, ofícios descabidos postergando a suspensão do feito[98].

3.2.2.5. Assédio processual

É o exercício abusivo do direito de ação e/ou de defesa, por meio de múltiplos processos em face de uma pessoa ou grupo, com fim de prejudicar (similar ao *vexatious litigation* da doutrina norte-americana). O CNJ emitiu a Recomendação CNJ n. 127 sobre o uso de ações para prejudicar o exercício de liberdade de expressão, e também se utilizou dessa expressão no Recurso Especial n. 1.817.845-MS.

3.2.2.6. *Sham litigation*

Utilizado muito no direito concorrencial, como o uso abusivo do direito de petição, como meio de prejudicar ou inviabilizar o concorrente, interferindo, direta ou indiretamente, em suas relações comerciais ou impondo ônus (financeiro ou não) aos seus competidores; e, em outros contextos, são as ações (principalmente ações populares) com escopo de desgastar a imagem do adversário político. A "S*ham litigation*" pressupõe uma aplicação de *sanção* pelo ingresso em Juízo; uma consequência negativa pelo fato de o sujeito ter exercitado sua garantia de ação, veiculando em Juízo determinada medida processual provida de impacto concorrencial"[99].

3.2.2.7. *Spam* processual

O Spam processual (conhecido também como pulverização de ações judiciais[100]) é um fenômeno intraprocessual. Trata-se de uma prática de submeter em grande quantidade petições judiciais sem uma análise prévia dos autos, muitas vezes contendo alegações infundadas ou pedidos que visam, essencialmente, transferir os custos da análise do caso, especialmente o tempo, para a parte adversa ou para o próprio sistema judiciário. Isso resulta na criação de uma série de incidentes desnecessários. Entre os exemplos, estão os pedidos condicionais ou manifestamente em desacordo com o histórico do processo, que são apresentados em grande quantidade em diversos casos, indicando uma estratégia deliberada de atuação[101].

2021, todos, apud VIARO, Felipe Albertini Nani. Op. cit.

98 Edital n. 2013/16.655 do Banco do Brasil – Credenciamento de sociedades de advogados para prestação de serviços advocatícios e técnicos, de natureza jurídica. Há previsão de acompanhamento do processo por 24 meses, desde que não esteja arquivado, sendo comuns os casos de pedidos de pesquisa sem o prévio recolhimento, na forma do art. 82 do CPC, o que, além de prejudicar a efetividade, atrasa o desfecho. BANCO DO BRASIL. Edital n. 2013/16655(7421). Credenciamento de sociedades de advogados para prestação de serviços advocatícios e técnicos de natureza jurídica. Brasília, DF: Banco do Brasil, 2013. Disponível em: www.bb.com.br/docs/pub/siteEsp/dilog/dwn/edCred13.16655.pdf. Acesso em: 9 mar. 2022, apud VIARO, Felipe Albertini Nani. Op. Cit.

99 OSNA, Gustavo; RENZETTI, Bruno. Sham Litigation e garantias fundamentais do processo: três breves perguntas (ou reflexões). In: *Revista Jurídica Luso-Brasileira* – RJLB. Ano 5, 2019, p. 765.

100 VIEIRA, Mônica Silveira. Op. cit., p. 121-123.

101 HIGÍDIO, José. Juiz condena Banco do Brasil a pagar multa por "spam processual". In: CONJUR (*site*). São Paulo, 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-28/juiz-condena-bb-pagar-multa-spam-processual#:~:text=Constatada%20a%20viola%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20boa,qualquer%20conex%C3%A3o%20com%20os%20atos. Acesso em: 4 set. 2023.

4. O ACESSO À JUSTIÇA E O ABUSO DE DIREITO PROCESSUAL

O abuso de direito processual está vinculado ao uso inadequado dos instrumentos e prerrogativas processuais, principalmente as que viabilizam o acesso à Justiça. Importante, portanto, fazer uma breve análise do acesso à Justiça. Este teve três grandes ondas de conquistas. A primeira onda é a relativa à assistência jurídica; a segunda onda é atinente à representação processual dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos; a terceira onda é a do "enfoque do acesso à Justiça"[102].

Conforme Cappelletti, mudanças que tendem a melhorar o acesso à Justiça podem exacerbar barreiras em outras questões, o que permite a ocorrência, por exemplo, de abusos de direito. Cappelletti traz como exemplo a eliminação da exigência de um advogado como representação em determinados procedimentos. Para o renomado autor, a exclusão dessa exigência evidentemente retiraria um custo para os litigantes; contudo, os litigantes de baixo nível econômico e educacional provavelmente não teriam capacidade de apresentar seus casos de maneira eficiente, pois seriam necessárias algumas compensações no sistema, como um juiz mais ativo[103].

Conclui-se, assim, que há uma relação proporcional. Se de um lado há avanços legislativos que permitem o acesso do judiciário, como desburocratização e isenção de custas aos autores de ações judiciais (exemplo dos juizados especiais), sobretudo dos jurisdicionados mais vulneráveis, por outro nota-se uma possibilidade maior de acesso que desvirtua o próprio princípio do acesso à Justiça, mormente o do acesso efetivo, por meio dos atos abusivos. Daí porque deve-se atentar ainda mais para não se violar o direito do fundamento à ação, permitindo o excesso de ações que prejudicam a prestação jurisdicional[104].

Por fim, ilustra-se o abuso do direito de ação, como o ajuizamento de demandas repetidas e anteriormente julgadas, a fim de tentar obter resultado distinto ao anterior que lhe desagradou; a propositura de ações alicerçadas exclusivamente em provas ilícitas ou ilegítimas; a dedução de pretensão contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; a alteração da verdade dos fatos; a cobrança judicial dolosa de dívida já paga; o manejo do processo para obter objetivo ilegal.

5. SOLUÇÕES DOS TRIBUNAIS

Diante desse grave problema do congestionamento do Poder Judiciário, uma proposta que vem sendo aderida com êxito pelos tribunais é a profissionalização da gestão[105], após entenderem que a funcionalidade da atividade-fim será prejudicada pela desatenção com a atividade-meio[106].

Alguns tribunais se destacaram por criarem Núcleos de Monitoramento do Perfil das demandas atuantes e pelo engajamento na prevenção e enfrentamento do abuso do direito de ação[107], a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que optou por editar súmulas a respeito do abuso de direito. Os principais julgados serão abordados no capítulo seguinte.

---

102 DUARTE, Antonio Aurélio Abi-Ramia. *Ética e comportamento das partes no Novo Processo Civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 32.

103 CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 29.

104 LEAL JUNIOR, João Carlos; PICCHI NETO, Carlos. In: *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*. Brasília – DF, v. 1, n. 2, p. 1.085-1.103, jan.-jun. 2016, p.1.100.

105 BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Instituições, bom Estado, e reforma da gestão pública. In: *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*, n. 1, Salvador, mar.-mai. 2005. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/239593204_Instituicoes_bom_estado_e_reforma_da_gestao_publica. Acesso em: 16 ago. 2016, apud VIEIRA, Mônica Silveira. Op. cit., p. 41.

106 NALINI, José Renato. A formação do juiz e seu relacionamento com as partes, servidores e a imprensa. In: *Revista CEJ*, Brasília, n. 13, jan.-abr. 2001, p. 164, apud VIEIRA, Mônica Silveira. Op. cit., p. 42.

107 VIEIRA, Mônica Silveira. Op. cit., p. 81.

5.1. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

No TJSP, o problema da "advocacia predatória", onde o tribunal orientou aos magistrados analisarem o conjunto probatório com maior rigor que o costumeiro, sobretudo com determinados advogados que já possuíam anotações no tribunal, por ingressarem com ações ocultando informações em documentos, como endereço em comprovante de residência, bem como autores utilizando negativações de outras situações para pleitear indenização no caso[108].

Sobre impugnação genérica e vaga de documentos comprobatórios de contratação apresentados pelo réu, o tribunal paulista afirma ser inaceitável, como em casos que a autora não impugna especificamente as inúmeras transações lançadas nas faturas apresentadas pela ré, ou seja, não impugnou transações possivelmente não realizadas (o que, no entendimento do tribunal, não teria sido feito por um fraudador), e, tampouco o endereço constante da fatura[109].

Foi reconhecido também abuso de direito processual, por meio de identificação de demandas pelo Núcleo de Monitoramento de Perfis de Demanda (NUMOPEDE) da Corregedoria-Geral de Justiça do TJSP[110].

Merece destaque também a decisão que condenou uma advogada ao pagamento de penalidade por litigância de má-fé, em razão de reiterada prática de condutas abusivas, inclusive por meio de sonegação de informações, com o objetivo de dificultar o exercício do direito de defesa e buscar elevação de eventuais indenização e honorários sucumbenciais, além de manipulação do conteúdo de extrato de negativações, fragmentação abusiva de demandas e escolha aleatória de comarcas para ajuizamento de ações, sendo condenada, solidariamente, a advogada por litigância de má-fé, por ficar evidente a intenção da advogada com autores distintos[111].

Outra forma utilizada para coibir o abuso de direito processual é a indicação da necessidade de determinar a emenda da inicial, quando a causa de pedir for genérica e vaga, e a relevância do intercâmbio de informações, uma vez que as práticas predatórias são comuns a diversos tribunais, e que alguns profissionais que possivelmente abusam do direito de ação não restringem sua atuação a somente um estado da federação. Nessas situações, geralmente são casos onde a inicial é excessivamente vaga em relação à causa de pedir, pois a parte autora se limita a afirmar que o apontamento de débito promovido pela parte ré é irregular, sem esclarecer o motivo, ou seja, inexiste causa de pedir objetiva a gerar aptidão ao pedido declaratório, *i.e.*, "joga-se com eventual desorganização administrativa da ré para 'garimpar', aqui e ali, alguma sucumbência processual, a partir de alegações totalmente genéricas e dissociadas de qualquer verossimilhança", o que não é admissível, no entendimento do TJSP[112].

---

108 Idem, Ibidem, p. 97-98.

109 Idem, Ibidem, p. 99-101.

110 Idem, Ibidem, p. 101-103.

111 BRASIL. TJSP; Apelação Cível 1004729-42.2020.8.26.0005; Relator (a): Jovino de Sylos; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional V - São Miguel Paulista - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/04/2021; Data de Registro: 27/03/2021.
Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=802D36826D6B6719AC99137EB1711656.cposg10?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1004729-42.2020&foroNumeroUnificado=0005&dePesquisaNuUnificado=1004729-42.2020.8.26.0005&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO. Acesso em 15 set. 2023.

112 VIEIRA, Mônica Silveira. Op. cit., p. 105-107.

5.2. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

No TJRS houve julgado com indicação de elementos importantes para identificação de manipulação do sistema de Justiça, por meio do ajuizamento de grande volume de ações praticamente idênticas, com abuso do direito de ação. O principal elemento foi, podendo evidentemente optar pelo ajuizamento de uma única ação, ajuizou várias ações idênticas contra a mesma ré, impondo à contraparte as despesas dessas ações judiciais. Assim, a autora, segundo o TJRS, impôs, não só entraves à economia e à celeridade processual, prejudicando a universalidade dos jurisdicionados, mas prejuízos à ré, com custas, honorários sucumbenciais e contratuais. Caracterizados, por esses motivos, abuso do direito de ação e ausência de interesse de agir, de forma que a manutenção da sentença extintiva foi a solução adotada por entender o TJRS que o agir do patrono da parte autora caracterizou-se como litigância temerária, o que determina a manutenção da multa por litigância de má-fé[113].

O TJRS também identificou a configuração do exercício abusivo do direito de ação, por meio de pulverização de ações. No caso concreto, Apelação Cível nº 70075576660 (n. CNJ: 0321781-05.2017.8.21.7000), o autor pleiteou anulação de débito e indenização por dano moral, em face de instituição bancária. Apesar de ter apresentado modalidade, datas de inscrições e valores diferentes, todas as informações são referentes ao mesmo contrato, o mesmo evento que supostamente teria gerado o dano[114].

Outro caso de abuso de direito no mesmo tribunal onde o autor foi sancionado com multa por litigância de má-fé ocorreu em casos de alegações lacônicas e genéricas e repetidas em diversas outras demandas. Em julgamento do Recurso Inominado nº 71009084377 no TJRS, Comarca de Cachoeirinha, foi identificado que a procuradora da parte autora atuou em outras ações da mesma forma, apenas a genérica e lacônica alegação de desconhecimento dos débitos, sem qualquer comprovação do pagamento das respectivas faturas, não tendo havido impugnação à contratação dos serviços, nem na peça inaugural, nem em suas contrarrazões[115].

5.3. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

O TJRJ já teve oportunidade de analisar alguns casos envolvendo abuso de direito. Inclusive, já editou duas súmulas sobre o tema: a) enunciado de súmula nº 127; e b) enunciado de súmula nº 374[116].

O enunciado de súmula nº 127 assevera que, "para a configuração do abuso do direito é dispensável a prova da culpa". No acórdão que suscitou a edição da súmula, afirmou o tribunal que "a noção de abuso introduzida pelo código de 2002, o exercício de cada direito deve respeitar seu espírito próprio, buscando assim a realização do ideal de justiça, além da letra lei. O critério do abuso não está apenas nas intenções de causar danos, mas no desvio do direito de sua finalidade ou função social". Ainda destaca que o instituto do Abuso de Direito "vem ao encontro à necessidade que se sente de limitação ao exercício dos direitos subjetivos", na medida em que se afina com o tratamento dispensado pelo Código Civil de 2002 aos princípios da boa-fé, finalidade social do direito e a todos os valores individuais e coletivos que merecem tratamento constitucional[117].

O enunciado de súmula nº 374 afirma que "o abuso do direito de demandar gera o direito à indenização.". Houve debates no processo administrativo, o nº 0043889-43.2016.8.19.0000,

113 Idem, Ibidem, p. 114-121.

114 Idem, Ibidem, p. 121-123.

115 Idem, Ibidem, p. 123-125.

116 Cf. TJRJ. Disponível em: https://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/abuso-direito.pdf. Acesso em: 18 set. 2023.

117 Idem, Ibidem.

sobre indenização em casos de abuso de direito. As sugestões de verbetes foram: a) "o exercício não abusivo do direito de ação não gera ao demandado direito à indenização"; b) "só o abuso do direito de demandar gera o direito à indenização"; e c) "só o abuso do direito de demandar gera o direito à indenização"[118].

Os precedentes utilizados para a edição do enunciado de súmula foram: Apelação Cível nº 0146933- 32.2003.8.19.0001, rel. Desembargador Jair Pontes de Almeida; Apelação Cível nº 0014012-17.2000.8.19.0001, rel. Desembargador Galdino Siqueira Netto; Apelação Cível nº 0012339-10.2006.8.19.0023, rel. Desembargador Luiz Felipe Francisco; Apelação Cível nº 0001970-66.2007.8.19.0040, rel. Desembargadora Katya Monnerat; AgRg no AREsp 660.599/RS, rel. Ministro Marco Aurelio Bellizze; e AgRg no Ag 704.019/DF, rel. Ministra Nancy Andrighi[119].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, não havia pretensão de exaurir o tema neste breve trabalho, apenas a de realizar um panorama geral.

O Abuso de Direito está intrinsecamente ligado ao Acesso à Justiça, em uma relação proporcional, onde quanto mais se permite o acesso, mais espaço para atos abusivos de cunho processual se ganha, o que exige uma maior cautela na observância das ações por todos os sujeitos processuais. Foi identificado no presente trabalho, quando há ocorrência do abuso do direito: a) no comportamento emulativo: ação ou omissão destinada a causar prejuízo a outrem; b) no comportamento sem caráter emulativo que não gera vantagem ao agente, mas gera desvantagem a terceiro; e c) no comportamento que gera vantagens e desvantagens aparentemente semelhantes, mas que na análise do caso concreto, se distancie dos princípios do Código Civil.

Foi explicado sobre a litigiosidade e suas subdivisões. A litigiosidade é um termo empregado no âmbito jurídico para se referir à incidência ou à intensidade de litígios, conflitos ou disputas que são submetidos aos tribunais ou ao sistema de justiça em uma jurisdição específica ou em uma área do direito. Em outras palavras, a litigiosidade diz respeito à quantidade e à complexidade das ações judiciais e processos legais que ocorrem em um determinado período ou em uma região determinada. A litigiosidade pode variar conforme diversos fatores, como a natureza da sociedade, as leis e regulamentações em vigor, as condições econômicas, a cultura jurídica e outros elementos contextuais. Quando a litigiosidade é alta, isso geralmente indica que há muitas disputas e processos judiciais em curso, o que pode sobrecarregar o sistema judiciário e prolongar os prazos para a resolução de casos. Por outro lado, uma litigiosidade baixa sugere que há menos conflitos que chegam aos tribunais. Destaca-se que a litigiosidade baixa nem sempre é um indicador positivo, visto que pode significar que titulares de direitos violados não estão buscando a solução no judiciário, por avaliarem que o custo social é menor que o valor buscado com a vitória no processo[120].

Destacou-se sobre a litigância predatória, por ser uma espécie de abuso de direito processual. Foi explicado que é uma prática no contexto legal, na qual uma das partes envolvidas em um processo judicial abusa do sistema jurídico, ao iniciar ou conduzir ações judiciais, com o objetivo principal de obter alguma vantagem, ainda que seja o prejuízo a terceiro. Dentre suas principais características,

118 TJRJ. Disponível em: https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004F5ABC637D5480D-30CE2CC6F0CF0E5570C50615140228&USER=. Acesso em: 18 set. 2023.

119 Idem, Ibidem.

120 RODRIGUES NETO, João Máximo. A relevância dos precedentes na análise econômica da litigância: Um estudo de Law and Finance. In: MIGALHAS (*site*). Disponível em: www.migalhas.com.br/arquivos/2022/12/6BAC2457DB5CEF_Artigo-DireitoeEconomia.pdf. Acesso em: 18 set. 2023.

estão: a) abuso do sistema jurídico; b) falta de mérito substancial nas ações judiciais; c) objetivo de prejudicar terceiro; d) transferência de custos e tempo; e e) congestionamento do Judiciário.

Entre as formas de combate estão: a) imposição de penalidades, multas ou sanções aos litigantes predatórios; b) medidas para dissuadir práticas abusivas; c) manutenção da integridade e eficiência do sistema legal.

Por fim, demonstrou-se como os tribunais vem combatendo a litigiosidade exacerbada causada pelo abuso de direito processual com seus órgãos estratégicos, através de uma gestão profissional que dá a devida importância a um exercício profissional da atividade-meio reverberando positivamente à atividade-fim.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALEMANHA. Código Civil Alemão. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.pdf. Acesso em: 13 set. 2023. Título original: German Civil Code – BGB.

AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1932.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. Estatística Judiciária. In: *Revista de Processo*, v. 110, p. 9-18, abr.-jun. 2003.

BRASIL. Código de Processo Civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Lei nª 3.071, de 1ª de janeiro de 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. STJ (3ª T.), Agr. Reg. no REsp nº 709.372, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe 3 jun. 2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200401747088&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em: 8 set. 2023.

BRASIL. STF. ADI 3995-DF – Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.995/DF. Ementa: Direito Constitucional e Processual do Trabalho. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Depósito prévio em ação rescisória. Acesso à Justiça e ampla defesa. Proporcionalidade. Rel. Ministro Luis Roberto Barroso. Julgamento: 13/12/2018. Publicação: 01/03/2019. Órgão julgador: Tribunal Pleno.

Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749267870. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. STJ (3ª T.), Informativo nº 658, 8 de set. 2019. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 709.372, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. divergente Min. Nancy Andrighi, julgamento 10 de out. 2019, publicação 17 de out. 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. TJSP. Comunicado CG nº 02/2017. Disponível em:

https://www.tjsp.jus.br/Corregedoria/Comunicados/Comunicado?codigoComunicado=7997. Acesso em: 18 set. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (*site*); Apelação Cível 1004729-42.2020.8.26.0005; Relator (a): Jovino de Sylos; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional V - São Miguel Paulista - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/04/2021; Data de Registro: 27/03/2021. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=802D36826D6B6719AC99137EB1711656.cposg10?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1004729-42.2020&foroNumeroUnificado=0005&dePesquisaNuUnificado=1004729-42.2020.8.26.0005&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (*site*). Disponível em: https://www.tjrj.jus.br. Acesso em: 18 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (*site*). Disponível em: https://portal.stf.jus.br. Acesso em: 28 set. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (*site*). Seminário aborda impactos da litigância predatória sobre vulneráveis e sobre a democracia. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/seminario-aborda-impactos-da-litigancia-predatoria-sobre-vulneraveis-e-sobre-a-democracia/. Acesso em: 18 set. 2023.

DUARTE, Antonio Aurélio Abi-Ramia. *Ética e comportamento das partes no Novo Processo Civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2020.

FUX, Luiz. Segurança jurídica no Novo Código de Processo Civil. In: RÊGO, Werson (coord.). *Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas* – estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Veloso. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

_____; SANTANA, Irapuã. A construção de um Código de Processo Civil cidadão. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (coord.); MIRZA, Flávio (org.). *Direito processual*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. 1. Parte Geral. 16ª ed., 2018.

HIGÍDIO, José. Juiz condena Banco do Brasil a pagar multa por "spam processual". In: CONJUR (*site*). São Paulo, 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-28/juiz=-condena-bb-pagar-multa-spam-processual#:~:text-Constatada%20a%20viola%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20boa,qualquer%20conex%C3%A3o%20com%20os%20atos. Acesso em: 4 set. 2023.

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Abuso de direito. In: ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUC-SP (*site*). 2021. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/478/edicao-2/abuso-de-direito.

LEAL JUNIOR, João Carlos; PICCHI NETO, Carlos. In: *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*. Brasília – DF, v. 1, n. 2, p. 1.085-1.103, jan.-jun. 2016.

LUNARDI, Fabrício Castagna; LEOPOLDINO, Frederico Augusto Koehler; FERRAZ, Taís Schilling (coord.). *Tratamento da litigiosidade brasileira: Diagnósticos, abordagens e casos de sucesso*. 2023. In: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM, *site*). Disponível em: https://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/colecao--pesquisa-e-inovacao/tratamento-da-litigiosidade-brasileira/. Acesso em: 8 set. 2023.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Abuso de direito e o seu conhecimento de ofício pelo juiz. Revista de Direito e Liberdade, v. 11, p. 1-12, 2010.

OSNA, Gustavo; RENZETTI, Bruno. Sham Litigation e garantias fundamentais do processo: três breves perguntas (ou reflexões). In: *Revista Jurídica Luso-Brasileira* – RJLB. Ano 5, 2019.

GABRIEL, Anderson de Paiva; SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o seu objeto – cabimento na seara penal e processual penal. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 77, jul.-set. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de; Mello Porto, José Roberto. *Tutela coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2021.

RODRIGUES NETO, João Máximo. A relevância dos precedentes na análise econômica da litigância: Um estudo de Law and Finance. In: MIGALHAS (*site*). Disponível em:

www.migalhas.com.br/arquivos/2022/12/6BAC2457DB5CEF_Artigo-DireitoeEconomia.pdf. Acesso em: 18 set. 2023.

ROSAS, Roberto. Abuso de Direito e Dano Processual. In: *Revista de Processo*, v. 32, | p. 28- 38, out.-dez. 1983.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

SILVA, Jorge Luis da Costa. Fatores determinantes da litigância frívola. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 165-191, jan.-abr. 2020. Disponível em:

https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/44599/31770. Acesso em: 24 set. 2023.

SILVEIRA, Bruno Furtado. Audiência preliminar conciliatória como exemplo de *nudge* no Direito Processual Civil. In: RKL (*site*).

Disponível em: https://rkladvocacia.com/audiencia-preliminar-conciliatoria-como-exemplo-de-nudge-no-direito-processual-civil-2/. Acesso em: 8 set. 2023.

TARUFFO, Michelle. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). In: *Revista de Processo*, v. 177, nov. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. 2. ed. V. III, tomo II. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2003.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Em busca de conceitos. In: LUNARDI, Fabrício CASTAGNA; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; FERRAZ, Taís Schilling (coord.). *Litigiosidade responsável: contextos, conceitos e desafios do sistema de justiça*. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados- ENFAM. 2023

VIEIRA, Mônica Silveira. *Abuso do direito de a*ção e seu enfrentamento no c*ontexto do TJMG*. Belo Horizonte: Escola Judicial Edésio Fernandes/Centro de Inteligência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2021.

Disponível em: https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/12430. Acesso em: 15 set. 2023.

WATANABE, Kazuo (coord.). Juizados especiais de pequenas causas (Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

YEUNG, Luciana; TIMM, Luciano Benetti; ARAÚJO, Flávia. Efeitos deletérios da "indústria de limpeza de nomes" no mercado de crédito. In: JOTA (*site*). São Paulo, 2022. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/efeitos-deleterios-industria-limpeza-de-nomes-mercado-credito-04012022. Acesso em: 24 set. 2023.

Caminhos do processo penal cooperativo

RAFAEL ESTRELA NÓBREGA[1]

Sumário: Introdução. 1. Atualização na aplicação de direitos e garantias fundamentais no direito processual. 1.1. O papel das partes na relação processual. 2. O Devido Processo Legal. 2.1. O Devido Processo Penal. 2.1.1. Os sistemas processuais. 2.1.2. O devido processo penal. 3. A evolução do contraditório no direito processual: o contraditório participativo. 4. A cooperação no direito processual. 4.1. As fontes do princípio da cooperação. 4.2. Cooperação no processo civil. 4.3. A teoria geral do processo e a aplicabilidade do artigo 6º do CPC ao processo penal. 4.4. Aspectos específicos da cooperação no processo penal. 5. Conclusão.

INTRODUÇÃO

No presente artigo, pretendemos explorar a incidência do princípio da cooperação, no âmbito processual penal, partindo-se do sistema construído pelo artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015.

Para tanto, iniciaremos com a constatação das ideias básicas de influência de valores constitucionais, no âmbito do direito processual, que representaram uma ressignificação do papel das partes e do magistrado, no curso da relação jurídica desenvolvida em Juízo.

Fixados tais pontos, trabalharemos dois princípios fulcrais para o sistema, quais sejam, o devido processo legal, inclusive com matizes específicos para a seara criminal, e o contraditório, em sua vertente de influência na cognição exercida pelo magistrado.

Chega-se, então, à ideia da cooperação, como ponto de equilíbrio para esse novo parâmetro de conduta para os sujeitos do processo, constatando-se as estruturas que sustentam tal princípio, sua positivação no campo civil e, a partir da aceitação de uma teoria geral, a possibilidade de sua implantação para o processo penal.

1. ATUALIZAÇÃO NA APLICAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO DIREITO PROCESSUAL

Em 2015, foi promulgado o Novo Código de Processo Civil, que revisitou antigos institutos, trazendo uma nova formatação e incluindo na lei novas praxes já utilizadas pelo Judiciário. Especialmente quando se fala de norma processual, é notória a influência da realidade fática em sua elaboração, devendo a mesma disseminar as práticas positivas, como, por exemplo, a celeridade e a duração razoável do processo. Com base nisso, a Comissão de Reforma presidida pelo Ministro Luiz Fux perseguiu – como objetivo a ser cumprido – o princípio constitucional da duração razoável dos processos[2].

---

1 Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ). Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

2 "É cediço que os tempos hodiernos reclamam por uma justiça acessível ao povo que conceda ao cidadão uma resposta justa e tempestiva apta a nutrir o respeito ao órgão que a presta, o Poder Judiciário, e a credibilidade necessária diante da cláusula pétrea constitucional da 'inafastabilidade da jurisdição'". FUX, Luiz (org.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*: reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011, p. 2.

Nesse sentido, cumpre ressaltar a constitucionalização do ordenamento jurídico, um movimento não tão recente, mas que está a cada dia mais inserido nos textos normativos. Isso porque a Constituição Federal do Brasil é um texto complexo que abarca, não só disposições organizacionais dos Poderes e do funcionamento dos Estados, mas também, e principalmente, um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, que tem sido aplicado e reconhecido como indispensável, no âmbito tanto do Processo Civil quanto do Processo Penal[3].

Como reflexo disso, nota-se que o CPC atual destina seus 12 primeiros artigos a regular princípios constitucionais básicos, com sua influência específica no campo. Trata-se do Capítulo I, "Das Normas Fundamentais do Processo Civil", inserido no Título Único, do Livro I, da Parte Geral.

Também o Processo Penal, ainda que a passos legislativos significativamente mais lentos, vem tentando positivar expressamente o influxo dos valores constitucionais. O Projeto de Lei n. 8.045/2010[4], ora em fase de votação de parecer especial na Câmara dos Deputados, após aprovação do Senado Federal, reserva o Título I para os "Princípios Fundamentais", dentro do seu Livro I, "Da Persecução Penal". No código projetado, os artigos 1º a 7º, especialmente até o artigo 5º, trariam disposições voltadas a concretizar comandos da Lei Maior para a seara criminal.

Trata-se do reconhecimento de que esse processo cercado de valores constitucionais permite a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. De acordo com Antonio Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco,

[...] é justamente a Constituição, como resultante do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno processo e de seus princípios.[5-6]

Durante a incorporação das ideias constitucionais ao novo Código de Processo Civil, um tema chama bastante atenção, qual seja, o contraditório participativo,

[...] através do qual os personagens do processo interagem, cooperam e dialogam, influenciando na convicção do julgador e permitindo a formação da dialética da melhor decisão, ao mesmo tempo em que a legitimam, tornando-a digna à luz do Estado Democrático de Direito.[7]

---

3 "A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, repercute também nas relações entre particulares, limitando sua autonomia da vontade em nome da proteção de valores constitucionais e de direitos fundamentais.". BARROSO, Luis Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: *Cadernos da Escola de Direito*, n. 9, v. 2, abr. 2017.
Disponível em: A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo | Cadernos da Escola de Direito (unibrasil.com.br). Acesso em: 10 dez. 2018.

4 BRASIL. Projeto de Lei n. 8.045/2010. Disponível em:
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263. Acesso em: 12 dez. 2018.

5 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

6 "Na Constituição brasileira, esse processo humanizado e garantístico encontra suporte principalmente nos incisos XXXV, LIV, e LV do artigo 5º, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem falar nos já citados princípios genéricos da administração pública de quaisquer dos Poderes, e ainda nos da isonomia, da fundamentação das decisões e outros hoje expressamente reconhecidos em nossa Carta Magna". GRECO, Leonardo. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 226-227.

7 GABRIEL, Anderson de Paiva. O contraditório participativo como traço distintivo do processo no Estado Democrático de Direito. In: *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 79, p. 217-241, maio-ago. 2017.

Tal instituto tem como visão a readequação do papel das partes no processo ao mecanismo democrático que se enraizou na sociedade brasileira, desde a elaboração da Constituição Federal, e que vem gerando frutos maiores com o passar dos anos. É o que Cappelletti, sob a influência anglo-americana, denominou de *fair hearing*, atualmente também chamado de "processo justo", espaço no qual são asseguradas as partes o contraditório participativo[8]. Ao juiz, compete o exercício constitucional e legal de gestor do processo, comportamento que guarda relação com uma visão moderna de sua função, conduzindo o procedimento para que ao final seja proferida a decisão mais adequada e justa ao caso concreto, sem se olvidar, é claro, da participação democrática das partes[9].

A inércia da jurisdição, uma vez rompida, exige do juiz a solução do conflito deflagrado, que se dá através do processo cercado das garantias constitucionais.

A nova ordem constitucional inaugurou um sistema de amplas garantias individuais, voltado à proteção ao cidadão contra eventual abuso do Estado, sendo o processo o único instrumento viável de aplicação da lei penal. Os direitos subjetivos das partes, nesse sentido, devem ser devidamente protegidos no caso concreto. Além disso, a atividade jurisdicional deve se estruturar em consonância com preceitos constitucionais (juiz natural, imparcialidade, motivação, por exemplo), como condições prévias para a realização de um processo garantístico. Portanto, a Constituição traz duas ordens de garantias: as individuais e as estruturais, sendo imperioso que ambas sejam observadas para que a jurisdição possa ser prestada legitimamente[10].

1.1. O papel das partes na relação processual

A partir da vinculação do processo aos direitos fundamentais, em particular, e à Constituição, em geral, as leituras sobre privatismo e publicismo, acerca do papel das partes e do juiz, no curso da relação jurídica processual, passam a ganhar uma nova ótica.

A Constituição passa a ter uma supremacia material, impondo a interpretação dos demais ramos do Direito a partir da sua pauta ética e axiológica. Esse fenômeno, identificado pela doutrina como filtragem constitucional, impõe ao intérprete, ao aplicar qualquer norma, verificar sua compatibilidade com a Carta Magna, e, além disso, interpretá-la, de modo a conferir máxima efetividade aos fins constitucionalmente pretendidos[11].

Nesse contexto, forçosamente, as relações entre Estado e indivíduo passam por uma releitura, que, no campo processual, repercutem na formação de um modelo de efetividade e de garantismo[12].

---

8 "Outro requisito positivo do acesso à justiça é o contraditório participativo, como o direito de influir eficazmente na decisão através de um diálogo jurídico com ampla oportunidade de oferecimento de alegações e de produção de provas, que sejam efetivamente consideradas pelo julgador.". GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 3. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011, p. 18.

9 Também acerca do contraditório participativo, menciona-se a questão da instrução probatória, afirmando José Roberto dos Santos Bedaque que: "A atividade probatória também deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo.". BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 160.

10 GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*: introdução ao direito processual civil. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2015, p. 17-20.

11 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 401-402.

12 "No garantismo, o juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, que não pode ficar inerte ante violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como no superado modelo positivista. O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absolver, quando não existirem provas plenas e legais (atendendo ao princípio da

Há, assim, uma busca por uma tutela jurisdicional adequada aos interesses em jogo, em que se reconhece a preponderância legítima do interesse das partes, relegando a um plano periférico os interesses públicos na jurisdição[13].

Potencializa-se, também, no processo, a ideia de autorregramento da vontade, dada a relevância constitucional do valor da liberdade. A liberdade, como direito fundamental, possui uma eficácia objetiva, que irradia por todo o ordenamento, além de trazer um dever estatal de proteção e promoção[14].

Como bem descreve Robson Renault Godinho[15], a valorização da autonomia deve ser lida "dentro de uma perspectiva constitucional e de uma teoria dos direitos fundamentais que autoriza e ao mesmo tempo impõe limites às manifestações de vontade", não sendo, portanto, uma liberdade irrestrita de controle do processo concedida às partes, devendo as mesmas observar e respeitar os parâmetros de direitos fundamentais basilares do ordenamento, atendo-se a eles.

Desse modo, as visões clássicas de privatismo e de publicismo tornam-se superadas, devendo-se harmonizar a autonomia das partes e os poderes do juiz, a partir dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados[16].

Deve-se atentar, ainda, que o comportamento do magistrado e das partes precisa se pautar pelo princípio da cooperação, em uma condução cooperativa do processo[17]. Isso significa dizer que o procedimento não é determinado pelas partes, como defendia o privatismo; tampouco é conduzido de forma inquisitorial pelo órgão jurisdicional, como formulado em uma perspectiva publicista mais exacerbada. É necessária a formação de um modelo participativo, para que se desenvolva o processo em um ambiente democrático[18].

A doutrina aponta que o juiz deixa de estar no vértice da relação processual triangular – reconhecida há tempos nos ordenamentos jurídicos –, para constar, junto com as partes, em um conjunto formado por posições paralelas[19]. Outros doutrinadores, como Didier e Ravi Peixoto, deixam clara a mesma ideia, ou seja, apesar de a decisão ter que ser tomada pelo magistrado, todas as partes devem colaborar e fazer dessa colaboração a sua melhor possibilidade de convencimento do juiz. "Há uma confluência de interações, não de interesses."[20].

---

verdade formal)". LOPES JR., Aury. A instrumentalidade garantista do processo penal. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. V. 2, p. 11-33, 2001. Disponível em: http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/instrumentalidade-garantista-do-processo-penal. Acesso em: 12 dez. 2018.

13 GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: *Revista de Processo*, ano 33, n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2008, p. 41.

14 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 296-297.

15 GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. In: *Civil Procedure Review*, v. 4, n. 1, p. 36-86, jan.-abr. 2013, p. 39. Disponível em: www.civilprocedurereview.com. Acesso em: 2 set. 2018.

16 Idem, ibidem.

17 DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual*: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Revista de Processo*, n. 198, p. 213-225. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2011, p. 212.

18 "Na verdade, o espírito do NCPC é alçar a ética, a honestidade e a lealdade das partes como *standards* de conduta, facilitando a gestão do processo pelo juiz e permitindo que se chegue à solução de mérito mais justa e efetiva. Em outras palavras, o que se preconiza é uma atuação proba e correta dos indivíduos na exposição dos fatos, na defesa dos seus direitos e na identificação das questões que reclamam a intervenção judicial, colaborando com o juiz para que mérito seja resolvido em tempo razoável". MAZZOLA, Marcelo. *Tutela jurisdicional colaborativa: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação*. Curitiba: CRV, 2017, p. 53-54.

19 Idem, Ibidem, p. 48.

20 Id., Ibid., p. 53.

Em resumo, a atividade cooperativa assenta-se na ideia de um procedimento *fair*, valorizando-se a lealdade, o respeito, a confiança e a razoabilidade na prestação jurisdicional. Nesse compasso, as múltiplas interferências dos sujeitos são motores para o desenvolvimento do processo, horizontalizando o espectro do conhecimento e, ao mesmo tempo, verticalizando os enfrentamentos. Com isso, cria-se um efetivo canal de diálogo que permite a interação de ideias, posições e argumentos. O processo, outrora polarizado, ganha um novo fio condutor: a dialética.

Estabelece-se, então, um ideal de equilíbrio, com seu fio condutor nos direitos fundamentais do processo. Nem o processo penal pode descambar para o publicismo exacerbado, nem o processo civil pode ser alcançado pelo privatismo em toda a sua extensão.

2. O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O respeito ao devido processo legal consta do rol de garantias e direitos fundamentais apresentado pela Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, LIV, que assim dispõe: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.". Tal determinação impõe algumas regras básicas, para que o processo possa ser considerado legítimo, quais sejam: respeito ao processo legislativo de elaboração das leis previamente estabelecido; que seja o processo um instrumento hábil à aplicação das normas jurídicas; e que as partes tenham as mesmas condições de atuação para o convencimento do juiz[21].

Pode-se dizer que o devido processo legal funciona tanto como um parâmetro de direcionamento do processo, eis que deve conter elementos essenciais, bem como uma garantia às partes de que estarão sendo respeitados todos os seus direitos fundamentais inerentes ao litígio.

2.1. O Devido Processo Penal

2.1.1. Os sistemas processuais

O Código de Processo Penal de 1941, utilizado até os dias de hoje, foi cunhado em um período em que predominava o totalitarismo, a imposição estatal, em que não se pensava na construção de um Estado de Direito, o que fez com que o Código em si absorvesse tal atmosfera em seus artigos, gerando a submissão do acusado ao Estado, por meio do poder acusatório e punitivo. Também colaborou para o viés inquisitivo do CPP o fato de que os documentos que lhe serviram de inspiração foram redigidos em países que viviam a mesma situação político-ideológica, como a Itália, por exemplo.

Foi em tal contexto que surgiu a posição de superioridade do magistrado[22]. Nesse ponto, a sua função se torna mista entre acusação, investigação e julgamento, o que nos leva à análise dos sistemas processuais penais utilizados durante o curso da história.

O sistema adversarial tem como fundamento o princípio da oportunidade no exercício da ação penal, que vale para qualquer das partes, seja o órgão acusador, com a sua disponibilidade de atuação, seja a defesa, que pode deixar de ocorrer ou mesmo renunciar direitos

21 "Não há como prover à iniciativa procedimental com exclusiva vantagem de uma das partes, sem a correlata atribuição de poder de reação à outra: o processo legitimamente instituído e regularmente desenvolvido reclama, também, para os revéis, poderosa e equitativa direção do agente do Poder Judiciário e plena contraditoriedade entre as partes.". TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 61-63.

22 "Verifica-se um 'donismo' processual sem precedente, endo e extraprocessual: o processo é meu, o promotor é meu, o estagiário é meu, o servidor é meu, o carro é meu, eu sou eu, eu e eu. Então, eu posso investigar, eu posso acusar, eu posso julgar, recorrer e executar a sanção.". GIACOMOLLI, Nereu Jose. *O devido processo legal*: Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 90.

fundamentais. Nesse sistema, apresenta-se a diferenciação firme entre o órgão julgador e acusador, bem como é ressaltada a imparcialidade do juiz.

No sistema acusatório, o Estado assume a função de acusador e a investigação, oficial e com respeito ao princípio da legalidade, praticamente fundamentava a imputação. Tem-se, em tal sistema, a separação precisa das funções de acusar, defender e julgar.

Apesar disso, o magistrado tem a possibilidade de solicitar as provas que entende devidas, o que pode dar a ideia de proximidade da função de acusador, fragilizando a sua imparcialidade, bem como acarretar um prejuízo à defesa.

Por fim, o sistema inquisitivo caracteriza-se por tomar o acusado como objeto de prova, a turva separação entre as funções de acusar e julgar, e um grande papel de atuação do magistrado.

No Brasil, a opção foi pela supremacia dos direitos fundamentais, sendo inviável a aplicação do sistema inquisitorial puro. Verifica-se que a Constituição pende para o sistema acusatório, em que há a separação das funções de julgar e acusar, com a estrita observância do devido processo legal e seus princípios decorrentes.

2.1.2. O devido processo penal

Com a evolução do sistema penal no Brasil e com a redemocratização, entendeu-se a necessidade da constitucionalização do processo, por meio da adoção do Estado de Direito nas três esferas de Poder, quais sejam, a de elaborar as leis, a de interpretá-las e a de aplicá-las[23].

Sendo assim, o processo penal deve se desenvolver, com base nos debates propostos entre acusação e defesa, sempre com observância dos princípios e garantias fundamentais, o que traz legitimidade para qualquer decisão que for tomada no processo. O juiz, no caso, passa a ser o garantidor do respeito a tais fundamentos constitucionais, realizando uma prestação jurisdicional efetiva e o compromisso de proferir uma decisão justa.

O devido processo penal nada mais é do que a vertente, no processo penal, do princípio do devido processo legal inserto em nossa Constituição. Há diversas garantias decorrentes do devido processo aplicáveis tanto ao âmbito cível quanto ao âmbito penal, como, por exemplo, o acesso à Justiça, o juiz natural, a imparcialidade, a plenitude de defesa, a publicidade dos atos, entre outros. Contudo, no âmbito do processo penal, o devido processo possui três postulados essenciais: a impossibilidade da pretensão persecutória, caso não tenha ocorrido um fato típico, antijurídico e culpável; a prévia existência da previsão da sanção criminal para o fato específico; e a impossibilidade de uma medida satisfativa de punição, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória[24].

3. A EVOLUÇÃO DO CONTRADITÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL: O CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO

Além do devido processo legal, o desenvolvimento do contraditório constitui importante elemento para se entender a evolução do direito processual como um todo. O próprio devido processo legal engloba o contraditório como um de seus principais elementos.

---

23 "Assim, o devido processo é o constitucional e convencional, o justo processo, muito além da normatividade ordinária. É aquele capaz de assegurar a proteção dos direitos humanos no plano concreto, por meio de uma teia de garantias forjadas em sua historicidade, na complexidade normativa doméstica e internacional.". GIACOMOLLI, Nereu Jose. Op. cit., 2016, p. 99.

24 Cf. TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 66.

Na Grécia Antiga, o princípio era inerente ao processo judicial[25]. Na Idade Média, o *ordo iudiciarius* representava a retórica e a ética para o campo do processo, eminentemente argumentativo e justificativo. O contraditório voltava-se ao alcance da verdade provável, permitindo-se o atuar das partes[26].

Com a ascensão das ideias jusnaturalistas, o contraditório é alçado como elemento emblemático da razão natural. Aos poucos, entretanto, com o absolutismo, os modelos processuais vão se simplificando e deformalizando, perdendo, gradativamente, sua importância[27].

No curso do século XVIII, o procedimento, em influência científica, com mecânica contraposição de teses, enfoca na sequência ordenada de atos, abandonando-se a metodologia dialética de investigação[28].

O liberalismo igualmente abala o contraditório, ao impor uma postura excessivamente passiva ao magistrado, que deixa de zelar pela efetiva paridade de armas[29]. A afirmação do positivismo, no século XIX, esvazia, de vez, a função axiológica do contraditório, que é definitivamente afastada. Já na primeira metade do século XX, sua desvalorização atinge o ponto mais baixo – ele passa a ser apenas um instrumento útil, porém não imprescindível[30].

Depois da Segunda Grande Guerra, o contraditório adquire, novamente, em escala global, sua importância, ligando-se, inclusive, à própria existência de processo[31], em um movimento comum de ascensão principiológica[32]. Nesse contexto, passa a se ligar a um direito de influência na decisão judicial, a partir de parâmetros de igualdade substancial e de legitimação democrática do Judiciário[33].

Tal forma de contraditório surgiu na segunda metade do século XX, quando se percebeu a necessidade de reelaborar o papel das partes do processo penal. Através desse enfoque, a atuação de todas as partes é ampliada, passando o magistrado a funcionar como uma figura ativa para orientar a cooperação de que se demanda[34]. Por meio dessa nova porta de diálogo aberta, as partes possuem a possibilidade de efetivamente influenciar no convencimento do juiz para obter uma decisão favorável a si.

Com o passar do tempo, verificou-se que apenas a oportunidade de manifestação das partes não seria suficiente para que se considerasse cumprida a necessidade do contraditório, uma vez que cabia ao magistrado a avaliação das provas e dos documentos apresentados, através do princípio da livre apreciação e do livre convencimento. Já como sinal de evolução, o convencimento deixou de ser apenas "livre" para ter de ser "motivado", com vistas a dar conhecimento às partes de como o magistrado chegou a tal decisão.

Atualmente, para que o juiz faça a apreciação de determinada prova, as partes devem ser intimadas e participar, ativamente, da sua produção, na forma permitida pela legislação,

---

25 Cf. GRECO, Leonardo. Op. cit., 2005, p. 541.

26 Cf. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Org. e trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2008, p. 127-130.

27 Cf. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 155; PICARDI, Nicola. Op. cit., p. 131-135; GRECO, Leonardo. Op. cit., 2005, p. 543.

28 Cf. PICARDI, Nicola. Op. cit., p. 136.

29 Cf. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Op. cit., p. 155.

30 Cf. PICARDI, Nicola. Op. cit., p. 137-139.

31 Idem, Ibidem, p. 140-143.

32 Cf. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Op. cit., p. 156.

33 Idem, Ibidem, p. 162-163.

34 Cf. GRECO, Leonardo. Op. cit., 2005, p. 544.

logicamente. Dessa forma, o que se pretende ressaltar é a necessidade de manifestação da parte a cada momento da instrução probatória, e a possibilidade de, por meio desses atos, influir efetivamente na decisão do magistrado[35].

Diante dessa nova formulação, a motivação das decisões judiciais deve estar de acordo com os atos vividos no processo, sob pena de macular a legitimidade do contraditório ali permeado e ensejar a realização de nova instrução probatória calcada no desrespeito aos princípios penais constitucionais aqui mencionados anteriormente.

4. A COOPERAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL

Fruto da releitura do devido processo legal e do contraditório, a cooperação apresenta-se como elemento novo do sistema processual, voltado a potencializar a importância do papel das partes na construção de uma relação jurídica mais humanizada[36]. Uma vez que se expandiram as prerrogativas dos sujeitos dos processos, também se expandem sua responsabilidade de agir em um comportamento ético e probo.

Trata-se, então, de uma leitura do que o professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro já chamava de "princípio da operosidade", pelo qual "todos devem cooperar com as atividades destinadas à democratização do processo, tendo como meta ideal a participação de quem quer que seja, em igualdade de condições, de sorte a possibilitar a justa composição dos conflitos".[37]

No presente item e no anterior, abordamos as origens da cooperação, a justificativa para a sua aplicação na esfera criminal e aspectos específicos que ela pode assumir.

4.1. As fontes do princípio da cooperação

Há diversas correntes acerca do referencial para o princípio da cooperação e sua assimilação no processo. Discute-se se ele pode ser inferido do contraditório, da cidadania, da solidariedade, da dignidade humana, do devido processo legal, da igualdade ou da boa-fé[38]. Na verdade, as ideias podem se complementar para dar ainda maior lastro à cooperação.

---

35 Segundo Ronaldo Bretas, "o princípio do contraditório, que já se considerou ser o binômio: informação e reação, implica a dimensão participativa, num quadrinômio composto dos seguintes elementos: Informação, Reação, Diálogo e Influência. Informação, no sentido de que os envolvidos devem ser adequadamente notificados de todos os atos processuais, preferencialmente através de comunicações reais e de maneira prévia. [...] Reação, consistindo na possibilidade das partes exporem suas alegações, propondo e produzindo provas (bem como o de impugnar as produzidas por outrem), isto é, em síntese, o direito de serem ouvidas. [...] Diálogo, como ferramenta tipicamente democrática, evidencia a necessidade de abertura das vias comunicativas entre o juiz e as partes, bem como entre estas, que devem cooperar em prol de uma solução dialeticamente construída. [...] Influência, por sua vez, é o direito das partes e dever do juiz de recepcionar a manifestação daquelas de forma efetiva, e não puramente formal, como parte da práxis. A possibilidade de influenciar na tomada de decisão configura verdadeiro direito de participação, contribuindo para a legitimação da decisão a ser proferida.". Apud GABRIEL, Anderson de Paiva. O contraditório participativo como traço distintivo do processo no Estado Democrático de Direito. In: *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 20, n. 79, p. 217-241, maio-ago. 2017, p. 228-229.

36 Como afirmam Humberto Dalla e Tatiana Machado: "Quando a única solução é o litígio, será que é necessário que as partes entrem em guerra umas com as outras, ou seria possível estabelecer uma comunidade de trabalho pacífica entre elas e com o juiz?". PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual* – REDP, v. 15, jan.-jun. 2015, p. 3.

37 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*: juizados especiais cíveis e ação civil pública. 1. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1999, p. 63-64.

38 Cf. MAZZOLA, Marcelo. Op. cit., p. 55-72.

Como referido no capítulo anterior, o contraditório ganhou importância como princípio mais basilar do direito processual. Se as partes devem ser capazes de influir na cognição judicial, deve ser a elas assegurado um ambiente de cooperação, para que concretizem tal garantia[39].

Por sua vez, a segunda ordem de ideias é a de fincar a cooperação como corolário da cidadania e da participação no processo, tentando atenuar o déficit democrático das Cortes[40].

A solidariedade apresenta-se como objetivo fundamental da República brasileira (CF, art. 3º, I). O diálogo fraterno e humano, presente na cooperação, seria uma forma de concretizar essa grande meta da solidariedade no campo processual, mormente para superar o distanciamento das partes entre si, e delas com o magistrado[41].

Outro grande valor de nosso ordenamento, a dignidade da pessoa humana, como centro axiológico da ordem jurídica, também é um fundamento possível à cooperação. Em especial, porque o alargamento do espaço de autodeterminação das partes representa aspecto fundamental de potencialização da dignidade e de suas finalidades, como a liberdade[42].

O devido processo legal, conforme trabalhado acima, é a garantia de que o rito procedimental seguirá em fiel observância às regras e aos princípios aplicáveis, uma vez que se volta a assegurar "a efetiva participação dos sujeitos processuais, de forma leal, honesta e equânime. E, como tal, também compõe a tessitura da cooperação"[43].

Também a isonomia, em sua vertente processual de paridade de armas, corrobora a cooperação, sendo certo que o tratamento igualitário de todos que intervenham no feito é verdadeiro pressuposto para o modelo cooperativo[44].

Por fim, a boa-fé objetiva, como padrões comportamentais éticos e probos, representa outra vertente de imprescindível observância para se alcançar um processo cooperativo[45].

4.2. Cooperação no processo civil

Todo esse movimento de aumento de importância das partes vem acompanhado de exigências éticas para a sua atuação no processo. Com a edição do Código de Processo Civil de 2015, a cooperação das partes[46-47] ganha novos contornos, em especial com a consagração expressa na legislação de um amplo espaço para as convenções processuais[48], ou seja, de negócios jurídicos

39 Idem, Ibidem, p. 62-63.

40 Id., Ibid., p. 64-65.

41 Id., Ibid., p. 66-67.

42 Id., Ibid., p. 68-69.

43 Id., Ibid., p. 70-71.

44 Id., Ibid., p. 71-72

45 Id., Ibid., p. 72-78.

46 "No plano processual, a cooperação pressupõe divisão de tarefas, redistribuição de responsabilidades e um pacto de trabalho, em que todos aqueles que participam do processo, incluindo o juiz, as partes, os advogados, a Defensoria Pública, o Ministério Público, entre outros, devem estar em busca da justa composição do litígio, com brevidade e eficácia.". MAZZOLA, Marcelo. Op. cit., p. 47.

47 Taruffo reforça que "é preciso desenvolver uma ativa cooperativa das cortes, partes e advogados, repartindo uma aspiração comum de uma justa e correta administração da justiça.". TARUFFO, Michele apud MAZZOLA, Marcelo. Op. cit., p. 49.

48 Para Ludmilla Vidal, as convenções processuais podem ser classificadas, de acordo com o momento de sua celebração, como: "[...] prévias (pré-processuais, antecedentes) ou incidentais (concomitantes, interlocutórias), vale mencionar, realizadas quando há litispendência – ajustadas, por exemplo, no escritório do advogado de uma das partes –, ou ainda na expectativa de que, na hipótese de ser instaurado um litígio sobre determinável situação envolvendo a relação jurídica formada pela negociação, este será regido por um regramento diverso daquele previsto na legislação.". VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte.

firmados pelas partes, de modo a promover determinadas alterações no rito seguido. Parte dessa mudança é decorrente dos novos princípios de cooperação[49] e colaboração das partes, trazidos ao ordenamento pelo novo CPC, e da crise de credibilidade que o Poder Judiciário vem sofrendo, sendo necessário reinstaurar o equilíbrio no âmbito processual entre as partes e o magistrado[50].

Reconheceu-se, assim, expressamente, no âmbito cível, que os sujeitos parciais, como destinatários da prestação jurisdicionais, são os mais aptos a conformar o rito às necessidades do caso concreto, sem prejudicar as finalidades do processo de assegurar a paz social e a ordem pública[51-52].

O processo civil deve ser enxergado como um "espaço democrático de ideias, onde cada uma das partes expusesse seu ponto de vista, até que o amadurecimento decorrente do percurso do procedimento permitisse o alcance da decisão final."[53].

A ideia principal é a de que a jurisdição é uma função pública, mas isso não impede o exercício, em algum grau, da autonomia na relação processual. Não se pode perder de vista que a liberdade é um direito fundamental e deve se buscar sua concretização no maior ponto possível.

Foi justamente essa base que parece ter inspirado o legislador do novo CPC. O estímulo aos métodos consensuais de solução de controvérsias, bem como as exigências de cooperação e o fortalecimento da arbitragem, representam o resultado de uma política que pretendeu valorizar a autodeterminação dos sujeitos parciais do processo[54].

Nesse contexto, editou-se o atual artigo 190, que autoriza as partes a "convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais". Cuida-se, portanto, de dispositivo até então sem nenhum paralelo em nosso ordenamento jurídico, representando uma superação do paradigma publicista[55-56].

Convenções processuais: do realinhamento das estruturas relacionais de poder no processo civil aos padrões de controle. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 127.

49 "Teixeira de Sousa anota que a cooperação traz deveres tanto às partes quanto ao juiz. Para os litigantes, sobressaem as obrigações de esclarecimento e de litigância de boa-fé; já em relação ao magistrado, impõe-se a observância de série de poderes-deveres, ou deveres funcionais, a saber: esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio". SOUSA, Teixeira de apud VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Op. cit., p. 127.

50 "A propósito, é preciso ressaltar que, enquanto um método adequado, embora não seja seu objetivo dar uma solução final ao conflito, mas regulamentar as 'regras da partida', os acordos processuais podem propiciar o resgate de credibilidade da sociedade perante o Poder Judiciário, na medida em que conflito se desenvolverá em sintonia com os anseios dos cidadãos em litígio, elevando o grau de legitimação das decisões judiciais". VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Op. cit., p. 74.

51 Cf. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 291.

52 "[...] los litigantes son los que mejor defienden sus intereses y, en consecuencia, nadie mejor que ellos pueden conocen las pruebas acreditativas de la certeza de sus alegaciones". PICÓ I JUNOY, Joan. Segunda parte. El juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal. In: _____. *El juez y la prueba*: Estúdio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual. Lima: Palestra Editores, 2023, p. 119.

53 Cf. SILVA, Franklin Roger Alves. A cooperação das partes no processo penal – art. 6º do CPC/2015. In: Os efeitos do novo Código de Processo Civil no Direito Processual. In: *Revista Forense: doutrina, legislação e jurisprudência*. V. 112, n. 423, p. 37-78, jan.-jul. 2016.

54 Cf. DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 20-25.

55 Cf. REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/15. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Op. cit., p. 273.

56 "Importante destacar que as convenções processuais não representam um retorno ao privatismo do direito romano

A ideia da ampliação da efetividade da cooperação no processo civil tende a fazer com que cada parte atuante no processo tenha o poder real de influenciar na decisão do magistrado. Não podem as partes funcionar apenas como receptores dos atos e decisões tomados durante o curso da instrução, devendo atuar ativamente para trazer ao processo todo o material possível, humano e documental, objetivando o convencimento do juiz[57-58-59].

Ainda, com o art. 370 do CPC de 2015, pode o magistrado requerer a realização de provas não solicitadas pelas partes, com vistas à solução mais justa do litígio60. E não há que se falar em mácula à imparcialidade do magistrado, a partir de tal premissa, eis que o intuito será sempre favorável àquele a quem a prova for favorável, mas não se pode conhecer o seu resultado antes de demandar a sua produção[61].

Em verdade, tal medida visa a possibilitar o maior espectro probatório ao juiz, com a participação efetiva das partes a cada momento, a cada ato da instrução probatória, concedendo às mesmas a oportunidade de arguição durante a produção de provas orais através dos quesitos, a ampla possibilidade de acompanhamento da produção das provas, bem como, e principalmente, o contraditório atuante e efetivo.

4.3. A teoria geral do processo e a aplicabilidade do artigo 6º do CPC ao processo penal

A cooperação no processo penal tem a mesma base legal que no processo civil, qual seja, o art. 6º do CPC 2015: "Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva", devendo ser aplicada ao processo penal a mesma ideia de ampliação da participação das partes no resultado do processo.

---

ou ao processo adversarial do Estado Liberal.". MAZZOLA, Marcelo. Op. cit., p. 194.

57 "Consequentemente, pode ser observado o foco para uma perspectiva processual policêntrica, com a tentativa de afastamento de protagonismos (seja das partes, seja do julgador) a partir de um modelo constitucional de processo e de efetiva participação e controle por todos os envolvidos.". SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua "possível" influência no Direito Processual Penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Ricardo Schietti. (org.). *Repercussões do Novo CPC – Processo Penal*. V. 13. Salvador: Jus Podivm, 2016.

58 As partes não devem atuar como "antagonistas que aguardam uma decisão, mas como protagonistas que constroem a decisão.". NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade apud MAZZOLA, Marcelo. Op. cit., p. 54.

59 "Perceba-se que não se trata, apenas, de agir com boa-fé. É bem mais do que isso. Agir com boa-fé significa se abster de incidir em alguma das condutas tipificadas como atos de improbidade processual. Agir de forma colaborativa significa uma conduta proativa. É um fazer quando o agente poderia, simplesmente, se omitir. É esse *plus* que merece ser premiado.". PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. Op. cit., p. 13.

60 "Quanto ai poteri di iniziativa instruttoria autonoma, anche l'Italia si è allineata con la tendenza – purê prevalente in quase tutti gli ondinamenti europei – favorevole ad attribuire al giudice un roulo attivo nella scoperta dela verità dei fatti, e quindi con la tendenza a conferirgli il potere di disporre d'ufficio l'acquisizione di prove rilevanti che non siano state dedotte dela parti... Va invece sottolienato che la figura del giudice que puo e deve rendirse attivo nella ricerca della verità colmando le lacune que possono essere lasciate dalle iniziative probatorie delle parti, e a sua volta una conseguenza della svolta ideológica che ha caratterizzato la concezione del processo civile... non si puo evitare di far carico al giudice del compito di assecurare – com proprie iniziative instruttorie – che tutte le prove rilevanti vengano acquisite al giudizio. In questo modo la figura del giudice attivo nella ricerca della verita dei fati, e quindi dotato di poteri instruttori autonomi, viene a far parte del modello di processo che appare largamente dominante nella cultura processuale di *civil law*.". TARUFFO, Michele apud MAZZOLA. Op. cit., p. 14.

61 "A formação da convicção do juiz como premissa a uma decisão justa resulta da análise de todo o ocorrido, na tentativa de reconstruir a verdade dos fatos. Não é crível que se negue ao juiz responsável pela elaboração de uma sentença penal o conhecimento de declarações prestadas em ato processual anterior que fora submetido ao contraditório, sob a imaginação de que haverá prejuízo à defesa. Não se pode realizar exercício de futurologia, até mesmo porque o conteúdo que se pretende 'lacrado' pode servir de fundamento a uma sentença absolutória.". GABRIEL, Anderson de Paiva. *Juiz Hermes*: Reflexões sobre a jurisdição contemporânea: o contraditório participativo e as audiências de custódia. In: JOTA (*site*). Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reflexoes-sobre-a-jurisdicao--contemporanea-26072017. Acesso em: 12 dez. 2018.

Acerca da aplicabilidade do CPC ao processo penal, tem ocorrido uma certa polêmica hodiernamente, muito em torno da ideia de existência, ou não, de uma teoria geral do processo (TGP). Os que a aceitam costumam trazer maior permissividade à aplicação da lei processual civil à seara criminal. Os que a rejeitam sustentam as peculiaridades do ramo penal e a necessidade de teoria geral própria.

Na primeira corrente, defende-se que o processo observe, ao menos em um campo básico, uma estrutura comum, a trilogia estruturante, fundada nos institutos jurídicos da ação, da jurisdição e do processo[62].

A própria Constituição Federal, fundamento de legitimidade para o direito processual, como um todo, dispensa tratamento único a todos os ramos, na previsão do artigo 22, I: "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - [...] direito processual [...]"[63].

O ordenamento infraconstitucional também prevê interações[64] entre as esferas cíveis e penais, como medida de economia processual e de conveniência para evitar decisões contraditórias[65]. A TGP, então, estudaria as regras e os princípios voltados ao exercício conjunto da jurisdição pelo Estado, do direito de ação e do direito de defesa[66].

Como se registrou, há autores, especialmente do Direito Penal e do Processo Penal, que contestam tais ideias. Para eles, a adoção da TGP representa fonte de diversos problemas que impactariam a práxis criminal.

Como um dos grandes representantes dessa corrente, podemos colher as lições do professor Aury Lopes Jr.[67]. Em um plano mais genérico, aponta que o direito material civil seria autoexecutável. O processo penal, por sua vez, pelo princípio da necessariedade, seria imprescindível à atuação do substancial. Aponta, ainda, a ideia de lide, que supostamente seria essencial ao processo civil, e não existiria no penal.

Não seria uma questão apenas teórica, o doutrinador defende que a TGP traz efeitos danosos à seara criminal. De pronto, não se poderia falar em instrumentalidade, eis que a forma seria garantia de limitação de poder. Ainda, o direito de ação seria conceitualmente diferente, não se trabalhando com sua autonomia ou abstração. As condições da ação também não se colocariam, especialmente o interesse, pela necessidade do processo para a pena, e a possibilidade jurídica do pedido, já que o pedido é sempre o de aplicação das penas da lei.

Haveria também problemas na temática da incompetência do Juízo, cujas ideias de relativa ou absoluta não seriam aplicáveis ao processo criminal. O ônus da prova e o papel do magistrado são outros pontos destacados. Outros institutos como poder geral de cautela, revelia e inexistência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais igualmente representariam ideias de influência indevida do unitarismo no campo processual penal.

---

62 Cf. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*: promotor natural, atribuição e conflito. 5. ed., 3. tiragem. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1995, p. 7; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. V. 1: Teoria Geral do Processo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 50-51.

63 Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 57.

64 Cf. Código Civil: "Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.".

65 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 57-58.

66 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Op. cit., 2015, p. 51.

67 Para as críticas aqui resumidas, veja-se: LOPES JR., Aury. Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal. In: CONSULTOR JURÍDICO (*site*). Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal#_edn4. Acesso em: 12 dez. 2018.

Em resposta, o professor Afrânio Silva Jardim[68] apresenta seus contrapontos que, para nós, correspondem à melhor doutrina na matéria, sempre com o respeito às visões contrárias.

O mestre questiona a impossibilidade de autoaplicação do direito material penal, eis que ele se realizaria quando houvesse abstenção de prática de delitos. Do mesmo modo, no campo civil, há as chamadas ações constitutivas necessárias, em que obrigatória a intervenção judicial.

Além disso, em destaque nosso, deve-se ter em vista que o processo civil não se limita ao Direito Civil, dialogando com diversos campos do Direito Público, que, por vezes, podem lidar com valores constitucionais de estatura tão elevada quanto a liberdade.

Retomando os posicionamentos de Afrânio Silva Jardim[69], o professor aponta que, também no cível, a forma é uma limitação ao Estado-juiz. Não bastasse, a aplicação do princípio do prejuízo para verificação de nulidade advém do próprio CPP, em seu art. 563, não de uma integração por uma norma processual civil. Sobre os requisitos para o direito de agir, a justa causa aparece no campo criminal com o fito de que a abstração da ação não represente o seu exercício abusivo. Afora isso, há, no processo penal, ações não condenatórias (*habeas corpus*, revisão criminal, mandado de segurança em matéria criminal), cujo prosseguimento depende da aferição do interesse de agir, independentemente de se considerar necessário o processo para aplicação das penas.

O conceito de lide, por sua vez, não existe no processo penal; de fato, entretanto, sua ocorrência no processo civil também não é essencial. O conceito de pretensão, sim, seria imprescindível, interpretado como o pedido ao juiz em fazer prevalecer o seu interesse, em detrimento do de outrem. Esse aspecto estaria presente no processo criminal.

A atuação do magistrado em matéria probatória é prevista em dispositivo específico do CPP[70], enquanto o ônus da prova não seria um conceito ínsito à TGP ou imutável em todos os ramos do processo.

Por sua vez, a exceção à aplicação dos efeitos materiais da revelia também se faz presente no cível. Por fim, os recursos excepcionais são comuns, em sua existência e em seus efeitos, em qualquer área do processo, o que reforçaria a TGP.

Em síntese, a despeito de algumas críticas válidas, e de algumas particularidades, tem-se como admissível que as normas genéricas da teoria geral, dizendo respeito ao processo, à ação e à jurisdição, aplicam-se a todos os ramos.

A complexidade da matéria pode ser vista no próprio CPC. No que tange à aplicação subsidiária, prevê o Código, em seu artigo 15, que "na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente". Não se menciona, assim, a esfera penal.

Tal omissão legislativa não parece suficiente, todavia, para afastar essa aplicabilidade da codificação de processo civil. O próprio CPP, em seu artigo 3º, admite "interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito". Em segundo lugar, há a constatação prática de que, em alguns casos, o recurso à legislação processual cível é inevitável para se possibilitar o andamento do feito.

---

68 A resposta de Afrânio Silva Jardim pode ser vista em JARDIM, Afrânio Silva. Não creem na Teoria Geral do Processo, mas ela existe. In: CONSULTOR JURÍDICO (*site*). Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe. Acesso em: 12 dez. 2018.

69 Idem, ibidem. Acesso em: 12 dez. 2018.

70 "Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.".

Não se sustenta uma aplicação automática e acrítica de previsões civis ao processo penal. Entretanto, a mera possibilidade de aplicação do CPC, por si só, não traz qualquer desprestígio ao processo penal. Até mesmo porque nada obsta, em tese, que normas do CPP possam ser igualmente exportadas para a área cível[71].

No campo da cooperação, admitindo-a como norma fundamental do processo, parece induvidosa a possibilidade de sua aplicação na seara criminal, sem que isso apareça como conduta danosa ao direito processual penal, mormente porque representa uma potencialização do princípio do contraditório, do devido processo legal, da boa-fé, da solidariedade e da cidadania, cuja incidência faz parte de uma perspectiva de teoria geral do processo.

4.4. Aspectos específicos da cooperação no processo penal[72]

Uma grande fonte de inspiração para a aplicação da cooperação das partes no Brasil foi o estudo de caso dos fatos ocorridos nos EUA. No sistema americano, a maior parte dos litígios não chega ao Tribunal, primeiro pela primazia da realização de acordos em tal ordenamento, bem como pelo tempo de espera necessário para que uma demanda seja analisada por um juiz, passando de 20 meses.

Grande parte desse tempo de espera é decorrente da busca de provas e da utilização por ambas das partes de métodos de procrastinação, com vistas a convencer a outra parte a aceitar um acordo, ainda que não lhe seja totalmente satisfatório. Objetivando minimizar tal situação, foi criada a Cooperation Proclamation, a qual busca promover a capacitação de juízes e advogados no desenvolvimento de mecanismos que viabilizem de forma mais efetiva, a cooperação e a colaboração das partes.

Não se trata de coagir as partes a acordar, nem tampouco de prestar uma defesa menos eficaz aos clientes, mas sim de buscar o ponto nodal do litígio que realmente necessita de uma decisão jurisdicional e estabelecer os pontos em que as partes, por si próprias, podem chegar a um consenso.

Contudo, grandes dificuldades são encontradas, uma vez que, para que tal objetivo seja alcançado, tanto as partes como seus procuradores devem ser totalmente sinceros e transparentes sobre a questão de fato em conflito, mentalidade essa que, muitas vezes, não está incutida em alguns advogados, acostumados a esconder o jogo para permanecer com "cartas na manga", bem como que depende de maturidade profissional para que seja adquirida plenamente.

No Brasil, tal movimento procrastinatório também é percebido: a utilização de instrumentos protelatórios pelas partes e a falta de interesse na colaboração para a resolução mais rápida e eficaz do litígio contribuem para a morosidade e dificuldade da efetividade da prestação jurisdicional. Também por esses motivos, os estudiosos vêm entendendo a importância da aplicação da cooperação[73].

---

71 Por exemplo, "não estando o magistrado acorde com as razões que levam o membro do MP a deixar de atuar no feito como fiscal da ordem jurídica (art. 178 do NCPC), ele pode encaminhar o caso para revisão do Procurador-Geral (de Justiça ou da República), a quem competirá dar a palavra final sobre a necessidade (ou não) de intervenção do MP", aplicando-se o artigo 28 do CPP à esfera cível, cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Impactos do Novo CPC no processo penal. In: JOTA (*site*). Disponível em: https://jota.info/colunas/novo-cpc/impactos-do-novo-cpc-no-processo-penal%C2%B9-11052015. Acesso em:12 dez. 2018.

72 "A justiça criminal consensual é reflexo claro de uma orientação político-criminal de intervenção mínima do direito (e sistema) punitivo, preocupada em extrair maior eficácia de todo o sistema penal, e, por conseguinte, propiciar as finalidades de prevenção geral (vetor funcionalidade).". CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e Justiça Criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. In: *Custos Legis* – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, v. 5, 2012, p. 24. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/revista-custos-legis. Acesso em: 12 dez. 2018.

73 Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. Op. cit., p. 6-8.

No nosso ordenamento, no caso do processo penal, especialmente com relação à produção probatória, o conceito da participação da parte não se limita à apresentação das provas, mas se estende à possibilidade de ter as mesmas valoradas, ainda que não levem ao resultado esperado[74].

A utilização do consensualismo, no âmbito do direito penal, decorreu, inicialmente, da análise da eventual dicotomia entre o princípio da oportunidade[75] e o princípio da legalidade, vez que

> [...] a eficácia do processo não representa unicamente a aplicação do *ius puniendi*, ou seja, uma condenação, com a consequente aplicação de uma sanção criminal, mas também, a proteção de todos os direitos fundamentais, mais precisamente do *status libertatis* do cidadão com a aplicação de uma sanção adequada, voltada a funcionalidade do processo e da própria pena[76-77].
>
> [...] O processo penal de consenso busca aproximar os sujeitos processuais para, em conjunto, encontrarem a melhor solução legal para pacificar a tensão causada pelos interesses diversos surgidos com a prática do delito, servindo, simultaneamente, às finalidades tradicionais, preventivas, do direito penal, ao reestabelecimento da paz jurídico-social e à reabilitação do autor[78].

Ao contrário do que parece num primeiro momento, o consenso no processo penal não visa a afastar o conflito do poder de decisão do juiz, mas sim otimizar o sistema penal para cuidar dos processos mais relevantes[79].

Entretanto, essa utilização, pelo processo penal, de um maior espaço de consenso para as partes não vem sem alguma polêmica, apresentada por diversos autores da matéria.

---

74 "Através de referências conclusivas reafirma-se a necessidade do julgador em valorar as provas concernentes à pretensão acusatória e à resistência defensiva. Em outras palavras, a fidelidade democrática do processo penal com incorporação do contraditório será identificada quando forem enfrentados todos os pontos controversos e de maneira exauriente, indicar expressamente toda a justificação do ato decisório.". SAMPAIO, Denis, op. cit.

75 "[...] o conteúdo do princípio da oportunidade é constituído, exclusivamente, pelos casos em que o MP, tendo notícia de crime, possa ainda decidir sobre a abertura do inquérito e aqueles em que, tendo indícios suficientes relativamente ao autor do crime, possa ainda decidir sobre a dedução da acusação.". CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da "justiça absoluta" e o fetiche da "gestão eficiente" do sistema. In: *Revista do Ministério Público*, n. 84, ano 21, out.-dez. 2000, p. 32.

76 GIACOMOLLI, Nereu Jose. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 62.

77 Rafael Serra Oliveira afirma que: "Ao contrário do que sustenta parte da doutrina, a proposta de consenso não possui ligação com o princípio da oportunidade ou com o princípio da celeridade, uma vez que, por definição, não faculta às partes transigirem sobre a acusação – apenas modifica a maneira de interagirem – e também não cria mecanismos voltados a acelerar o processo penal em detrimento das garantias fundamentais do cidadão, sendo certo que a rapidez na solução do conflito é apenas uma consequência quase sempre atrelada à adoção de um processo orientado pela relação consensual.". OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal*: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015, p. 79.

78 Idem, Ibidem, p. 76.

79 "Nos processos em geral, e, em especial, no processo penal, vários são os fatores que podem influenciar o interesse na obtenção de uma determinada vantagem à parte, ainda que seja relativa ao reconhecimento de sua responsabilidade. Podem ser elencadas a possibilidade de uma punição abrandada, a preservação da imagem pessoal frente à publicidade que o processo determina, eventual interesse em ver-se desculpado junto à sociedade ou à parte adversa, fazer com que haja um desvio na percepção de sua responsabilidade, evitar gastos, dentre outros". BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*: Negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016, p. 23.

Aponta-se que se privilegia um juízo de suposta diminuição da impunidade em detrimento da violação certa das garantias fundamentais do processo. Representaria, para essa visão mais crítica, a consagração de um direito penal meramente simbólico e despido de real efetividade e, pior, desconsiderando direitos básicos do acusado[80-81].

Contudo, o contraponto feito é o de que os direitos e as garantias fundamentais do processo penal voltam-se à proteção da pessoa acusada. Desse modo, não se pode apagar, em abstrato, a possibilidade de o indivíduo se conduzir da forma que melhor lhe aprouver contra o interesse punitivo estatal, incluindo, em um campo determinado, a possibilidade de concordância de restrições a direitos fundamentais. O importante é que se estabeleçam critérios legais para essa limitação voluntária e sempre sob o controle do juiz, além de garantir o amplo acesso à defesa técnica e a oferta de outras vias para se insurgir contra a pretensão acusatória[82].

Há doutrinadores, ainda, que afirmam que a cooperação, por parte do acusado, é apenas uma faculdade, enquanto que para o magistrado e para o órgão acusador é um dever[83].

Com relação ao Ministério Público, ainda que se entenda sua atuação como fiscal da ordem jurídica, pretende a solução definitiva do caso com a apuração da conduta criminosa, não há que se falar em cooperação direta pelo mesmo, eis que não estão em discussão direitos por ele exercidos ou premidos. Entretanto, vislumbra-se um viés da cooperação quando o Parquet deixa de aplicar práticas ardilosas e de má-fé, durante o curso processual do fato. Pode-se inclusive ressaltar a obrigatoriedade de o MP se utilizar de seus instrumentos na busca de testemunhas ou documentos que sejam cruciais para a elucidação do fato.

Por parte do magistrado, o dever de cooperação com o processo é ínsito da carreira, tendo em vista a necessidade de imparcialidade e ausência de prejulgamento da causa. Apesar de o juiz ter que fundamentar todas as suas decisões durante o curso do processo, indicando, ainda que implicitamente, dessa forma, o caminho que está seguindo, deve se abster de demonstrar cabalmente uma posição concreta, antes da finalização da instrução probatória.

Por fim, quanto ao acusado, cabe somente a ele decidir se coopera ativamente na investigação processual, por meio da confissão ou da delação premiada, submissão a meios probatórios, sendo tal decisão levada em consideração pelo magistrado no momento da fixação da pena. Seu defensor, por certo, deve atuar da forma mais proba e decorosa, evitando a utilização de subterfúgios de má-fé e procrastinação para dificultar e retardar o trabalho do Juízo.

Verifica-se, portanto, que apesar de ser possível a aplicação da cooperação no processo penal, faz-se necessária uma maior especialização, considerando o papel de cada parte no processo, seus deveres e interesses no deslinde da causa, obviamente não se olvidando do amplo exercício do direito de defesa.

---

80 TASSE, Adel El. Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval. In: *Ciências Penais*. V. 5, p. 269-283, jul.-dez., 2006, p. 1-2 (versão digital). Disponível em: www.regisprado.com.br/Artigos/Adel%20El%20Tasse/Delação%20premiada.pdf. Acesso em: 12 dez. 2018.

81 Aury Lopes sustenta "[...] a incompatibilidade desse paradigma de justiça com o sistema acusatório previsto implicitamente na Constituição Federal de 1988, especialmente por violação aos seguintes princípios: (a) jurisdicionalidade, (b) inderrogabilidade do juízo, (c) separação das atividades de acusar e julgar, (d) presunção de inocência, (e) contradição, e (f) fundamentação das decisões judiciais.". LOPES JR., Aury apud CAMPOS, Gabriel Silveira de Queiros. Op. cit., p. 12.

82 LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 34-35.

83 SILVA, Franklin Roger Alves, op. cit.

5. CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, pretendeu-se, singelamente e em poucas linhas, destacar a nova realidade do princípio do contraditório no ordenamento jurídico brasileiro, nos âmbitos cível e penal, com enfoque neste último.

Foi necessária a análise da origem dos sistemas processuais do processo penal, bem como uma rasa comparação com o processo civil, tendo em vista que a base da cooperação atual no processo penal vem do novo Código de Processo Civil.

Não é um tema que se esgota e nem se pretende chegar a tanto, inclusive porque estamos no início da sua vivência nos tribunais brasileiros, e certamente muito ainda se debaterá e discutirá a respeito da atuação de cada parte no processo. Entretanto, importante ressaltar que as mudanças recentes já trazem alterações de paradigmas e dogmas antes entendidos como imutáveis pela doutrina, e que, ainda hoje, encontram muitos obstáculos em seu progresso.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: *Cadernos da Escola de Direito*, n. 9, v. 2, abr. 2017.

Disponível em: A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo | Cadernos da Escola de Direito (unibrasil.com.br). Acesso em: 10 dez. 2018.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*: Negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Projeto de Lei n. 8.045/2010. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263. Acesso em: 12 dez. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*: Negócios Processuais, v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015.

CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da "justiça absoluta" e o fetiche da "gestão eficiente" do sistema. In: *Revista do Ministério Público*, n. 84, ano 21, out.-dez. 2000.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e Justiça Criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. In: *Custos Legis* – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, v. 5, 2012, p. 24. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/revista-custos-legis. Acesso em: 12 dez. 2018.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*: juizados especiais cíveis e ação civil pública. 1. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1999.

_____. *O Ministério Público no processo civil e penal*: promotor natural, atribuição e conflito. 5. ed., 3. tiragem. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1995.

_____; GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; (org.). *Inovações do Código de Processo Civil de 2015*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual*: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Revista de Processo*, n. 198, p. 213-225. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2011.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2015.

FUX, Luiz (org.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*: reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011.

GABRIEL, Anderson de Paiva. O contraditório participativo como traço distintivo do processo no Estado Democrático de Direito. In: *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 79, p. 217-241, maio-ago. 2017.

_____. *Juiz Hermes*: Reflexões sobre a jurisdição contemporânea: o contraditório participativo e as audiências de custódia. In: JOTA (*site*). Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reflexoes-sobre-a-jurisdicao-contemporanea-26072017. Acesso em: 12 dez. 2018.

GRECO. *Instituições de processo civil*. 3. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011.

_____. *Instituições de processo civil*: introdução ao direito processual civil. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2015.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. In: *Revista de Processo*, ano 33, n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2008.

_____. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Juiz Hermes*: Reflexões sobre a jurisdição contemporânea: o contraditório participativo e as audiências de custódia. In: Jota. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reflexoes-sobre-a-jurisdicao-contemporanea-26072017. Acesso em: 12 dez. 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Impactos do Novo CPC no processo penal. In: JOTA (*site*). Disponível em: https://jota.info/colunas/novo-cpc/impactos-do-novo-cpc-no-processo-penal%C2%B9-11052015. Acesso em:12 dez. 2018.

GIACOMOLLI, Nereu Jose. *O devido processo legal*: Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. In: *Civil Procedure Review*, v. 4, n. 1, p. 36-86, jan.-abr. 2013. Disponível em: www.civilprocedurereview.com. Acesso em: 2 set. 2018.

GRECO, Leonardo. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. *Instituições de processo civil*. 3. ed., v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. In: *Revista de Processo*, ano 33, n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro de 2008.

JARDIM, Afrânio Silva. Não creem na Teoria Geral do Processo, mas ela existe. In: CONSULTOR JURÍDICO (*site*). Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo--ela-existe. Acesso em: 12 dez. 2018.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LOPES JR., Aury. A instrumentalidade garantista do processo penal. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. V. 2, p. 11-33, 2001. Disponível em: http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/instrumentalidade-garantista--do-processo-penal. Acesso em: 12 dez. 2018.

_____. Teoria Geral do Processo é danosa

para a boa saúde do Processo Penal. In: CONSULTOR JURÍDICO (*site*). Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal#_edn4. Acesso em: 12 dez. 2018.

MAZZOLA, Marcelo. *Tutela jurisdicional colaborativa: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação*. Curitiba: CRV, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coord). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*: estudos em homenagem a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal*: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Org. e trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Gen--Forense, 2008.

PICÓ I JUNOY, Joan. Segunda parte. El juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal. In: _____. *El juez y la prueba*: Estúdio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual. Lima: Palestra Editores, 2023.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual* – REDP, v. 15, jan.-jun. 2015.

_____. *Direito processual civil contemporâneo*. V. 1: Teoria Geral do Processo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/15. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais*. V. 1, Salvador: Juspodivm, 2015.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua "possível" influência no Direito Processual Penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Ricardo Schietti. (org.). *Repercussões do Novo CPC – Processo Penal*. V. 13. Salvador: Jus Podivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Franklin Roger Alves. A cooperação das partes no processo penal – art. 6º do CPC/2015. In: Os efeitos do novo Código de Processo Civil no Direito Processual. In: *Revista Forense: doutrina, legislação e jurisprudência*. V. 112, n. 423, p. 37-78, jan.-jul. 2016.

TASSE, Adel El. Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval. In: *Ciências Penais*. V. 5, p. 269-283, jul.-dez., 2006, p. 1-2 (versão digital).

Disponível em: www.regisprado.com.br/Artigos/Adel%20El%20Tasse/Delação%20premiada.pdf. Acesso em: 12 dez. 2018.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções processuais: do realinhamento das estruturas relacionais de poder no processo civil aos padrões de controle*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

O Neoconstitucionalismo pragmático e a jurisdição contemporânea

ANDERSON DE PAIVA GABRIEL[1]

1. INTRODUÇÃO[2]

No âmbito do Direito Constitucional, o marco filosófico do pós-positivismo está consubstanciado no que, no Brasil, se convencionou chamar de neoconstitucionalismo[3]. Indubitável que, a partir do término da trágica 2ª Guerra Mundial, vivenciamos o desenvolvimento do constitucionalismo democrático[4] no ocidente. E com a queda do muro de Berlim e o fim da guerra fria, este movimento se consagrou como a ideologia vitoriosa do século XX[5].

Isso não significa, no entanto, que esteja imune a críticas. Entre as principais, podemos mencionar a alegação de que traz consigo um déficit democrático, em razão da excessiva judicialização da vida e de os magistrados não terem sido diretamente eleitos pelo povo, isto é, não responderem nas urnas, periodicamente, por suas decisões. No mesmo diapasão, é a argumentação de que a preferência neoconstitucionalista por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, abre margem para desarrazoado subjetivismo.

---

1 Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Juiz Auxiliar no Supremo Tribunal Federal (STF). Juiz Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Coordenador Processual na gestão do Ministro Luiz Fux. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ).

2 GABRIEL, Anderson de Paiva. *O pragmatismo como paradigma do Direito Processual Penal contemporâneo: tecnologia, consenso e whistleblowing*. Londrina: Thoth, 2022.

3 Daniel Sarmento destaca que "A palavra 'neoconstitucionalismo' não é empregada no debate constitucional norte-americano, nem tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada Neoconstitucionalismo(s), organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003". SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: André Luiz Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino (org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 73-113.

4 Como aponta o Luís Roberto Barroso: "A primeira referência no desenvolvimento do novo direito constitucional na Europa foi a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, sobretudo após a instalação do Tribunal Constitucional Federal, ocorrida em 1951. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. A partir daí teve início fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica e normativa do direito constitucional nos países de tradição romano-germânica. Ao longo dos anos 70, uma nova onda de redemocratização e reconstitucionalização reforçou a adesão ao novo modelo, incluindo Grécia (1975), Portugal (1976) e Espanha (1978). Na América Latina, a década de 80 assistiu ao fim dos regimes militares, que se impuseram ao longo dos anos 60 e 70, como subproduto da guerra fria. A Constituição brasileira, como sabemos, é de 1988. Na Europa central e oriental, a onda de redemocratização e reconstitucionalização seguiu-se à queda do Muro de Berlim, ocorrida em outubro de 1989. Na África do Sul, a transição do regime do apartheid para uma democracia multipartidária teve início em 1990 e culminou com a Constituição que entrou em vigor em fevereiro de 1997". BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. *Revista Publicum*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2018.

5 Idem.

De fato, questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário, e magistrados não se submetem ao processo eleitoral como ocorre com os integrantes do legislativo e os chefes do Executivo. Entretanto, é inegável que, em muitas das vezes, são os próprios agentes políticos que, incapazes de construir consensos, acabam por transferir o ônus da tomada de decisões para o Poder Judiciário, seja por meio de desarrazoada inércia ou de provocações diretas (por meio do ajuizamento de ações variadas)[6].

Outrossim, também é incontroverso que um Judiciário forte e independente é um componente essencial das democracias contemporâneas, sendo o mecanismo mais eficiente não só para garantir as regras do jogo democrático, mas também para assegurar a devida proteção aos direitos fundamentais e às minorias[7]. Em relação à abertura conferida pelos princípios, assiste razão àqueles que se preocupam com o surgimento de uma "loteria jurisprudencial", em razão de um maior subjetivismo. No entanto, o dinamismo social contemporâneo demanda alguma flexibilização normativa, não sendo possível ao legislador contemplar todas as possibilidades em regras, e nem ao moroso processo legislativo regular a tempo as inovações sociais, econômicas e tecnológicas.

Comungamos, assim, da convicção esposada por Daniel Sarmento de "que é chegada a hora de um retorno do pêndulo no Direito brasileiro, que, sem descartar a importância dos princípios e da ponderação, volte a levar a sério também as regras e a subsunção" [8], bem como de que:

> Deve-se adotar a premissa de que quanto mais vaga for a norma a ser aplicada, e mais intenso o componente volitivo envolvido no processo decisório, maior deve ser o ônus argumentativo do intérprete, no sentido de mostrar que a solução por ele adotada é a que melhor realiza os valores do ordenamento naquele caso concreto[9-10].

Nesse sentido, como forma de legitimação das decisões judiciais e superação dessas críticas, é que consideramos imperioso reconhecer o pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo.

O neoconstitucionalismo, que passaremos a denominar, sob a vertente que defendemos, de pragmático, deve ser concebido como uma teoria que reconheça o relevante papel das instâncias democráticas na construção do Direito, sem descurar da possibilidade de atuação do Judiciário quando necessário.

O Neoconstitucionalismo pragmático valoriza os direitos fundamentais e os valores constitucionais, por meio dos princípios e da ponderação, mas não sepulta a importância das regras e da subsunção para segurança jurídica, proporcionando que a atuação judicial seja fundamentada e construtiva, sempre atenta à realidade, ao contexto e às consequências, para, assim, efetivamente realizar a Constituição e construir uma sociedade mais justa[11].

---

6 Idem.

7 DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001, p. 97-113; HABERMAS, Jürgen. Popular Sovereignity as Procedure. In: BONHAM, James; REHG, William. Deliberative Democracy. Cambridge: The MIT Press, 1997, p. 35-66.

8 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: André Luiz Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 73-113.

9 PERELMAN, Chaïm; P. Fories. *La Motivation des Décisions de Justice*. Bruxelas: Émile Bruylant, 1978.

10 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: André Luiz Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino (org.). As Novas Faces do Ativismo Judicial. 1ed.Salvador: JusPodivm, 2011, p. 73-113.

11 Idem.

2. O PRAGMATISMO[12]

O Pragmatismo filosófico teve origem nos Estados Unidos[13], no fim do século XIX, ao longo das reuniões do autodenominado "Metaphysical Club" (Clube Metafísico)[14], composto por um grupo de alunos e professores da Universidade de Harvard (Cambridge, EUA), dentre os quais merecem destaque: Charles Sanders Peirce[15] (que era químico e matemático, mas alcançou renome como filósofo), William James[16] (médico), John Dewey[17] (psicólogo e também filósofo), Francis Ellingwood Abbot (teólogo), John Fiske Green (historiador), Chauncey Wright (matemático), Joseph Warner (jurista), Nicholas St. John Green (jurista) e Oliver Wendell Holmes[18] (jurista, que integrou a Suprema Corte americana entre 1902 e 1932, tornando-se inclusive "Chief Justice of the United States")[19].

A despeito de serem ligados a diferentes cursos de pós-graduação e de segmentos variados do conhecimento, uniram-se por comungar de inquietações e angústias filosóficas comuns[20], centradas na premissa cunhada por Charles Sanders Peirce de que "as consequências ou efeitos de significado prático, que presumivelmente podemos atribuir ao objeto de nossas representações, constituem a totalidade de nossa compreensão deste objeto"[21].

Assim, evidente a ironia insculpida na nomenclatura "Metaphysical Club", já que os integrantes se insurgiam justamente contra as crenças metafísicas e a supostas verdades *a priori* ou

---

12 GABRIEL, Anderson de Paiva. *O pragmatismo como paradigma do Direito Processual Penal contemporâneo: tecnologia, consenso e whistleblowing*. Londrina: Thoth, 2022.

13 BILHIM, Renata da Silveira. *Pragmatismo e justificação da decisão judicial*: argumentação consequencialista como fundamento de validade da justa decisão. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 16.

14 MENAND, Louis. *The Metaphysical Club: A Story of Ideas in America* (2001), New York: Farrar, Straus, and Giroux. p. 226, 274.

15 LANCASTER, Robert S. A Note on Peirce, Pragmatism, and Jurisprudence. *Journal of Public Law*, v. 7, n. 1, Spring 1958, p. 13-19.

16 DESAUTELS-STEIN, Justin. At War with the Eclectics: Mapping Pragmatism in Contemporary Legal Analysis. *Michigan State Law Review*, v. 2007, n. 3, Fall 2007, p. 565-630.

17 FRANK, Jerome. Modern and Ancient Legal Pragmatism--John Dewey & Co. vs. Aristotle: I. *Notre Dame Lawyer*, v. 25, n. 2, Winter 1950, p. 207-257

18 GREY, Thomas C. Holmes and Legal Pragmatism. *Stanford Law Review*, v. 41, n. 4, April 1989, p. 787-870.

19 GABRIEL, Anderson Paiva. O pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia (org.). *Temas de análise econômica do Direito Processual*. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 99-136.

20 Ibidem, p. 99-136.

21 MARÇAL, Antonio Cota. Pragmatismo e Direito: qual Pragmatismo e o quê interessa no Pragmatismo? *Revista Eletrônica do Curso de Direito* - PUC Minas Serro, n. 3, junho de 2010, p. 68-102. Disponível em: http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1998/2181. Acesso em: 10 nov. 2018, p. 69-70: "Esta formulação pode ser lida no parágrafo 402, do volume 5 dos *Collected Papers,* mas, nas 'Lectures on Pragmatism', de 1903, Peirce retoma a formulação original do texto francês de 'How to Make Our Ideas Clear', publicada no número 7, em janeiro de 1879, p. 39-57, da *Revue Philosophique* e que é a seguinte: Considérer quels sont les effets practiques que nous pensons pouvoir être produits par l'objet de notre conception. La conception de tous ces effets est la conception complète de l'objet [p. 48]. A continuação desta passagem é bastante esclarecedora da centralidade da chamada máxima pragmatista, o que justifica sua reprodução aqui. Ei-la: Pour développer le sens d'une pensée, il faut donc simplement déterminer quelles habitudes elle produit, car le sens d'une chose consiste simplement dans les habitudes qu'elle implique. Le caractère d'une habitude dépend de la façon dont elle peut nous faire agir non pas seulement dans telle circonstance probable, mais dans toute circonstance possible, si improbable qu'elle puisse être. Ce qu'est une habitude dépend de ces deux points: quand et comment elle fait agir. Pour le premier point: quand? Tout stimulant à l'action dérive d'une perception; pour le second point: comment? le but de toute action est d'amener au résultat sensible. Nous atteignons ainsi le tangible et le practique comme base de toute différence de pensée, si subtile qu'elle puisse être [p. 47] (PEIRCE, 1973).

absolutas, refutando concepções nefelibatas e debates que se limitassem a um plano abstrato[22].

Para um pragmatista, a relevância ou significado de uma teoria só pode ser compreendido e adequadamente percebida à luz das alterações ou consequências que ela possa produzir no mundo fático. Assim, essa orientação intelectual revela o entendimento de que a produção acadêmica não deve se desvincular por completo da realidade sob pena de se tornar estéril ou utópica e, portanto, inútil[23].

Corroborando essa compreensão crítica no âmbito jurídico, Richard Posner salienta que:

> Hoje em dia, muitos professores de direito, especialmente os mais prestigiados das mais renomadas universidades, pensam em si mesmos primeiramente como membros de uma comunidade acadêmica interessada em dialogar com outros membros dessa comunidade, e não com os juízes.[24]

Na mesma linha, anotou em outra obra:

> Um número cada vez maior de juízes acredita que os acadêmicos de direito não estão sintonizados no mesmo comprimento de onda que eles; que os acadêmicos não estão interagindo com a magistratura e com os demais profissionais práticos do direito, mas sim correndo atrás do próprio rabo e do rabo dos outros professores.[25]

Consubstancia-se, assim, a imperiosa necessidade de uma virada empírica da agenda filosófica tradicional que havia sido estabelecida originalmente por Platão[26]. Com efeito, passou-se a defender a solução de problemas e a aproximação entre ideias e instituições, rejeitando-se os dogmas[27].

William James, nas palavras de Cornelis de Wal:

> acusava os racionalistas de escapismo. Os racionalistas, defendia, criam um sistema belo e autocompreensivo e, então, se apaixonam por ele, virando as costas ao mundo que encontramos na experiência e que esse sistema deve supostamente representar. Em seus sistemas cuidadosamente planejados, em que tudo tem seu lugar e há um lugar para tudo, não há espaço para os detalhes bagunçados e sujos, as crueldades, a falta de acabamento e as surpresas desconcertantes do mundo da experiência. [...] Para Platão, os cavalos que vemos competir no derby do Kentucky são somente imitações imperfeitas, ou sombras, do cavalo ideal, um cavalo que nunca é sentido, ouvido ou visto, mas que é de alguma maneira compreendido intelectualmente [28].

---

22 GABRIEL, Anderson Paiva. O pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia (org.). *Temas de análise econômica do Direito Processual*. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. p. 99-136.

23 GABRIEL, Anderson Paiva. O pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia (org.). *Temas de análise econômica do Direito Processual*. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 99-136.

24 POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 204-229.

25 POSNER, Richard. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

26 BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Filosofia do direito*. 3. ed. Londrina: Thoth, 2019, p. 58-60.

27 POSNER, Richard A. *How Judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 230-232

28 WJ, 348. WAAL, Cornelis de. *Sobre pragmatismo*. São Paulo: Loyola, 2007, p. 67.

Waal sustenta que:

os pragmatistas encontraram uma terceira via entre o dogmatismo e o ceticismo. Eles são falibilistas. Isso quer dizer que sustentam que, embora possamos estar certos que muitas de nossas ideias são verdadeiras, não podemos estar absolutamente certos acerca de uma única delas. Nosso conhecimento não se esteia sobre estacas, como as casas em Amsterdã, mas flutua[29].

O pensamento pragmático atravessou diversas fases, conforme pontua Antonio Cota Marçal[30]. Em um primeiro momento, temporalmente localizado no fim do século XIX e início do século XX, o Pragmatismo alcançou proeminência nos Estados Unidos e difundiu-se também pela Europa, gizando-se o protagonismo de William James, John Dewey, George Herbert Mead[31] e Jane Addams[32]. De fato, a máxima "peirceana" foi aplicada aos mais diversos campos do conhecimento, da psicologia à antropologia social, ganhando o pragmatismo uma dimensão concreta, isto é, sedimentando-se como verdadeiro método de pensamento e ação[33]. Enquanto sistema filosófico, guarda inúmeras convergências com outras linhas de pensamento[34], como o marxismo, o positivismo e o darwinismo, entre os sistemas de pensamento de relevo do século XIX, e, ainda, com o ceticismo e o empirismo da Antiguidade clássica[35].

Não consistiu em um pensamento revolucionário, mas sim na adoção sistemática e consciente de um método empregado pelos filósofos da Antiguidade (o pragmático britânico Schiller via o grego Protágoras, que viveu no século V a.C., como um dos primeiros pragmatistas). Não à toa, William James, em seu famoso livro sobre o Pragmatismo, apôs o seguinte subtítulo: "um novo nome para algumas antigas maneiras de pensar"[36].

Como destaca Thammy Progrebinschi: "O resultado disso, conforme acreditamos, foi a elaboração de uma teoria que, tanto em sua gênese histórica como em sua essência teórica, expressa um inegável pluralismo e uma infinita capacidade de se harmonizar com outras e distintas formas de pensamento".

Nesse sentido, essa riqueza de influências torna o pragmatismo, desde a sua germinação no Clube Metafísico, heterogêneo e, para alguns, múltiplo (pragmatismo multifário)[37].

---

29 WAAL, Cornelis de. *Sobre pragmatismo*. São Paulo: Loyola, 2007, p. 237-238.

30 MARÇAL, Antonio Cota. Pragmatismo e Direito: qual Pragmatismo e o quê interessa no Pragmatismo? *Revista Eletrônica do Curso de Direito* - PUC Minas Serro, n. 3, junho de 2010, p. 68-102. Disponível em: http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1998/2181. Acesso em: 10 nov. 2018. p. 69-70

31 MCDERMOTT, M. Joan. On Moral Enterprises, Pragmatism, and Feminist Criminology. *Crime and Delinquency*, v. 48, n. 2, April 2002, p. 283-299.

32 MOYER, Imogene L. Jane Addams: Pioneer on Criminology. *Women and Criminal Justice*, v. 14, n. 2/3, 2003, p. 1-14.

33 GABRIEL, Anderson Paiva. O pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia (org.). *Temas de análise econômica do Direito Processual*. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 99-136.

34 Para Souza, "Como método de conciliar os opostos, o pragmatismo possui semelhança com a dialética de Hegel", defendendo, ainda, que "O Pragmatismo também é cético; se por cético se entende a impossibilidade de alcançar a adequação entre a mente e as coisas, se é dizer a incapacidade de obter antecipações e expectativas que se verifiquem, então o pragmatismo é diretamente um antídoto para o ceticismo". SOUZA, Rodrigo Augusto de. O pragmatismo na Itália: aspectos da circulação de ideias norte-americanas entre os intelectuais italianos. Cognitio-estudos: *Revista Eletrônica de Filosofia*, ISSN 1809-8428, São Paulo: CEP/PUC-SP, vol. 10, n. 2, julho-dezembro, 2013, p. 268-279

35 GABRIEL, Anderson Paiva. O pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia (org.). *Temas de análise econômica do Direito Processual*. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 99-136.

36 WAAL, Cornelis de. *Sobre pragmatismo*. São Paulo: Loyola, 2007. p. 17-18

37 Assenta Thammy Progrebinschi: "[...] o pragmatismo indubitavelmente também apresenta similaridades com outros sistemas de pensamento desenvolvidos ao longo do século XIX, como é o caso do marxismo, do positivismo e do

Nas palavras de Papini, famoso pragmatista italiano:

> Creio em geral que poderão ter simpatias pelo pragmatismo todos os que pensam para atuar, e dizem que preferem verdades provisórias, porém operantes à embriaguez das palavras hiper-abstratas. [...] Ele é, pois, uma teoria corredor – um corredor de um grande hotel, onde há cem portas que se abrem para cem quartos. Em uma há um genuflexório e um homem que quer reconquistar a fé; em outra um escritório e um homem que quer acabar com toda a metafísica, em uma terceira um laboratório e um homem que quer encontrar novos "pontos de compreensão" sobre o futuro... Mas o corredor pertence a todos e todos o transitam: e se em alguma oportunidade sucedem conversas entre os distintos hóspedes, nenhum camareiro é tão vilão para impedi-las[38].

Apesar da existência de diversas vertentes, o pensamento pragmático indubitavelmente apresenta um núcleo comum, fundamentado em três principais alicerces[39]: 1 – o antifundacionalismo ou, em nossa concepção, antidogmatismo; 2 – o contextualismo; e, 3 – o consequencialismo[40]. Por tais razões, destaque-se que William James, um dos pais do pragmatismo, já salientava que este "não tem dogmas, não tem doutrinas, só tem um método"[41].

O Antifundacionalismo[42] (que pode ser grosseiramente sintetizado como antidogmatismo[43]) consiste na constante rejeição de teses abstratas, entidades transcendentais e verdades aprioristicas, refutando-se a ideia de certeza por meio da valorização do dinamismo do pensamento e permanente evolução dos conceitos[44].

Com efeito, nenhuma questão deve ser sepultada e se aspira por um permanente reexame à luz de críticas constantes, como verdadeiro método científico. No ponto, aproxima-se

---

darwinismo. Há ainda quem tente traçar as origens do pragmatismo no romantismo alemão, em Nietzsche, no pensamento anglo-saxão e, ainda mais remotamente, no ceticismo e no empirismo da Antiguidade clássica. Esta grande variedade de influências e semelhanças que o pragmatismo supostamente compartilha com outras formas de pensamento talvez explique por que não seja possível se falar em um único e homogêneo pragmatismo, mas sim em múltiplos pragmatismos – ou, ainda, em um pragmatismo multifário. Com efeito, desde a sua criação, no âmbito do Clube Metafísico, o pragmatismo é o resultado da contribuição de autores com formação e atuação em diferentes áreas do pensamento. O resultado disso, conforme acreditamos, foi a elaboração de uma teoria que, tanto em sua gênese histórica como em sua essência teórica, expressa um inegável pluralismo e uma infinita capacidade de se harmonizar com outras e distintas formas de pensamento". POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 14-15.

38 PAPINI, Giovanni. Pragmatismo. Buenos Aires: Cactus, 2011, p. 90.

39 POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 14-15.

40 GABRIEL, Anderson Paiva. O pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia (org.). *Temas de análise econômica do Direito Processual*. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 99-136.

41 JAMES, William. What Pragmatism Means. In: *Pragmatism and Other Writings*, p. 28.

42 POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 26-37.

43 O *Dicionário Michaelis* apresenta, entre as diversas acepções, dogma como sendo "Qualquer doutrina (religiosa, política, filosófica etc.) sustentada por princípios indiscutíveis e que devem, portanto, ser aceitos por todos como expressão da verdade", bem como "Qualquer opinião ou proposição apresentada sem argumentos racionais e difundida por métodos sem fundamentos lógicos" e, ainda, "Na Grécia antiga, decisão política inquestionável, provinda de um soberano ou de uma assembleia". *Dicionário online Michaelis*. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/dogma/. Acesso em: 12 fev. 2022.

44 MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico*: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ao empirismo, em oposição ao racionalismo, ensejando que todo e qualquer raciocínio seja ininterruptamente alimentado por evidências, que podem corroborá-lo ou esmorecê-lo e levar a sua superação[45].

O pragmatismo impõe como premissa de vida a incerteza, primando pela constante análise das diferenças que a adoção de determinada concepção como verdadeira pode proporcionar no mundo fático, e é à luz dessas consequências práticas que se deve verificar a sua validade e eventual necessidade de superação e mudança[46].

Assim, a investigação deve ser permanente e não há uma verdade final a ser alcançada, devendo prosseguir por meio do confronto entre as respostas parciais e temporárias alcançadas, conjugadas com a realidade momentânea e a experiência de cada participante do processo investigatório, numa permanente rejeição de abstrações[47].

Por contextualismo, entende-se que qualquer investigação ou processo, quiçá uma conclusão ou decisão, deve se dar devidamente embebida na cultura em que se realiza, refletindo, em certo aspecto, o ambiente social, econômico, político e cultural da qual emerge[48].

Ainda que, no cenário atual, a globalização e a tecnologia tenham proporcionado relativa uniformização cultural, ao menos no mundo ocidental, verifica-se que mesmo essas tendências e as novas dinâmicas, incluindo as disruptivas, não poderiam ser compreendidas dissociadas do tempo, espaço e sociedade contemporâneos.

As ideias dominantes em determinado momento influenciam sobremaneira a realidade social e mesmo o desenvolvimento e a tomada de decisões sobre seus rumos. Assim, torna-se imperioso visualizarmos qualquer questão sob a ótica do Estado e do contexto histórico e social em que se encontra inserido[49].

Em síntese, como apontou Dewey, "o contexto está tão arraigado às nossas vidas, especialmente às nossas práticas comunicativas, que o tomamos como dado, ignorando-o de certa forma [...]. Disto deriva o fato de que o contexto é essencial para o pensamento como um todo, e não apenas para a lógica ou a filosofia[50].

O último e talvez mais característico pilar do pragmatismo é o consequencialismo[51]. Peirce cunhou, ainda no fim do Século XIX, a máxima pragmática de que "as consequências ou efeitos de significado prático, que presumivelmente podemos atribuir ao objeto de nossas representações, constituem a totalidade de nossa compreensão deste objeto"[52]. Em verdade,

---

45 GABRIEL, Anderson Paiva. O pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia (org.). *Temas de análise econômica do Direito Processual*. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 99-136.

46 Idem.

47 POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 26-37.

48 GABRIEL, Anderson Paiva. O pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia (org.). Temas de Análise Econômica do Direito Processual. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 99-136.

49 TARUFFO, Michele. Cultura e processo. In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, v. 63, n. 1. Milano: Giuffrè, 2009, p. 63-92.

50 POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 49-37.

51 Frazão destaca que "o termo consequencialismo é normalmente utilizado para designar a ética das consequências, por meio da qual, em oposição à ética deontológica ou de matriz kantiana, condutas são julgadas e decisões são tomadas não pelo seu valor intrínseco, mas tão somente pelas suas consequências". FRAZÃO, Ana. A importância da análise de consequências para a regulação jurídica. Jota, 12 jun. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-importancia-da-analise-de-consequencias-para-a-regulacao-juridica-parte-iii-12062019. Acesso em: 28 fev. 2022.

52 PEIRCE, Charles Sanders. The Essential Peirce, Volume I (1867 – 1893). Editado por Nathan Houser e Christian

o pragmatismo almeja facilitar a compreensão de ideias e conceitos, por meio de sua efetividade e utilidade. Assim, reitere-se que consiste em um verdadeiro método de pensamento[53].

Debates muitas vezes obscuros podem ser iluminados à luz do pragmatismo e, em especial, com a realização do "teste consequencialista". Qual a distinção prática entre o acolhimento de uma posição ou de outra? Quais as consequências que a adoção desta ou daquela colocação acarretaria? Se nenhuma alteração será produzida na realidade, evidencia-se que a querela é inútil, isto é, estéril. Em outro giro, sendo produzidas consequências, essas devem ser dimensionadas e aferidas, dando azo à provável resolução da contenda por meio da análise dos benefícios e eventuais desvantagens ocasionados[54].

Primordial reconhecer, portanto, que o pensamento pragmático examina o presente com o olhar voltado para o futuro, o que não significa que ignore o passado. Pelo contrário, este é fundamental para adequada compreensão do contexto, como já salientado, apenas não torna a análise sua refém. O agir prático típico do pragmático importa que as consequências que possam vir a ser produzidas informem as ações presentes[55].

3. O PRAGMATISMO E O DIREITO[56]

Oliver Wendell Holmes Jr., um dos primeiros pragmatistas, explica o surgimento do Direito, aludindo que os costumes, crenças ou necessidades de um período estabelecem uma regra, e que o transcorrer do tempo, pode ensejar o desaparecimento daqueles e a reminiscência da regra, perquirindo-se ingenuamente razões contemporâneas para a sua imposição, levando a uma reconciliação entre a velha norma e o novo estado das coisas. Assim, "a vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência"[57].

Posner destaca que Holmes rejeitava a ideia ortodoxa de que juízes podem decidir os casos mais difíceis por meio de simples dedução baseada em premissas constantes de textos legais ou em prin-

---

Kloesel. Bloomington, Indiana University Press, 1992. How to Make Our Ideas Clear. In: *The Essential Peirce*. Selected Philosophical Writings, volume I, p. 132.

53 GABRIEL, Anderson Paiva. O pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia. (Org.). *Temas de análise econômica do Direito Processual*. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 99-136.

54 Idem.

55 Idem.

56 GABRIEL, Anderson de Paiva. *O pragmatismo como paradigma do Direito Processual Penal contemporâneo: tecnologia, consenso e whistleblowing*. Londrina: Thoth, 2022.

57 HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover Publications, 1991, p. 1-2. No original, em inglês: "The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become. We must alternately consult history and existing theories of legislation. But the most difficult labor will be to understand the combination of the two into new products at every stage. The substance of the law at any given time pretty nearly corresponds, so far as it goes, with what is then understood to be convenient; but its form and machinery, and the degree to which it is able to work out desired results, depend very much upon its past. [...] I shall use the history of our law so far as it is necessary to explain a conception or to interpret a rule, but no further. In doing so there are two errors equally to be avoided both by writer and reader. One is that of supposing, because an idea seems very familiar and natural to us, that it has always been so. Many things which we take for granted have had to be laboriously fought out or thought out in past times. The other mistake is the opposite one of asking too much of history. We start with man full grown. It may be assumed that the earliest barbarian whose practices are to be considered, had a good many of the same feelings and passions as ourselves".

cípios legais universais ("Direito Natural"), arguindo que as decisões são proferidas à luz das prováveis consequências sociais e econômicas que conseguem intuir[58].

A concepção clássica do Pragmatismo, desenvolvida por Peirce, James e Dewey no início do século XX, foi acolhida no âmbito jurídico, influenciando inclusive a Suprema Corte americana, e desembocando inicialmente, ao sentir de Bilhim, na corrente que foi nominada de Realismo Jurídico e que pugnava por um método racional de conhecimento humano[59].

Nesse sentido, muito mais importante que a operação silogística na aplicação do Direito é compreender como ocorre o desenvolvimento deste, desde a sua concepção até as tendências que se delineiam, observando que as necessidades sentidas pelo povo de um país, bem como as teorias morais e escolhas políticas trilhadas, estão incorporadas nele. Assim, o Direito é muito mais que um conjunto de dogmas, devendo se reconhecer o seu caráter histórico e o dinamismo ao longo do tempo[60].

Holmes observa que "A substância do direito, em qualquer momento considerado, corresponde aproximadamente ao que é entendido como conveniente no momento; mas a forma, a estrutura e o grau de eficiência do direito, que são estatuídos para a realização de certos resultados desejados, dependem muito de seu passado"[61].

No entanto, a despeito de o elemento histórico ser relevante para o adequado entendimento de um conceito jurídico ou para interpretação de uma regra, não podemos supor que determinado conteúdo do Direito decorre de ideais contemporâneos que nos sejam familiares, ainda que pareçam muito naturais para nós[62].

Ainda que certas interpretações jurídicas ou direitos ditos assegurados nos pareçam óbvias e decorrências elementares, muitas vezes resultaram de um longo processo, por vezes controvertido ao seu tempo, consubstanciando conquista obtida com muita luta e esforço intelectual[63].

Em outro giro, também não podemos hipertrofiar o caráter histórico, remanescendo vinculado a um Direito instituído por gerações que já se foram há muito. Os mortos não podem atar os vivos. Ademais, não se ignora que muitos daqueles que hoje são historicamente adjetivados como bárbaros, compartilham conosco muitos sentimentos e paixões, e suas práticas devem ser consideradas, reputando-se o nosso estágio atual de desenvolvimento e o processo civilizatório percorrido[64].

O Direito, portanto, é produto da experiência, voltando-se para a resolução de problemas sociais e a satisfação das necessidades humanas, sendo, contudo, as circunstâncias em que se desenvolve a vida humana continuamente mutáveis. Nesse passo, não pode o Direito ser simplesmente deduzido a partir de princípios absolutos e eternos resultantes de reflexões abstratas. O dinamismo contemporâneo reforça essa necessidade de se ponderar a respeito dos sucessivos arranjos sociais e econômicos, cotejando-os permanentemente com os fins juridicamente concebidos[65].

---

58 POSNER, Richard A. *How Judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 230-232.

59 BILHIM, Renata da Silveira. *Pragmatismo e justificação da decisão judicial*: argumentação consequencialista como fundamento de validade da justa decisão. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 23.

60 GABRIEL, Anderson Paiva. O pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia (org.). *Temas de análise econômica do Direito Processual*. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 99-136.

61 HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover Publications, 1991, p. 1-2.

62 GABRIEL, Anderson Paiva. O pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia. (Org.). Temas de Análise Econômica do Direito Processual. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 99-136.

63 Ibidem, p. 99-136.

64 HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover Publications, 1991, p. 1-2.

65 GABRIEL, Anderson Paiva. O pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo;

Mesmo Habermas reconhece que "A moderna prática administrativa apresenta um grau tão grande de complexidade, dependência da situação e incerteza que se mostra incapaz de ser plenamente antecipada no pensamento e, por conseguinte, normativamente determinada de modo conclusivo"[66].

Luís Roberto Barroso, ao falar da complexidade da vida contemporânea, destaca que:

> No modelo idealizado de separação de poderes, juízes não criam o direito, mas se limitam a aplicar a Constituição e as leis, que são obras dos agentes políticos eleitos para esse fim. Porém, na complexidade das sociedades contemporâneas, com seu pluralismo, diversidade e velocidade das transformações, nem sempre é assim. Para muitas situações da vida, inexiste uma clara e prévia decisão política do constituinte ou do legislador definindo a solução a ser adotada. Quando isso ocorre, é o próprio juiz que tem que elaborá-la, o que torna um coparticipante do processo de criação do Direito. Nesse caso, a linha divisória entre a política e o Direito deixa de ser nítida, porque essa função criativa do juiz sempre terá uma natureza política[67].

As transformações pelas quais passam a sociedade acarretam alterações na realidade humana, levando a novas necessidades e diferentes hábitos, suplantando a ordem social estabelecida e demandando a sua adaptação aos novos tempos, em um processo quase ininterrupto que consubstancia o eterno ciclo social da humanidade.

Richard Posner defende que:

> O pragmatismo significa olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência do "caráter local" do conhecimento humano, da dificuldade das traduções entre culturas, da inalcançabilidade da "verdade", da consequente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação, do fato de esta última depender da cultura e das instituições sociais e, acima de tudo, da insistência em que o pensamento e ação sociais sejam válidos como instrumentos a serviço de objetivos humanos tido em alto apreço, e não como fins em si mesmos.[68]

O Direito, portanto, também precisa estar em permanente adaptação, perdurando os institutos jurídicos que remanesçam adequados para a satisfação das finalidades sociais a que serve o direito, e sendo alterados ou substituídos aqueles que entrem em descompasso com a sociedade contemporânea e suas necessidades[69].

PEPE, Rafael Gaia (org.). *Temas de análise econômica do Direito Processual*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 99-136.

66 HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e Validade*: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. São Paulo: Editora Unesp, 2020, p. 545.

67 BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênia*: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 198.

68 POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 620-621.

69 GABRIEL, Anderson Paiva. O pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia (org.). *Temas de análise econômica do Direito Processual*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 99-136.

Luiz Fux e Bruno Bodart registram que:

> A vida em sociedade constitui um emaranhado de relações intrincadas entre indivíduos e grupos, motivo pelo qual os diversos ramos da ciência social não passam de mero fatiamento artificial da realidade. Há algumas décadas, o que distinguia a Economia das demais ciências sociais era a sua metodologia diferenciada, mas os problemas enfrentados eram frequentemente os mesmos sobre os quais se debruçavam estudiosos de outras matérias. Atualmente, contudo, muitas das sofisticadas ferramentas adotadas pelos economistas são também compartilhadas por cientistas políticos, psicólogos, sociólogos e demais interessados na análise científica da interação humana em suas variadas nuances. Portanto, a tendência é de contínua convergência entre as disciplinas, para que formem um campo unificado da ciência social[70].

A utilização de um método científico, que permita a observação das consequências causadas por determinado instituto jurídico e, portanto, sua eficiência como meio de regulação social das atividades humanas, pode contribuir para aumentar a capacidade adaptativa do Direito.

Nesse sentido, ainda que diferentes institutos jurídicos sejam passíveis de aplicação, em tese, a determinado fenômeno social, apenas a avaliação de dados empíricos sobre as consequências práticas ensejadas por cada um pode permitir a seleção daquele que se mostre mais adequado, bem como minimizar erros e fracassos ao mesmo passo em que estreita a distância entre o Direito, que constitui o campo do dever ser, e a realidade em si[71].

O Direito Comparado, por exemplo, é disciplina fértil para o teste de hipóteses e o cotejo de diferentes formas de resolução de conflitos e pacificação social, mas esse método não pode se limitar a essa disciplina, pelo contrário, deve se espraiar para todo o campo jurídico[72].

Imperioso reconhecer, portanto, o caráter científico do Direito, constituindo, em verdade, ciência social aplicada. Nesse sentido, o pragmatismo pode contribuir sobremaneira para o seu desenvolvimento, sendo o método mais apropriado para dimensionar de forma adequada a permanente evolução que o Direito deve observar para regular as complexas relações jurídicas que envolvem o tecido social, maximizando a sua efetividade enquanto instrumento destinado a possibilitar a Justiça e harmonia[73].

É preciso ter consciência de que as normas legais e os precedentes judiciais criam incentivos, estabilizando as expectativas sobre as regras do jogo e, assim, fomentam determinadas condutas em detrimento de outras[74]. Incentivos nada mais são do que preços implícitos[75], e os indivíduos fazem escolhas buscando minimizar seus custos e maximizar seus benefícios, impactando toda a sociedade.

---

70 FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 25.

71 GABRIEL, Anderson Paiva. O pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia (org.). *Temas de análise econômica do Direito Processual*. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 99-136.

72 LEITE, Matheus de Mendonça Gonçalves. A atitude científica e o modo de proceder científico na perspectiva do pragmatismo clássico e os reflexos na compreensão científica do direito. *Revista de Direito Privado* (São Paulo), v. 15, p. 27-72, 2014.

73 GABRIEL, Anderson Paiva. O pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia (org.). Temas de Análise Econômica do Direito Processual. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 99-136.

74 SALAMA, Bruno Meyerhof; PARGENDLER, Mariana S. Direito e Consequência no Brasil: Em Busca de um Discurso sobre o Método. *Revista de Direito Administrativo*, v. 262, p. 95, 2013.

75 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? *Caderno Direito GV*, n. 22, mar. 2008.

Lawrence Friedman, Professor da Stanford Law School e autor do livro "Impact – How Law affects Behaviour" se debruçou sobre o tema:

> A partir do momento em que temos uma lei, precedente, doutrina ou instituição, o que acontece? O conhecimento legal de uma população, a clareza da lei e a participação de comunicadores e da mídia, tudo isso influencia o fluxo de informação entre aqueles que fazem as leis e os julgamentos e os cidadãos. Uma lei ou decisão não tem nenhum efeito se não alcançar o público a que se destina. [...] Depois de uma lei ser publicada, os destinatários algumas vezes cooperam, outras resistem, às vezes se ajustam ou, ainda, simplesmente tentam se esquivar. Três blocos de motivos moldam qual reação irá prevalecer: primeiro, recompensas e punições; segundo, influências do grupo a que pertence; terceiro, questões de consciência, legitimidade e moralidade. Quando todos esses fatores caminham juntos, a lei tem um impacto poderoso; quando há conflito, o resultado muitas vezes é imprevisível[76].

Friedman define impacto "como o comportamento que guarda relação causal com alguma lei, decisão ou outro ato estatal"[77], enfatizando que o impacto de uma norma não se dá com sua mera publicação:

> O papel das instituições é crucial em qualquer estudo de impacto. Thomas Gawron and Ralph Rogowski distinguem entre efetividade da lei e implementação da norma. A mensuração da efetividade da lei está voltada para a reação do público, enquanto a implementação da norma está focada nas instituições. Uma regra legal é fútil se a mensagem não chega ao público, mas é igualmente fútil se às instituições de controle não a recebem ou se resistem a ela. A polícia certamente compreende o furto, e sabe seu papel em coibi-lo. Mas autoridades podem decidir, por exemplo, não fazer cumprir normas que proíbam o uso de maconha, ou, ainda, que prender donos de prostíbulos não faz sentido (uma decisão que, historicamente, envolve dinheiro). Como e por que a polícia age de determinada forma varia enormemente de país para país, de época para época e mesmo de uma área para outra[78].

Posner assenta que "O cerne do pragmatismo jurídico é a adjudicação pragmática, e o cerne da adjudicação pragmática é uma elevada consciência judicial em torno das – e direcionada às – consequências". Nesse sentido, ressalta consistir em "uma disposição em fundamentar julgamentos políticos com mais atenção aos fatos e às consequências do que em conceitualismos e generalidades"[79].

Por isso é que se diz que o intuito da teoria de Posner é se preocupar apenas com a solução efetiva do caso judicial e as suas consequências, razão pela qual considera que as discussões acadêmicas que não se aproximem da realidade e dos fatos não são relevantes[80].

---

76 FRIEDMAN, Lawrence M. *Impact – How Law affects behavior*. Harvard University Press: Cambridge, 2016, p. 2.

77 Ibidem, p. 44.

78 FRIEDMAN, Lawrence M. *Impact – How Law affects behavior*. Harvard University Press: Cambridge, 2016, p. 40.

79 POSNER, Richard. Legal Pragmatism. Metaphilosophy: Oxford, Janeiro, 2004, v. 35, n. 1 e 2, p. 150.

80 POSNER, Richard. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em um de seus votos, já aduziu que:

> [...] hoje em dia, mais valor do que as valorações puramente abstratas ou ideológicas têm aquelas que se baseiam em pesquisas empíricas - é a virada empírico-pragmática que eu gosto de defender para a interpretação do Direito, desde que não haja um direito fundamental em jogo sendo prejudicado [...][81].

Depreende-se que defendemos, portanto, que o acerto de uma proposição não pode ser apontado em abstrato, de forma que refutamos verdades dogmáticas de cunho ideológico[82], que não possam ser testadas permanentemente, e que institutos jurídicos que não se mostrarem exitosos em solver os problemas a que se propõem e hábeis a satisfazer as necessidades vitais humanas, devem ser modificados ou substituídos[83].

De fato, há de se gizar que o Direito jamais pode se desconectar do mundo fático, sob pena de se tornar mera utopia. George Ripert já afirmava que "Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o Direito"[84].

Nesse sentido, Dinamarco defende que "os tempos exigem uma figura de juiz que vivencie os dramas sociais sobre os quais é chamado a atuar no processo", intitulando-o de juiz-cidadão[85].

O desafio contemporâneo consiste na integração das consequências na norma, isto é, incumbe ao jurista avaliar se o caso concreto se amolda a determinado dispositivo legal à luz do contexto e das consequências. Na análise da incidência da norma, devemos cotejar as consequências que provavelmente decorrerão de sua aplicação com o efeito esperado da previsão normativa, para concluir sobre sua validade ou não no caso concreto.

Nesse passo, Posner assinala o aprimoramento que o pragmatismo representou sobre o realismo jurídico:

> Outra grande fraqueza do realismo jurídico era a falta de método. Os realistas sabiam o que fazer – atuar com base na realidade e não em palavras retóricas, traçar as reais conseqüências de doutrinas jurídicas, equilibrar políticas concorrentes – mas não tinham a menor ideia de como fazer qualquer uma dessas coisas. Mas não era culpa deles. As ferramentas de economia, estatística e outras ciências pertinentes foram insuficientemente desenvolvidos para permitir uma abordagem de engenharia social para ser levado à justiça[86].

Portanto, para alcançar o fim desejado pelo juiz pragmático, muitas vezes se faz necessário recorrer à Análise Econômica do Direito e à Economia comportamental – com suporte da

---

81 STF. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE 888815 - Repercussão Geral - Mérito (Tema 822) - Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Julgamento: 12/09/2018. Publicação: 21/03/2019.

82 MARÇAL, Antonio Cota. Pragmatismo e Direito: qual Pragmatismo e o quê interessa no Pragmatismo? *Revista Eletrônica do Curso de Direito* - PUC Minas Serro, n. 3, junho de 2010, p. 68-102. Disponível em: http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1998/2181. Acesso em: 10 nov. 2018.

83 Idem.

84 RIPERT, Georges. *Le Régime démocratique et le droit civil moderne*. Paris: Libr. générale de droit et de jurisprudence, 1936.

85 DINAMARCO, Cândido Rangel. O futuro do Processo Civil brasileiro. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000, t. II, p. 753.

86 POSNER, Richard A. What Has Pragmatism to Offer Law. *Southern California Law Review*, v. 63, n. 6, September 1990, p. 1653-1670.

Economia, Psicologia, Sociologia, entre outras – para estimar, com um mínimo de racionalidade, quais os efeitos reais que resultariam da aplicação de uma norma ou de outra e assim encontrar o melhor resultado à luz da Constituição e do ordenamento jurídico como um todo.

4. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A ECONOMIA COMPORTAMENTAL[87]

A Análise Econômica do Direito (AED), desenvolvida precipuamente nos EUA e sob o signo da *Common Law*[88], tem natureza transdisciplinar e abrange conhecimentos de Direito e de Economia, consistindo em um método de análise do Direito. Tem como marcos os trabalhos de Gary Becker (1959[89]), Ronaldo Coase (1960[90]) e Guido Calabresi (1961[91])[92]. Por meio da utilização de ferramentas da Ciência Econômica[93], busca-se uma compreensão mais ampla dos institutos jurídicos e de suas consequências sociais[94]. Cumpre registrar que os alicerces filosóficos da AED de fato repousam na doutrina utilitarista preconizada por, entre outros, David Hume[95] e Jeremy Bentham[96].

---

87 GABRIEL, Anderson de Paiva. *O pragmatismo como paradigma do Direito Processual Penal contemporâneo: tecnologia, consenso e whistleblowing*. Londrina: Thoth, 2022.

88 WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil*: como a economia, o direito, e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 130. O advento da análise econômica do direito tem relação direta com o realismo norte americano. O realismo foi uma reação contra o formalismo do *commow law*, rejeitando a ideia de que o direito pode ser inteiramente captado por uma teoria descritiva e prescritiva baseada em um complexo de princípios, aplicados dedutivamente pelo juiz a qualquer conjunto de fatos, independentemente das consequências em casos particulares.

89 BECKER, Gary. *The economics of discrimination*. Chicago: University of Chicago Press, 1971.

90 Ronald Coase é considerado o pai da análise econômica do direito em razão do Teorema de Coase, que enfocava na alocação eficiente de recursos e considerava que as externalidades ou ineficiências econômicas podem ser corrigidas e internalizadas mediante negociação entre as partes afetadas, desde que o custos de transação sejam baixos. COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, 1960.

91 CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *Yale Law Journal*, 1961.

92 FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1. V. BECKER, Gary. *Economic Theory* 1, 2008, p. 22.

93 Ivo Gico Jr. registra que: "A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito". GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis Of Law Review*, v. 1, 2010, p. 11. Disponível em: https://nedep.files.wordpress.com/2011/07/ivo-gico-jr-metodologia-e-epistemologia-da-aed.pdf. Acesso em: 10 maio 2019.

94 "Se a AED tem um fundador, esse papel cabe a Ronald Coase. Coase emigrou para os EUA em 1951, mas pode-se dizer que as primeiras faíscas da AED surgiram como uma não imaginada consequência de uma pesquisa por ele empreendida em 1937 na London School of Economics, cujo resultado é o famoso artigo 'The Nature of the Firm'". WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil*: como a economia, o direito, e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 101. Sobre a relevância da AED no sistema jurídico norte americano, cite-se a lição de Eric Jasper Hadmann: "Em alguns ramos do direito nos Estados Unidos da América, a AED é dominante (como direito societário e comercial), em outros é a principal corrente de pensamento (como responsabilidade civil, contratos e direito das coisas) e seus expoentes foram até mesmo nomeados Juízes Federais (é o caso dos professores Richard Posner, Frank Easterbrook, Ralph Winter e Robert Bork). Entretanto, a AED não se restringe àquelas regras jurídicas com ligação óbvia com a ciência econômica, pois tem a pretensão de ser aplicável a todas as áreas do direito e de políticas públicas, inclusive o direito penal, civil e de família. (JASPER, Eric Hadmann. A filosofia da análise econômica do direito - AED. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 92, maio-jun. de 2010, p. 2, versão on-line).

95 HUME, David. *Tratado da natureza humana*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2009.

96 BENTHAM, Jeremy. *Principles Of Morals And Legislation*. Londom: Prometheus Books, 1990.

Antonio Maristrello Porto ressalta que "o Direito prescreve e regula o comportamento dos indivíduos e a economia estuda e infere como decidem diante de circunstâncias de escassez de recursos", de forma que "parece óbvia a sinergia entre esses dois campos do saber: se de um lado é necessário prescrever e regular comportamentos, por outro também se faz indispensável compreender sua natureza e quais forças os movem"[97]. Para Porto, "a perspectiva econômica vê o Direito como uma instituição que deve promover a eficiência, contribuindo, dessa forma, para melhorar o bem-estar social[98]".

A teoria econômica moderna tem por base o chamado modelo da escolha racional, que se espraiou para outros campos de investigação de fenômenos sociais, e que tem por premissas: 1 – todo agente tem preferências e deverá se comportar de modo a atender da melhor forma possível seu conjunto de interesses; 2 – todo agente é capaz de ordenar suas preferências, elencando as prioritárias (também chamada de completude); 3 – essa ordenação da escala de prioridades envolve lógica e está sujeita a incentivos (transitividade)[99].

Na AED, há um entrelaçamento entre a aplicação de preceitos normativos e conceitos econômicos com o fim de buscar a máxima efetividade, mediante a análise dos custos e os benefícios para todas as partes envolvidas na relação[100]. Assim, a solução mais justa deverá conter uma apreciação sobre o uso mais eficiente de determinado bem[101]. Deve-se buscar, pois, uma eficiência alocativa[102], isto é, que cada recurso gere o maior grau possível de riqueza.

A despeito da teoria presumir que cada agente agirá de maneira a maximizar suas preferências, isso pode não ocorrer, seja em virtude de não possuir as informações necessárias para a melhor decisão ou desta depender, ainda, da conduta de outros agentes (como ocorre na teoria dos jogos)[103]. Assim, ainda que seja possível que o agente aja de forma ilógica, isso não elide a premissa como regra do que regularmente ocorre.

Nesse passo, essa perspectiva econômica do direito foi impactada também pela psicologia[104], perscrutando-se as limitações da racionalidade humana e as suas consequências comportamentais[105], bem como a influência que determinados incentivos podem acarretar. Surgiu, assim, a Análise Econômica Comportamental do Direito, também conhecida como Behavioral Law & Economics (BL&E)[106].

Richard Thaler, ganhador do Prêmio Nobel de Economia, aponta que a abordagem tradicional da análise econômica do direito é baseada no modelo de "Econs", isto é, de homens

---

97 PORTO, Antonio J. Maristrello Porto. Princípios de análise do Direito e da Economia. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antonio J. Maristrello Porto; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 25.

98 Idem.

99 FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1. V. BECKER, Gary. *Economic Theory* 1, 2008, p. 9-13.

100 FUX, Luiz; BODART, Bruno. Processo Civil e Análise Econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 12.

101 MAYER, Giovanna. As decisões do STF e do STJ entre a integridade e a análise econômica do Direito. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao038/giovanna_mayer.html. Acesso em: 8 jul. 2019.

102 ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia*: análise econômica do direito e das organizações. 1. ed., Editora Campus, p. 2

103 FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1. V. BECKER, Gary. Economic Theory 1, 2008. p. 15.

104 KAHNEMAN, Daniel. *Thinking fast and slow*. Kindle Edition, Location 39-52.

105 CALABRESI, Guido. *The future of law and economics*. New Heaven: Yale University Press, 2016, p. 3-4.

106 JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R; THALES, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, 1997-1998, p. 1471-1550.

como agentes racionais que buscam maximizar as utilidades individuais e que fazem escolhas acertadas nesse sentido[107]. No entanto, ressalta que existem três grandes condicionantes: (i) a da racionalidade limitada; (ii) o componente volitivo, e; (iii) o autointeresse, constituindo o que chama de "Humans", por suas limitações e desacertos, em oposição aos "Econs", da análise econômica tradicional[108].

Thaler traz como exemplos hipóteses nas quais as pessoas agem movidas pela raiva ou por impulsos diversos, fazendo escolhas que sabem ser desacertadas e prejudiciais a seu próprio interesse, preferindo punir a outra parte ainda que a seu próprio custo[109]. Qual magistrado, infelizmente, nunca presenciou isso em uma audiência de família?

Kahneman ressalta que estudos não demonstram a irracionalidade humana, mas sim que os seres humanos não são tão bem descritos pelo modelo original do agente racional, pois frequentemente agem fora do padrão de racionalidade, até porque nem sempre dispõem de todas as informações, nem sempre sabem o que é bom para eles e nem sempre escolhem o que realmente querem, apresentando racionalidade limitada, gostos instáveis, vieses e confusões em seus processos cognitivos, além de agirem movidos também por sentimentos[110].

George Akerlof e Robert Shiller, na mesma linha[111], acrescentam que o comportamento egoístico descrito pela teoria econômica tradicional culminaria por incentivar manipulações e fraudes, mas que as ações humanas são movidas por inúmeros fatores psicológicos, juntando-se ao autointeresse a busca por justiça, a sexualidade e até mesmo certas "histórias" autocontadas[112].

Comungamos do entendimento de Timm e Wolkart, que destacam que as recentes descobertas feitas no campo da Economia Comportamental não levam à superação[113], mas sim ao aperfeiçoamento da Análise Econômica do Direito, atualizando o modelo clássico do "homem racional" que passa a incorporar as ideias de que[114]: "a) a racionalidade humana é limitada ("bounded rationality"); b) a força de vontade é limitada ("bounded will power") e c) o egoísmo é limitado ("bounded self interest")[115].

107 THALER, Richard. Misbehaving. *The Making of Behavioral Economics*. New York: W.W. Norton & Company, 2015.

108 FRAZÃO, Ana. A importância da análise de consequências para a regulação jurídica. Jota, 12 jun. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-importancia-da-analise-de--consequencias-para-a-regulacao-juridica-parte-iii-12062019. Acesso em 28 fev. 2022.

109 THALER, Richard. Misbehaving. *The Making of Behavioral Economics*. New York: W.W. Norton & Company, 2015.

110 KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar. Duas formas de pensar*. Trad. Cassio Leite. São Paulo: Objetiva, 2011.

111 AKERLOF, George; SHILLER, Robert. Phishing for Phools. *The economics of manipulation and deception*. New Jersey: Princeton University Press, 2015.

112 AKERLOF, George; SHILLER, Robert. *Animal Spirits*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

113 NOURSE, Victoria; SHAFFER, Gregory. Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory? *Cornell Law Review*, v. 95, p. 61-138, 2009.

114 KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, p. 263-291, mar. 1979.

115 TIMM, Luciano Benetti; WOLKART, Erik Navarro. Direito e Economia desmistificados – Parte II: As contribuições da Behavioral Law and Economics. Jota: Brasília, 18 out. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/direito-e-economia-desmistificados-parte-ii-18102018. Acesso em: 28 fev. 2022.

Nesse passo, aduzem que o método pragmático recrudesce o uso do sistema "manual" descrito por Kahneman[116], ao apelar para capacidade de racionalizar e pensar em consequências a partir de dados científicos e empíricos somente avaliáveis por uma parte específica do cérebro e, assim, evitando atalhos mentais e escudos morais retóricos não lastreados em dados ou evidências científicas, mas sim em emoções. Timm assim sintetiza as contribuições da Análise Econômica do Direito para o direito processual brasileiro nos seguintes termos:

> a Análise Econômica do Direito pode especialmente contribuir na medida em que busca se valer, precipuamente, de uma teoria comportamental econômica (que se não perfeita, é bastante útil) e da realidade empírica, para então conceber e desenhar normas jurídicas que efetivamente venham a atingir os fins almejados, através da identificação e calibragem (ajuste) dos incentivos que são irradiados pelo sistema processual[117].

5. PRAGMATISMO NO BRASIL

Em nosso ordenamento jurídico, também é possível observar a influência da Escola acadêmica pragmática. Em março de 2015, após belíssimo trabalho da Comissão presidida pelo Ministro do STF Luiz Fux, foi promulgado o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), diploma em sintonia com o Neoprocessualismo[118] e o Neoconstitucionalismo, primando por igualdade, razoável duração do processo, segurança jurídica e efetividade das decisões judiciais[119].

Curioso notar que o CPC/2015 revela um hibridismo[120] vanguardista entre a *civil law*[121], derivado do sistema romano-germânico e no qual nosso direito possui raízes mais profundas[122],

---

116 É que o sistema 1 (automático ou rápido) está aparelhado para garantir a nossa sobrevivência, impulsionando comportamentos de defesa e de preservação individual. Eu corro de uma cobra. Existem freios morais para praticar atos básicos de violência (como esmagar, matar ou bater em alguém). Já o sistema 2 (lento ou manual) é utilitarista e lento, porque utiliza todas as informações disponíveis para calcular o custo-benefício de uma determinada decisão. TIMM, Luciano benetti; WOLKART, Erik navarro. Direito e neurociência: por que uma opção pelo "pragmatismo profundo"? Jota, 15 mai. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/direito-e-neurociencia-por-que-uma-opcao-pelo-pragmatismo-profundo-15052020. Acesso em: 28 fev. 2022.

117 Parecer elaborado pelo Professor Luciano Benetti Timm em resposta à consulta realizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de seu Presidente Claudio Lamachia e de seu Membro Honorário Vitalício Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho, sobre os potenciais impactos econômicos ao sistema público de solução de controvérsias (Poder Judiciário) e de incentivos comportamentais gerados aos litigantes pelo sistema de honorários de sucumbência contido no CPC/2015. Disponível em: http://s.oab.org.br/arquivos/2018/11/059092dc-2319-455d--bdc8-6c98e7de2a02.pdf. Acesso em: 14 out. 2021.

118 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, v. 2, n. 2, p. 1-44, 2007.

119 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VARGAS, Daniel Vianna Vargas; SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da. O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) no processo penal. Reflexões iniciais. *Revista de Processo*, v. 279/2018, p. 283-312, maio/2018.

120 GABRIEL, Anderson de Paiva. *O contraditório participativo no processo penal*: uma análise da fase pré-processual à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 24.

121 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In: *Revista Forense*, v. 359. Rio de Janeiro, 2002, p. 124. Barbosa Moreira, referindo-se ao CPC/1973, afirmava que: "[...] é possível concluir com segurança que, nos alicerces e na estrutura básica, o processo civil brasileiro é fruto genuíno do sistema jurídico romano-germânico. Filia-se, pois, à família a que tradicionalmente se vem aplicando a denominação inglesa de civil law, em oposição à de common law, pela qual se designa o direito dos países anglo-saxônicos e daqueles que o assimilaram em razão de vicissitudes históricas.".

122 Ibidem, p. 125. Destacava, ainda: "Isolados, contudo, até pouco tempo atrás, eram os casos de institutos processuais oriundos de outros sistemas jurídicos que não o dominante no continente europeu. Correlatamente, a doutrina brasileira só costumava abeberar-se na produção científica da Europa continental, com manifesta preferência pela italiana. Para tanto

e *a common law*[123], oriunda do direito anglo-saxão e cuja influência se fez notar com mais força[124] em nossa CRFB/88 e em nosso modelo de controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, o diploma buscou aprimorar o Direito Processual brasileiro, enfrentando, de forma pragmática, três grandes problemas[125]: o formalismo excessivo, a litigância desenfreada[126] (no ano anterior, o CNJ havia constatado que de cada dois brasileiros, um estava litigando[127]) e a prodigalidade recursal, sem descurar de garantias constitucionais, dentre as quais sobressaem o contraditório participativo, a economia processual, a isonomia e a segurança jurídica[128].

Se o Código Fux já havia buscado tornar nosso processo mais pragmático e, portanto, mais eficiente e menos utópico, imperioso reconhecer que o Brasil progrediu nessa direção ainda mais com a recente alteração na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB – DL 4.657/42) por meio da Lei nº 13.655, promulgada em 2018 e regulamentada pelo Decreto nº 9.830/19, que expressamente consagra o Pragmatismo, preconizando de maneira categórica todos os seus alicerces (antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo)[129].

De acordo com o art. 20, por exemplo, mesmo na esfera judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

A vedação a decisões fulcradas em valores jurídicos abstratos consubstancia a clara imposição, pelo legislador, do antifundacionalismo, assim como a necessidade de que sejam consideradas as consequências práticas exalta o consequencialismo[130].

---

contribuíram vários fatores: entre eles, de modo compreensível, a facilidade de acesso resultante da afinidade linguística, mas também a marca duradoura do justo prestígio firmado em nosso país pelo grande mestre peninsular Enrico Tullio Liebmanm cuja presença no Brasil, por vários anos, foi poderoso catalisador dos estudos processuais entre nós".

123 Idem. O próprio mestre assentava que a paisagem começava a se modificar, com a crescente curiosidade por institutos norte-americanos, acentuando a influência da globalização: "A paisagem começou a modificar-se há cerca de três décadas, com crescente curiosidade em relação a institutos norte-americanos, sobretudo, de início, na área de proteção de interesses supraindividuais, onde passaram a atrair certa atenção figuras como a da *class action*. Seja como for, é indubitável que o peso do universo anglo-saxônico tem aumentado no direito brasileiro, talvez mais noutros campos, agora diretamente alcançados pelas vagas da globalização econômica, mas também no terreno do processo civil. Vejamos alguns exemplos: a) No plano dos princípios, ponto que chama a atenção é a presença inédita até 1988 em texto constitucional, da fórmula 'devido processo legal', tradução quase literal da expressão *due processo of law*, de antiga linhagem anglo-saxônica. Viu-se ela inserida no art. 5º, LIV, da vigente Carta da República, onde, do ponto de vista processual, funciona como norma de encerramento, a incidir em casos não cobertos por disposições consagradoras de garantias específicas, como a do contraditório e ampla defesa (LV), a do juiz natural (LIII), a publicidade dos atos do processo (LX) e outras – garantias que, por sinal, não se podem propriamente considerar peculiares ao mundo de common law[...]".

124 HASELOF, Fabíola Utsig. *Jurisdições mistas: um novo conceito de jurisdição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 183.

125 A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro deu início, no dia 02 de março de 2015, ao "Congresso Brasileiro sobre o novo Código de Processo Civil", recebendo o Presidente da Comissão responsável pela criação do anteprojeto do novo CPC, ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux para a palestra "O Código de Processo Civil Democrático", que foi proferida na EMERJ no dia 02/03/2015.

126 Justiça em números 2016 - Infográficos: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/50af097ee373472788dd6c94036e22ab.pdf. Acesso em: 28 jan. 2017.

127 Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf. Acesso em: 28 jan. 2017.

128 GABRIEL, Anderson de Paiva. *O contraditório participativo no processo penal*: uma análise da fase pré-processual à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 21.

129 GABRIEL, Anderson de Paiva. *O pragmatismo como paradigma do Direito Processual Penal contemporâneo: tecnologia, consenso e whistleblowing*. Londrina: Thoth, 2022.

130 Idem.

Maria Helena Diniz, comentando a novel lei, ressalta que a interpretação da norma deve considerar tanto a apreciação de fatos e valores que a originam quanto os que a ela sejam supervenientes[131], assim como Miguel Reale aduz que o significado concreto da norma deve resultar de uma visão retrospectiva, a partir dos fatos e valores que constituíram o ordenamento, e de uma visão prospectiva, em função dos fatos e valores supervenientes à interpretação da norma[132].

O pensamento pragmático também vem sendo diuturnamente em sede jurisdicional, como por exemplo, na decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux na AO 1773/DF[133]:

> [...] Entretanto, o Direito é, por essência, multidisciplinar e não se pode desprezar o contexto em que as decisões judiciais são tomadas, especialmente as que acarretam impacto orçamentário. [...]. É que, em uma abordagem pragmática e multidisciplinar, a atuação do juiz, como agente político dotado da missão de resolver conflitos intersubjetivos, deve ser informada por três axiomas: o antifundacionalismo, o contextualismo e o consequencialismo. Primeiro, o Direito não é um fim em si mesmo, mas um processo dinâmico com finalidades sociais. [...] Segundo, o exercício da jurisdição é contextual. [...] Terceiro, decisões judiciais geram impactos macrossistêmicos que repercutem em um ambiente político e econômico altamente disfuncional e fragmentado, promovendo incentivos e desincentivos variados aos atores sociais e às instituições, tanto em relação àquilo que se vê, como àquilo que não se enxerga. [...] . Antes um ideário distante, o pragmatismo tornou-se common place na prática adjudicativa. Compreendido como estimativa de resultados ou juízo prognóstico, o consequencialismo não se confunde com o utilitarismo nem menoscaba reflexões de ordem moral ou positivista. Pressupõe, apenas, que o juiz considere os estados de coisas consequencialmente decorrentes de cada exegese que a norma contemple. Na síntese do juiz norte-americano Frank Easterbrook, as decisões judiciais não se despirão do risco de enviarem sinais errados "a menos que os juízes apreciem as consequências das regras legais para o comportamento futuro" (EASTERBROOK, Frank. The Supreme Court 1983 Term. Harvard Law Review, Cambridge, n. 4, p. 10-11, 1984-1985). Dentro do marco do consequencialismo, a decisão mais adequada a determinado caso concreto é aquela que, dentro dos limites semânticos da norma, promova os corretos e necessários incentivos ao aperfeiçoamento das instituições democráticas, e que se importe com a repercussão dos impactos da decisão judicial no mundo social.

Timm e Caon narram ter realizado pesquisa empírica junto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por meio da utilização de técnicas qualitativas e quantitativas, com base na metodologia de análise de conteúdo, conforme formulada por Laurence Bardin[134], e com apoio

131 DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 183.

132 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 293-294.

133 STF. Voto do Ministro Luiz Fux no AO 1773/DF. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/fux-revoga-liminares-auxilio-moradia.pdf. Acesso em: 20 nov. 2019.

134 BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2016.

na obra de Epstein e Martin[135], localizando "trinta e nove acórdãos em que foi utilizado o raciocínio econômico pelo STF como fundamento para as decisões, no período de 1991 a 2019"[136].

Indubitavelmente, desde então, o Pragmatismo se difundiu, até em razão de sua positivação legal na LINDB, e muitos outros acórdãos e votos poderiam ser mencionados[137].

Posner destaca que:

> os juízes pragmatistas sempre tentam fazer o melhor possível em vista do presente e do futuro, irrefreados pelo sentido de terem o dever de assegurar a coerência de princípios com o que outras autoridades fizeram no passado" [...] Nessa interpretação, a diferença entre um juiz pragmático e um juiz positivista [...] é que o último ocupa-se essencialmente de assegurar a coerência com as decisões passadas, ao passo que o primeiro só se ocupa de assegurar a coerência com o passado na medida em que a decisão de acordo com os precedentes seja o melhor método para a produção de melhores resultados para o futuro[138].

Bruno Salama sustenta, à luz da visão posneriana, que:

> A missão do juiz pragmático é a de decidir de maneira razoável. Isso quer dizer que o juiz deve sopesar as prováveis conseqüências das diversas interpretações que o texto permite, mas a elas não deve se fiar cegamente. O juiz deve igualmente defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes. A eficiência é então uma consideração; uma, dentre diversas outras[139].

Evidentemente, o pragmatismo, embora um paradigma adjudicatório contemporâneo, não deve ser tratado como uma panaceia para todos os problemas jurisdicionais, que dirá o consequencialismo, mas o relevo destes é justamente em rechaçar certo nefelibatismo que vinha prevalecendo e conferir balizas mais adequadas e realísticas para o processo decisório e para realização dos valores propalados pela Constituição[140].

---

135 EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. *An introduction to empirical legal research*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

136 O corpus de análise foi formado a partir de buscas na página de pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, foram localizados os julgados identificados na revisão bibliográfica e, posteriormente, foram realizadas pesquisas com a utilização de diversos termos relacionados à Análise Econômica do Direito, bem como como os nomes de autores consagrados da área (tais como Coase, Posner, etc.). TIMM, Luciano Benetti; CAON, Guilherme Maines. Análise econômica do Direito e o Supremo Tribunal Federal. *Jota*, 25 set. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/analise-economica-do-direito-e-o-supremo-tribunal--federal-25092020?utm_campa%E2%80%A6. Acesso em: 28 fev. 2022.

137 GABRIEL, Anderson de Paiva. O pragmatismo como paradigma do Direito Processual Penal contemporâneo: tecnologia, consenso e whistleblowing. Londrina: Thoth, 2022.

138 POSNER, Richard. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fones, 2012, p. 381.

139 SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 1, p. 435, 2012.

140 GABRIEL, Anderson de Paiva. *O pragmatismo como paradigma do Direito Processual Penal contemporâneo: tecnologia, consenso e whistleblowing*. Londrina: Thoth, 2022.

REFERÊNCIAS

AKERLOF, George; SHILLER, Robert. *Phishing for Phools*. The economics of manipulation and deception. New Jersey: Princeton University Press, 2015.

_____. *Animal Spirits*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

ALVES, F. S. M. (2019). O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. In: *Revista de Direito Administrativo*, 278(3).

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Filosofia do direito*. 3. ed. Londrina: Thoth, 2019.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In: *Revista Forense*, v. 359. Rio de Janeiro, 2002.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. In: *Revista Publicum*. Ahead of print, Rio de Janeiro, 2018.

BECKER, Gary. *The economics of discrimination*. Chicago: University of Chicago Press, 1971.

BENTHAM, Jeremy. *Principles of Morals And Legislation*. Londom: Prometheus Books, 1990.

BILHIM, Renata da Silveira. *Pragmatismo e justificação da decisão judicial*: argumentação consequencialista como fundamento de validade da justa decisão. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent*: Logical Foundations of Constitutional Democracy. Michigan University Press, 1962.

CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *Yale Law Journal*, 1961.

_____. *The future of law and economics*. New Heaven: Yale University Press, 2016.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: *Panóptica*, v. 2, n. 2.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. In: *Journal of Law and Economics*, 1960.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O futuro do processo civil brasileiro. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000, t. II.

DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DESAUTELS-STEIN, Justin. At War with the Eclectics: Mapping Pragmatism in Contemporary Legal Analysis. In: Michigan State Law Review, vol. 2007, n. 3, Fall 2007.

DWORKIN, Ronald, Is Wealth a Value? In: *Journal of Legal Studies*, 9, 1980, pp.191-226.

EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. *An introduction to empirical legal research*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FRANK, Jerome. Modern and Ancient Legal Pragmatism - John Dewey & Co. vs. Aristotle: I. In: *Notre Dame Lawyer*, vol. 25, n. 2, Winter 1950.

FRAZÃO, Ana. A importância da análise de consequências para a regulação jurídica. Jota, 12 jun. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-importancia-da-analise--de-consequencias-para-a-regulacao-juridica-parte-iii-12062019. Acesso em: 28 fev. 2022.

FRIEDMAN, Lawrence M. *Impact – How Law affects behavior*. Harvard University Press: Cambridge, 2016.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GICO JR., Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito. In: *Economic Analysis Of Law Review*, Vol. 1, 2010, p. 11. Disponível em https://nedep.files.wordpress.com/2011/07/ivo-gico-jr-metodologia-e--epistemologia-da-aed.pdf. Acesso em: 10 maio 2019.

GREY, Thomas C. Holmes and Legal Pragmatism. In: *Stanford Law Review*, v. 41, n. 4, April 1989.

GABRIEL, Anderson de Paiva. *O Pragmatismo como paradigma do Direito Processual Penal contemporâneo*: tecnologia, consenso e whistleblowing. Londrina: Thoth, 2022.

_____. O pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia (org.). *Temas de análise econômica do Direito Processual*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

_____. *O contraditório participativo no processo penal*: uma análise da fase pré-processual à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

_____. Popular Sovereignity as Procedure. In: BONHAM, James; REHG, William. *Deliberative Democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1997.

HEINEN, Luana Renostro. A análise econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica. In: *Direito e Economia I*, organização CONPEDI/UFSC, Florianópolis: CONPEDI, 2014.

HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover Publications, 1991.

HUME, David. *Tratado da natureza humana*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2009.

JASPER, Eric Hadmann. A filosofia da análise econômica do direito - AED. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 92, maio/jun. de 2010, versão online.

JOHNSTON, Jason Scott. Not So Cold an Eye: Richard Posner's Pragmatism. In: *Vanderbilt Law Review*, v. 44, n. 3, April 1991.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R; THALES, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. In: *Stanford Law Review*, 1997-1998.

KAHNEMAN, Daniel. Thinking fast and slow. Kindle Edition, Location 39-52.

_____; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. In: Econometrica, v. 47, n. 2, p. 263-291, mar. 1979.

LANCASTER, Robert S. A Note on Peirce, Pragmatism, and Jurisprudence. In: *Journal of Public Law*, v. 7, n. 1, Spring 1958.

LEFF, Arthur. Commentary, Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism. In: 60 Va. L. Rev. 451, 457 (1974).

LEITE, Matheus de Mendonça Gonçalves. A atitude científica e o modo de proceder científico na perspectiva do pragmatismo clássico e os reflexos na compreensão científica do direito. In: *Revista de Direito Privado* (São Paulo), v. 15, 2014.

MARÇAL, Antonio Cota. Pragmatismo e Direito: qual Pragmatismo e o quê interessa no Pragmatismo? In: *Revista Eletrônica do Curso de Direito* - PUC Minas Serro, n. 3, junho de 2010. p. 68-102. Disponível em: http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1998/2181. Acesso em: 10 nov. 2018.

MCDERMOTT, M. Joan. On Moral Enterprises, Pragmatism, and Feminist Criminology. In: *Crime and Delinquency*, v. 48, n. 2, April 2002.

MENAND, Louis. *The Metaphysical Club*: A Story of Ideas in America. New York: Farrar, Straus, and Giroux, 2001.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VARGAS, Daniel Vianna Vargas; SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da. O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) no processo penal. Reflexões iniciais. In: *Revista de Processo*, v. 279/2018, Maio/2018.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico*: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MAYER, Giovanna. As decisões do STF e do STJ entre a integridade e a análise econômica do Direito. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/34781/decisoes_stf_stj_mayer.pdf. Acesso em: 8 jul. 2019.

MOYER, Imogene L. Jane Addams: Pioneer on Criminology. In: *Women and Criminal Justice*, v. 14, n. 2/3, 2003.

NOURSE, Victoria; SHAFFER, Gregory. Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory? In: *Cornell Law Review*, v. 95, 2009.

PAPINI, Giovanni. *Pragmatismo*. Buenos Aires: Cactus, 2011.

PEIRCE, Charles Sanders. How to Make Our Ideas Clear. In: The Essential Peirce. Selected Philosophical Writings, v. I (1867-1893). Editado por Nathan Houser e Christian Kloesel. Bloomington, Indiana University Press, 1992.

POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

PORTO, Antonio J. Maristrello Porto. Princípios de análise do Direito e da Economia. In: PINHEIRO, Armando

Castelar; PORTO, Antonio J. Maristrello Porto; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

_____. Tribute to Ronald Dworkin and a Note on Pragmatic Adjudication. In: *New York University Annual Survey of American Law*, v. 63, n. 1, 2007.

_____. An Economic Theory of the Criminal Law. In: *Columbia Law Review*, v. 85, n. 6, October 1985.

_____. Pragmatic Adjudication. In: 18 *Cardozo Law Review* 1 (1996).

_____. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. In: 2 J. Legal Stud. 399, 458 (1973).

_____. LANDES, William M. Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. In: 19 J.L. & Econ. 249, 308 (1976).

_____. *How Judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

_____. *Problemas de filosofia do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Legal Pragmatism*. Metaphilosophy: Oxford, Janeiro, 2004, v. 35, n. 1 e 2.

_____. *The Economics of Justice*. 2. ed. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983.

_____. *Overcoming Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995. Introdução.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIPERT, Georges. *Le Régime démocratique et le droit civil moderne*. Paris: Libr. générale de droit et de jurisprudence, 1936.

RORTY, Richard. Dewey and Posner on Pragmatism and Moral Progress. In: *University of Chicago Law Review*, v. 74, n. 3, Summer 2007.

ROSEN, Jeffrey. Overcoming Posner. In: *Yale Law Journal*, v. 105, n. 2. November 1995.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 1.

_____; PARGENDLER, Mariana S. Direito e Consequência no Brasil: Em Busca de um Discurso sobre o Método. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 262, 2013.

_____. O que é pesquisa em direito e economia? In: *Caderno Direito GV*, n. 22, mar. 2008.

_____. Direito, Justiça e Eficiência - Programa de Intercâmbio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no Supremo Tribunal Federal (STF), 2010.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: André Luiz Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino (org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

SOUZA, Rodrigo Augusto de. O Pragmatismo na Itália: aspectos da circulação de ideias Norte-americanas entre os intelectuais italianos. Cognitio-estudos: *Revista Eletrônica de Filosofia*, ISSN 1809-8428, São Paulo: CEP/PUC-SP, v. 10, n. 2, julho-dezembro, 2013.

THALER, Richard. *Misbehaving. The Making of Behavioral Economics*. New York: W.W. Norton & Company, 2015.

TIMM, Luciano Benetti; WOLKART, Erik Navarro. Direito e Economia desmistificados - Parte II: As contribuições da Behavioral Law and Economics. Jota: Brasília, 18 out. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/direito-e-economia-desmistificados-parte-ii-18102018. Acesso em: 28 fev. 2022.

_____; CAON, Guilherme Maines. Análise Econômica do Direito e o Supremo Tribunal Federal. Jota, 25 set. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/analise-economica-do-direito-e-o-supremo-tribunal-federal-25092020?utm_campa%E2%80%A6. Acesso em: 28 fev. 2022.

WAAL, Cornelis de. *Sobre Pragmatismo*. São Paulo: Loyola, 2007.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil*: como a economia, o direito, e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. 1. ed., Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005.

A rebelião da revelia: Os novos contornos do instituto à luz das normas fundamentais do CPC/2015

FLÁVIA PEREIRA HILL[1]

Se tudo o que há é mentira,
É mentira tudo o que há.
De nada nada se tira,
A nada nada se dá.
Se tanto faz que eu suponha
Uma coisa ou não com fé,
Suponho-a se ela é risonha,
Se não é, suponho que é.
Que o grande jeito da vida
É pôr a vida com jeito.
Fana a rosa não colhida
Como a rosa posta ao peito.
Mais vale é o mais valer,
Que o resto urtigas o cobrem.
E só se cumpra o dever
Para que as palavras sobrem.

Fernando Pessoa, "Se tudo o que há é mentira"

Sumário: Introdução: conhecendo as molas mestras do Direito Processual Civil sob as lentes da revelia. 1. Breve escorço histórico da revelia. 2. O direito de defesa enquanto projeção do direito de ação e o seu impacto no estudo da revelia. 3. O direito probatório e a revelia. 3.1. A relação entre verdade e justiça e o seu reflexo na revelia: a exigência de verossimilhança das alegações de fato tecidas pelo autor. 3.2. Comunhão, aquisição processual e incindibilidade da prova e poder instrutório geral do juiz. 4. Flexibilização e adaptabilidade procedimental. 5. Conclusão.

1 Doutora e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora Associada de Direito Processual Civil da UERJ e da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Pesquisadora Visitante da Università degli Studi di Torino (UNITO), Itália. Delegatária de cartório extrajudicial no Estado do Rio de Janeiro.

INTRODUÇÃO: CONHECENDO AS MOLAS MESTRAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL SOB AS LENTES DA REVELIA

Revel seria, etimologicamente, o réu rebelde, ou seja, aquele que, embora regularmente citado, rebela-se, deixando de apresentar contestação no prazo previsto em lei[2].

Tendo em vista que a configuração da revelia do réu lhe impõe efeitos negativos, em maior ou menor escala, conforme as especificidades da causa e a legislação em vigor, tendo, pois, o inegável potencial de interferir negativamente, em alguma medida, "em sua sorte" no resultado do processo, trata-se de um instituto, a um só tempo, clássico e sempre atual – além de justificadamente "temido" por aqueles que ocupam o polo passivo, seja em virtude da demanda original, seja de eventual reconvenção.

A revelia – e o tratamento a ela dispensado pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência de dado país e em dado momento histórico – enfeixa em si uma pluralidade de princípios e valores da mais elevada envergadura, dentre os quais podemos destacar, desde já, contraditório, ampla defesa, direito à prova, isonomia e paridade de armas, instrumentalidade das formas, flexibilização procedimental, cooperação e, em última análise, a forma com que se concebe o próprio escopo principal do Direito Processual Civil em cada época, cultura e região.

Entendemos, pois, que não seria exagerado afirmar que a análise dos contornos dados à revelia pelo legislador, pela doutrina e pelos tribunais de dado país traz um importante indicativo acerca do maior ou menor compromisso, em cada quadra histórica, com valores como participação democrática no processo e com um resultado justo na prestação jurisdicional.

O objetivo do presente estudo consiste em, nos estreitos limites de um artigo científico, interpretar evolutivamente os contornos da revelia no Direito Processual Civil brasileiro.

1. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DA REVELIA

As Ordenações Afonsinas, no Livro II, Título 81, e as Ordenações Manuelinas, no Livro III, Título 63, previam que revel seria o réu que não comparecesse em juízo nem por si, nem por seu procurador[3]. Por conseguinte, o réu que se fizesse representar nos autos não seria considerado revel.

O CPC/1939, por seu turno, no artigo 34, dispôs que seria considerado revel o réu citado que não apresentasse *defesa* no prazo legal. Com isso, o CPC/1939 passou a exigir a apresentação de *qualquer modalidade de defesa* pelo réu, a fim de obstar a configuração de sua revelia. Sendo assim, a mera constituição de advogado nos autos já não possuía o condão de afastar a revelia, segundo a previsão legal vigente à época. Por outro lado, o comparecimento do réu nos autos para arguir suspeição ou impedimento do juiz ou incompetência do juízo, ou seja, outras modalidades de defesa que não propriamente a contestação, bastariam para desconfigurar a revelia, sob o pálio da codificação de 1939.

Contudo, o CPC/1973, ao alocar o artigo 319 logo ao início do Capítulo III, precisamente intitulado "A Revelia", passou, a nosso juízo, a vincular o conceito de revelia à condição de o réu deixar de oferecer *uma específica* modalidade de defesa no prazo e na forma previstos em lei: a contestação.

2 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. Atualização legislativa de Sergio Bermudes. 2001. p. 192.

3 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. cit., p. 32.

O CPC/2015, por sua vez, parece-nos tornar a vinculação entre revelia e ausência de contestação tempestiva e regular igualmente clara, ao dispor textualmente, no artigo 344, que o réu será considerado revel se não *contestar* a ação[4]-[5].

Com efeito, entendemos que *contumácia* é gênero, correspondendo ao não-comparecimento da parte em juízo ou à inatividade processual[6], do qual *revelia* é espécie[7], caracterizando-se esta, segundo o ordenamento jurídico-processual pátrio desde o CPC/1973 até os dias atuais, pela "contumácia quanto à contestação", na expressão de Pontes de Miranda[8].

Nesse sentido, com fulcro na própria opção legislativa que nos parece bastante clara, a doutrina majoritária[9]-[10]-[11]-[12] acertadamente posicionou-se no sentido de considerar revel o réu que deixa de apresentar contestação tempestiva e na forma da lei.

Cabe consignar, nesse ponto, que concordamos com Francisco Antonio de Oliveira, ao entender que o ordenamento jurídico processual brasileiro não erigiu o *elemento subjetivo*,

---

4 A definição dos efeitos decorrentes do não-comparecimento do réu mudou substancialmente ao longo dos tempos, conforme se extrai a partir do seguinte trecho das lições de Pontes de Miranda: "No procedimento romano *in iure*, se o réu não comparecia, isto é, se se recusava à obrigação de cooperar com a *litiscontestatio*, portanto ao seu dever de defesa, u de intervir na causa, o autor tomava posse dos bens (*missio in bona*) e até exercia a *venditio bonorum*. Se o procedimento era *in iudicio*, vencia a parte que comparecia (lite deserta). No procedimento extraordinário, a que não se exigia *litiscontestatio*, declarava-se contumaz o demandado inativo: triunfava a parte presente *si bonam causam habuit*. Justiniano deu grande importância à litiscontestação: se o demandado inativo reincidia, decretava-se a *missio in possessionem bonorum*, a favor do autor *pro modo debiti probati*. No direito canônico, antes de haver litiscontestação não se podia proferir sentença sobre o mérito; mas a *Clementina Saepe*, de 1306, suprimiu a necessidade da litiscontestação. O *Jüngster Reichsabschied* de 1654 afastou a situação em que ficava o autor de ter de valer-se da *missio* ou de medidas, considerando-o como quem tem contestação e permitindo a sentença sobre o mérito. A Ordenação Geral Prussiana (I, 8, §10) de 1793 saiu da ficção da *litiscontestatio* negativa para a que se chamou *litiscontestatio* afirmativa: a contumácia é confissão e serve à condenação". MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. cit., p. 198.

5 Subsiste a importância da discussão, em razão de o artigo 343, §6º, do CPC/2015 ressalvar expressamente que o réu pode oferecer reconvenção, independentemente do oferecimento de contestação, por conseguinte, em separado. No que concerne à arguição de incompetência absoluta ou relativa do juízo, impedimento ou suspeição do juiz, impugnação ao valor da causa e à gratuidade de justiça, o artigo 337 do CPC/2015 prevê que deverá ser realizada no bojo da própria peça da contestação. Desse modo, sob o aspecto prático, a peça de contestação *terá sido formalmente ofertada* caso o réu a apresente para arguir quaisquer das matérias elencadas no artigo 337 do CPC/2015, razão pela qual, no nosso entender, não estará presente o requisito expressamente exigido pelo artigo 344 do CPC/2015 para a configuração da revelia, qual seja, a *ausência* de oferecimento da peça de contestação tempestiva e regular. Por outro lado, caso seja ofertada apenas a peça independente de reconvenção, na forma do artigo 343, §6º, do CPC/2015, sem que a peça de contestação tenha sido apresentada, estará presente o requisito para decretação da revelia.

6 REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil. Volume II.* 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1953, p. 110.

7 No mesmo sentido, MEDEIROS, Maria Lúcia de. *A revelia sob o aspecto da instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 49.

8 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. cit., p. 193.

9 "A revelia é um estado de fato gerado pela ausência jurídica de contestação". NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil. Volume Único*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm. 2016, p. 605.

10 "De acordo com o art. 344 do CPC, ocorre a revelia quando o réu não contesta a ação, apesar de regularmente citado, ou, ainda, quando a apresenta, mas esta é intempestiva". PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Jus. 2019. p. 645.

11 "Neste caso, em que o réu não contesta ou que, para este fim, deve ser considerado o mesmo, o faz a destempo, ele será considerado revel e, diante deste estado processual (de revelia), é possível que os fatos alegados pelo autor sejam presumidos verdadeiros (art. 344)". BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil. Volume Único*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2016, p. 320.

12 MEDEIROS, Maria Lucia de. Op. cit., p. 60-61. Concordamos com a autora quando afirma que "o conceito de revelia não se confunde com seus efeitos e [...] não há que perquirir os motivos que teriam levado o réu a não apresentar contestação".

ou seja, a *vontade do réu* de não contestar, como requisito necessário para a caracterização da revelia[13]. Entendemos, assim como Maria Lúcia Medeiros, que o nosso ordenamento se aproxima, portanto, da chamada "teoria da inatividade", visto que a revelia decorre da ausência de apresentação de contestação, pelo réu, no tempo e na forma previstos em lei, o que não implica renúncia ao seu direito de defesa, mas representa apenas uma situação fática definida e que, portanto, deve ser considerada em seu real e estrito espectro[14].

De se consignar que José Joaquim Calmon de Passos entende que o diploma processual (artigo 319 do CPC/1973 e artigo 344 do CPC/2015), ao prever que considera revel o réu que *não contestar a ação*, deve ser interpretado restritivamente, de modo que o oferecimento de contestação *intempestiva* não se confundiria com a *ausência* de contestação. Dessa forma, para Calmon de Passos, revelia corresponderia à *completa abstenção* da apresentação de contestação pelo réu, não apenas a sua apresentação extemporânea[15].

Cândido Rangel Dinamarco, também distanciando-se do entendimento majoritário, sustenta, por seu turno, que o oferecimento de *qualquer modalidade de resposta* por parte do réu teria o condão de afastar a revelia. Em outras palavras, ainda que não fosse oferecida contestação, mas fosse ofertada outra forma de resistência, tal como impugnação ao valor da causa ou denunciação da lide, estaria afastada a revelia. Para Dinamarco, no artigo 344 do CPC/2015 (artigo 319, CPC/1973), "onde está *não contestar*, leia-se *não responder*" [16].

Uma vez examinado o conceito de revelia, cumpre consignar que, de acordo com o CPC/2015, sendo ela decretada pelo juiz, produzem-se, em apertada síntese, efeitos de duas ordens, a saber:

Efeitos processuais:

a.1) o réu revel sem representação nos autos será considerado intimado acerca dos atos processuais a partir da publicação no Diário Oficial (artigo 346, CPC/2015); e

a.2) será nomeado curador especial ao revel preso, citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado (artigo 72, II, CPC/2015).

---

13 OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Manual da Revelia*. 2. ed. São Paulo: LTR. 2015, p. 43.

14 Maria Lúcia Medeiros aponta as seguintes teorias sobre a natureza jurídica da revelia: (a) teoria da rebelião ao poder do juiz (ou teoria penal da contumácia): ligada à época em que o processo apenas se formaria se contasse com a presença do réu, razão pela qual a ausência do réu era considerada um ato de rebeldia, um ilícito; (b) teoria da renúncia: o réu que, regularmente citado, deixa de comparecer em juízo estaria renunciando ao direito de defesa; (c) teoria da autodeterminação: a inatividade do réu seria um ato negativo voluntário, razão pela qual a omissão caracterizaria manifestação da sua vontade de não agir; (d) teoria da inatividade: parte do ponto básico do elemento objetivo do não comparecimento, sendo desimportante o elemento subjetivo. MEDEIROS, Maria Lúcia de. Op. cit., p. 44-45. Francisco Antonio de Oliveira acrescenta, com correção, a respeito da teoria da inatividade, que "não importa se o réu deixou de agir ou vontade própria ou premido por outras circunstâncias". OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Op. cit., p. 41.

15 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil. V. III.* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 354.

16 Para Dinamarco, o réu "não é sequer revel quando, embora sem contestar, responde reconvindo, denunciando a lide, chamando ao processo, impugnando o valor da causa ou arguindo a falsidade de documento acostado à petição inicial: revelia é inatividade e o fato de uma das possíveis respostas não ser apresentada não significa que o demandado esteja inativo no processo". DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Volume III.* São Paulo: Malheiros. 2001. p. 533.

Efeito material: presunção relativa[17] - de veracidade dos fatos alegados pela parte autora (artigo 344, *in fine*, com as exceções trazidas pelo artigo 345, CPC/2015)[18].

Vislumbramos, especialmente a partir do início dos anos 2000, uma paulatina releitura do tratamento dispensado ao réu revel, migrando-se de uma postura consubstanciada na aplicação fria da lei, a partir de uma subsunção cartesiana, inflexível e assistemática do então artigo 319, CPC/1973, em relação estanque de causa e efeito entre ausência de apresentação regular de contestação e decretação da revelia, com todos os seus consectários previstos em lei para a respectiva hipótese, para uma postura que prima por uma interpretação sistemática das normas processuais em vigor. Paulatinamente, doutrina e jurisprudência passaram a, cada vez mais, interpretar e aplicar a revelia e a amplitude dos seus efeitos à luz dos escopos do processo e dos princípios processuais aplicáveis, dentre os quais a defesa enquanto projeção do direito de ação (aspecto bifronte), a instrumentalidade das formas, o direito fundamental à prova, o princípio da comunhão da prova ou da aquisição processual da prova, a iniciativa probatória do juiz (em caráter subsidiário), a fim de que seja alcançada uma solução minimamente comprometida com o ideal de justiça.

Essa tendência foi catalisada pela entrada em vigor do CPC/2015, que privilegiou, dentre outros princípios, a cooperação, o contraditório participativo, o direito à prova e a flexibilização procedimental, conforme examinaremos nos itens subsequentes.

2. O DIREITO DE DEFESA ENQUANTO PROJEÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO E O SEU IMPACTO NO ESTUDO DA REVELIA

O Professor Gabriel Rezende Filho reconhece em sua obra, com propriedade, que a posição do réu é independente da do autor, suplantando a visão de Chiovenda, para quem a defesa se restringiria a um "contradireito diante do direito de ação, visando anulá-lo". O saudoso Professor paulista reconhece, desde os idos da década de 1950, ainda sob a vigência do CPC/1939, que o réu goza das "mesmas prerrogativas e faculdades que a lei confere ao autor, quer a ação deste seja fundada, ou não". Com propriedade, reconhece Rezende Filho ser desimportante o fato de o réu ter ou não razão, visto que, em qualquer caso, "não se lhe recusa o direito de defesa". Para ele, "tanto o autor, como o réu, têm direito à sentença no caso concreto"[19].

---

17 No mesmo sentido, sustentando tratar-se de presunção relativa de veracidade (*iuris tantum*). DINAMARCO, Cândido Rangel. "Fundamentos e alcance do efeito da revelia". *Fundamentos do processo civil moderno. Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros 2010, p. 588. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 607.

18 Teresa Arruda Alvim esclarece que o efeito material da revelia não corresponde perfeitamente ao conceito técnico-jurídico de presunção, visto que esta, a rigor, se dá quando, tendo sido efetivamente provado nos autos um determinado fato, considera-se, ou seja, presume-se, por conseguinte, provado outro fato dele decorrente. Por outro lado, o efeito material da revelia se produz não em razão de o autor ter provado determinado fato e, com isso, presumir-se provado um outro dele decorrente, mas se produz a partir da ausência de oferecimento de contestação, pelo réu, no prazo e na forma previstos em lei. ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. pp 94-95. Embora concordemos com as considerações técnicas tecidas por Teresa Arruda Alvim, optamos, no presente trabalho, por manter a menção à *presunção* de veracidade dos fatos alegados pela parte autora como efeito material da revelia, não apenas em razão de seu amplo emprego, inclusive no artigo 344 do CPC/2015, mas também porque, em certa medida, o artigo 345, VI, do CPC/2015, ao afastar o efeito material caso as alegações tecidas pelo autor *sejam inverossímeis ou estejam em contradição com aprova constante dos autos* acaba por, em boa medida, impor ao autor, quando menos, o ônus de apresentar o que, em Direito Processual Penal, seriam os indícios (artigo 239, CPP), a fim de que o conjunto probatório constante dos autos não coloque em xeque os fatos por ele narrados na petição inicial. Sendo assim, optamos por indicar o efeito material da revelia como presunção relativa (visto que passível de contraposição) de veracidade dos fatos alegados pela parte autora na petição inicial.

19 REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. Op. cit., p. 124.

Por conseguinte, o direito de defesa, assim como o direito de ação, é um direito abstrato e não concreto[20].

Esse raciocínio coloca em evidência o aspecto bifronte do direito de ação, ou seja, a noção de que o direito de defesa é uma projeção, para o réu, do direito de ação e está estreitamente relacionado com a isonomia entre as partes e a paridade de armas.

Tal abordagem macroscópica e contextualizada do direito de defesa destoa do posicionamento jurisprudencial que prevaleceu, no Brasil, nas primeiras décadas de vigência do CPC/1973, que não apenas decretava a revelia rigorosamente a partir da não apresentação da contestação no tempo e na forma estritamente previstos em lei, mas acabava por tolher o exercício do direito de participação e do direito à prova pelo réu revel ao longo de todo o processo.

Com efeito, tamanho o rigor com que era tratado o réu revel, que se formou jurisprudência no Brasil, especialmente no último quartel do século XX, no sentido de determinar o desentranhamento da contestação intempestiva (então, em papel) dos autos físicos, embora nem sequer houvesse previsão legal nesse sentido[21-22].

Nesse sentido, Francisco Antonio de Oliveira, em obra dedicada ao tema da revelia, não apenas considera acertada a determinação judicial de desentranhamento da contestação intempestiva, como considera *error in procedendo* do juiz a providência oposta, voltada a determinar a manutenção da contestação nos autos, devendo "a parte prejudicada manejar a devida correição parcial"[23].

Fazendo frente a tal entendimento, Cândido Rangel Dinamarco classifica "a generalizada tendência a desentranhar dos autos a contestação intempestiva" como "um desses preconceitos irracionais"[24].

---

20 Idem, p. 125.

21 PROCESSUAL CIVIL. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DA RÉ MEDIANTE JUNTADA DE PROCURAÇÃO DE ADVOGADO COM PODERES EXPRESSOS PARA RECEBER CITAÇÃO. CITAÇÃO VÁLIDA. CONTAGEM DO PRAZO PARA DEFESA A PARTIR DAQUELA DATA. CONTESTAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. CPC, ART. 214, § 1º. I. A juntada de procuração, pela ré, onde consta poder expresso a seu advogado para receber citação, implica em comparecimento espontâneo, como previsto no art. 214, parágrafo 1o, da lei adjetiva civil, computando-se a partir de então o prazo para o oferecimento da contestação. II. Defesa intempestiva. Desentranhamento. III. Recurso especial conhecido e provido. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 173.299/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 29/06/2000, DJ 25/09/2000.

22 Colacionam-se, a título ilustrativo, alguns acórdãos do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO nesse sentido: TJRJ. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 7.554/96. Relator Desembargador Torres de Melo. Decisão unânime. Julgado em 20/05/1997. "Ação reivindicatória. Ação julgada improcedente com base em alegação de prescrição aquisitiva feita em contestação ofertada a destempo. Anulado o processo, com o desentranhamento da contestação e o prosseguimento regular do mesmo, até nova e final decisão. Recurso provido". TJRJ. 10ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 08/96. Relator Desembargador Sylvio Capanema de Souza. Decisão unânime. Julgado em 30/01/1996. "Agravo de Instrumento. Ação ordinária. Revelia. Intempestividade da apelação. Sendo oferecida a resposta à destempo, como se vê da certidão da juntada do mandado citatório, outra decisão não poderia adotar o juízo senão determinar o desentranhamento da contestação e a decretação da revelia da ré. Desprovimento do agravo". TJRJ. 2ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 3.098/96. Relator Desembargador Sergio Cavalieri Filho. Decisão unânime. Julgado em 29/10/1996. "Revelia. Contestação intempestiva, Desentranhamento. Recebendo o processo no estado em que se encontra, pode o revel praticar os atos processuais que ainda estiverem em tempo de serem praticados, não porém os já cobertos pela preclusão, porque isso importaria volta ao passado. Desprovimento do recurso. [...] O prazo para a defesa é peremptório, sendo a revelia consequência inarredável para todo aquele que não contesta o feito no prazo legal, tenha ou não instrução jurídica. [...] Assim, se o próprio agravante admite não ter oferecido a resposta no prazo legal, bem andou o Juízo a quo ao mandar desentranhá-la dos autos [...]".

23 OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Op. cit., p. 118-119.

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. "Fundamentos e alcance do efeito da revelia". Op. cit., p. 589.

Em boa hora, já no século XXI, sobrevieram, com maior frequência, julgados que revisitaram a questão, passando a entender que a decretação da revelia não pressupõe o desentranhamento da contestação dos autos, até mesmo em razão da ausência de previsão legal[25-26], entendimento corroborado pela doutrina pátria[27-28]. A nosso sentir, a lei já prevê efeitos suficientemente rigorosos ao réu revel, não havendo que se falar em agregar medidas não expressas na lei, como é o caso do desentranhamento da contestação. Os tribunais passaram, então, a reconhecer o *caráter informativo* da contestação, na hipótese de sua intempestividade, o que dialoga com as premissas basilares do contraditório participativo, do direito fundamental à prova, da comunhão e da aquisição processual da prova, dentre outras.

Cândido Rangel Dinamarco acaba por sublinhar o caráter informativo da contestação apresentada pelo réu revel, ao apontar duas utilidades principais, que justificam a sua manutenção nos autos, a saber: (a) alertar o juiz "em relação a eventuais fatos impossíveis ou improváveis alegados na petição inicial"; e (b) esclarecer "quanto a dispositivos de lei, conceitos amadurecidos em doutrina, linhas jurisprudenciais estabelecidas nos tribunais do país etc."[29]

Erigiu-se, sob a égide do CPC/1973, jurisprudência igualmente rigorosa quanto à decretação da revelia do réu – e a consequente produção de seu efeito material – no procedimento sumário previsto naquele diploma processual. O §2º do artigo 277 do CPC/1973 dispunha que a ausência injustificada do réu à audiência de conciliação conduziria à presunção de veracidade dos fatos alegados na petição inicial, salvo se o contrário resultasse da prova dos autos. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça entendia que, caso o réu comparecesse *pessoalmente* à audiência de conciliação e, não havendo acordo, apresentasse *contestação escrita assinada por seu advogado*, o fato de o seu *patrono não estar presente* à audiência conduziria à decretação da revelia, com a consequente presunção de veracidade[30]. Tais posicionamentos refletem como

---

25 "Agravo de instrumento. Contestação intempestiva e revelia. Desnecessidade do desentranhamento da peça de defesa. Manutenção do petitório e documentos para análise dos autos, ainda que caracterizados os efeitos da revelia. Ausência de prejuízo à parte contrária. Provimento do recurso". TJRJ. 19ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento 0009764-44.2019.8.19.0000. Relator Desembargador Marcelo Almeida. Julgamento em 11/06/2019.

26 APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. ALEGAÇÃO DE COBRANÇAS INDEVIDAS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DO AUTOR. CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA. NÃO APLICAÇÃO DOS EFEITOS MATERIAIS DA REVELIA. REVELIA QUE POR SI SÓ NÃO TERIA O CONDÃO DE FAZER O AUTOR SE SAIR VITORIOSO NA DEMANDA. DESNECESSIDADE DE DESENTRANHAMENTO DA PEÇA CONTESTATÓRIA E DOCUMENTOS JUNTADOS, PRINCIPALMENTE SE AS PROVAS COLIGIDAS AOS AUTOS, SÃO IMPRESCINDÍVEIS À FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO NECESSÁRIO À PROLAÇÃO DA SENTENÇA E, SOBRETUDO, QUANDO ÚTEIS AO ESCLARECIMENTO DA SITUAÇÃO FÁTICA POSTA. AUSÊNCIA DE PROVA CABAL DA FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DA PARTE RÉ. PARTE AUTORA QUE NÃO FOI DILIGENTE NO QUE SE REFERE AO ÔNUS PROBATÓRIO QUE LHE CABIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO VERBETE Nº 539 DA SÚMULA DO STJ. É PERMITIDA A CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR À ANUAL EM CONTRATOS CELEBRADOS COM INSTITUIÇÕES INTEGRANTES DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL A PARTIR DE 31/3/2000. JUROS DEVIDOS CONFORME PACTUADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO IO DE JANEIRO. 19ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 0004884-15.2014.8.19.0087. Desembargador Relator Guaraci de Campos Vianna. Decisão unânime. Julgado em 02/04/2019.

27 DINAMARCO, Cândido Rangel. "Fundamentos e alcance do efeito da revelia". Op. cit., p. 589.

28 MEDEIROS, Maria Lúcia. Op. cit., p. 142.

29 DINAMARCO, Cândido Rangel. "Fundamentos e alcance do efeito da revelia". Op. cit., p. 589.

30 DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RITO SUMÁRIO. COMPARECIMENTO DO RÉU À AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. AUSÊNCIA DE SEU PATRONO. APRESENTAÇÃO DE DEFESA ESCRITA, FIRMADA POR ADVOGADO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REVEL. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 36, 37, 277, 278 e 319 DO C.P.C. RECURSO IMPROVIDO. 1. Os atos processuais devem ser praticados por advogados devidamente habilitados, sob pena de serem considerados inexistentes, nos termos do parágrafo do art. 37 do Código de Processo Civil. A não apresentação de defesa por advogado acarreta os efeitos do art.

os tribunais brasileiros se pautavam com redobrado rigor ao decretar a revelia, por vezes, ao arrepio de princípios processuais de elevada envergadura.

3. O DIREITO PROBATÓRIO E A REVELIA

3.1. A relação entre verdade e justiça e o seu reflexo na revelia: a exigência de verossimilhança das alegações de fato tecidas pelo autor

A noção de que a reconstituição dos fatos juridicamente relevantes[31-32], assim definidos no saneamento do processo, é importante para a correta aplicação da norma e, por conseguinte, para incrementar objetivamente as chances reais de que seja dada uma solução justa e adequada ao litígio, dentro de parâmetros racionais e com um grau mínimo de cientificidade no Direito, e, assim, suplantando um mero jogo de retórica, embora transcenda o escopo do presente trabalho, é uma premissa cara a diversos expoentes do Direito Processual[33-34] e que reverbera sobre a evolução dos contornos da revelia ao longo do tempo.

José Joaquim Calmon de Passos indica, com a clareza e a contundência que lhe são peculiares, "a necessidade de se buscar, no processo, a verdade real, afastada a falsa crença de que lhe basta a verdade formal". Prossegue o autor destacando, com propriedade, que:

---

319 do Estatuto Processual Civil. 2. A presença do patrono da parte ré é imprescindível na audiência de conciliação do procedimento sumário, uma vez que neste momento processual será oportunizada a prática de atos defensivos e outros relativos à produção de prova, os quais jamais podem ser realizados pela própria parte, mas, sim, por intermédio de seu causídico. 3. Conquanto o réu tenha comparecido a audiência conciliatória, a defesa em juízo deve ser praticada por defensor regularmente habilitado, circunstância que não se verifica na espécie, motivo pelo qual evidencia-se o acerto do decisum atacado, pois a apresentação de contestação por pessoa sem capacidade postulatória, ocasiona a inexistência do ato e, por conseguinte, a revelia do réu. 4. Recurso especial a que se nega provimento. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 336.848/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 16/04/2010.

31 Gabriel Rezende Filho leciona que serão objeto da prova os fatos relevantes, ou seja, "capazes de influir sobre a decisão da causa". REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. Op. cit., p. 203.

32 "Relevante é todo fato que sirva para influenciar o convencimento do juiz acerca da vontade concretada da norma a ser atuada no caso". WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 241.

33 "A averiguação dos fatos da causa, a reconstrução histórica de tais fatos, não é, em sim mesma, o objetivo final do processo. Escopo do processo é, repita-se, solucionar os conflitos, prestando-se tutela jurisdicional a quem tem razão, mediante a atuação da vontade concreta do ordenamento jurídico. [...] Para atingir esse fim, o juiz deve fazer todo o possível para apurar a 'verdade dos fatos'. Ocorre que a verdade (conceito absoluto) é inatingível. A falibilidade do ser humano não lhe permite alcançá-la. [...] Mas isso não quer dizer que o juiz deva renunciar ao ideal de atingir a verdade. A meta abstrata é sempre essa. No campo da pesquisa científica, diante do risco do erro, o pesquisador nem por isso 'joga a toalha' e desiste da busca da verdade. Ele está sempre à procura de modos de diminuir esse risco. No processo, não há de ser diferente. Aliás, um dos princípio informativos do processo é justamente esse: a seleção de meios eficazes para que se busque a verdade e se evite o erro. [...] Por essas razões é que o direito processual precisa também contemplar mecanismos destinados a dar uma solução ao conflito mesmo quando não se possa atingir a verdade. Mas mesmo esses mecanismos têm de ser concebidos à luz da ideia de que ao processo interessa, sim, a verdade, como importante passo para a realização da justiça. É nesse contexto que têm de ser compreendidos todos os institutos do direito probatório". WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil. V. 2*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 226-227.

34 Fernando da Costa Tourinho Filho, ao abordar a busca da verdade no Direito Processual Civil, assevera que: "Ninguém duvida que o Juiz do cível tenha poderes extraordinários para descobrir a verdade real, porquanto poderá ele determinar, de ofício, as provas necessárias à instrução do processo. Ninguém duvida, também, que a procura da verdade, para a solução justa do litígio, é tarefa ínsita da atividade jurisdicional". TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal. V. 1*. 21. ed. São Paulo: Saraiva. 1999, p. 43.

> a busca da verdade real é privilegiada porque falsear os fatos é desvirtuar a ordem jurídica, porquanto se determinada conduta é efetivada coercitivamente fora dos parâmetros traçados pelo ordenamento [...] contrabandeia-se para a ordem jurídica o que ela não tutelou, deixando-se a salvo de sua incidência o que ela buscava disciplinar[35].

Calmon de Passos prossegue o seu raciocínio pontuando que não pretende afirmar que "a obtenção da verdade real seja ineliminável do processo", mas que "a verdade real é o escopo em direção ao qual se move o processo, e só a também indeclinável necessidade de alcançar segurança jurídica é que lhe põe limites nessa busca". E conclui o autor afirmando, com precisão, que "disso resulta que o intérprete e o aplicador da lei deve restringir, e não ampliar, o campo de incidência das normas que sacrificam a busca da verdade real"[36].

Kazuo Watanabe, ao examinar a cognição, igualmente reconhece que "na equação do problema jurídico, o dado de direito é, evidentemente, de grande importância, mas relevância superlativa tem o dado fático". O autor prossegue, destacando a importância de se "analisar bem as provas, avaliando corretamente os fatos", tendo em vista que "o direito nasce dos fatos", sendo essa uma "condição fundamental para a prática da justiça". Conclui o autor asseverando que é precisamente a partir da "reconstituição dos fatos através da avaliação equitativa das provas e demais elementos de convicção que o juiz consegue, na maior parte das vezes, o que se costuma denominar julgamento justo e equânime"[37].

Quando uma decisão justa depende de estar lastreada na prévia verificação da ocorrência ou não de determinados fatos juridicamente relevantes se diz estar diante de relações *merit-based*[38]. Esse é o caso, *ad exemplum tantum*, (i) do pedido de condenação do réu ao pagamento de indenização por danos materiais por alegadamente estar conduzindo um veículo que teria dado causa a um acidente de trânsito (nexo de causalidade para fins de configuração da responsabilidade civil), ocasionando avarias no veículo de propriedade do autor; (ii) da cobrança de multa contratual, sob a alegação de que o réu não teria realizado o *show* (obrigação de fazer) para o qual fora contratado; ou, ainda, (iii) pedido de aumento da verba alimentar, em razão do alegado incremento das despesas para a subsistência do alimentando.

Reconhece-se, de um lado, que a eficiência e a celeridade são desejáveis, especialmente para o jurisdicionado contemporâneo, imerso em uma sociedade que se move em ritmo lancinante. Contudo, não são valores absolutos; caso contrário, mais fácil e cômodo seria resumir o diploma processual a uma única previsão de "cara e coroa", "par ou ímpar" ou outra regra que tal, voltada a "tirar a sorte", com vistas a se obter um processo instantâneo e com a vantagem de ser honesta e abertamente descomprometido com qualquer falsa tentativa de organicidade interna ou cientificidade que originalmente estariam voltadas a propiciar, enquanto ideal a ser perquirido - *ao lado* da eficiência e da celeridade - um resultado justo.

Por outro lado, ao se entender que a eficiência e a celeridade se colocam ao lado de outros valores de elevada envergadura e que a legitimidade da adjudicação estatal, lastreada na aplicação do ordenamento jurídico, pressupõe o prévio conhecimento, tão fiel quanto possível em cada caso concreto e vistas as suas respectivas especificidades, dos fatos juridicamente

35 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Op. cit., p. 352-353.

36 Idem, ibidem.

37 WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 70-71.

38 RAMOS, Vitor de Paula. *Prova documental. Do documento aos documentos. Do suporte à informação*. Salvador: Jus Podivm. 2021. p. 62.

relevantes, o direito probatório ganha o centro da cena, na medida em que se torna necessário criar métodos e procedimentos eficazes e adequados[39] para tanto.

Afinal, não cursamos faculdades de retórica ou oratória, mas faculdades de Direito. A retórica e a oratória podem ser tidas como mecanismos (*skills*) válidos para que externemos e manejemos, da melhor forma possível, os conceitos técnicos que compõem o arcabouço científico jurídico, sempre à luz de seus princípios norteadores.

Manter os olhos elevados para ter a verdade como uma "matéria-prima" para a aplicação da norma ao caso concreto e, com isso, almejar-se, como produto desse trabalho racional, a obtenção de uma decisão justa, ou seja, que tenha uma mínima correlação com os fatos juridicamente relevantes efetivamente ocorridos na realidade sensível, acaba por destacar a relevância do direito probatório.

Pontes de Miranda, ao tratar da revelia, elucida, com precisão:

Os fatos têm consequências jurídicas, e toda justiça, quando se lhe pede a constituição da relação jurídica processual, exige que o autor afirme o que se passou ou se passa, e ouve o réu para lhe conhecer afirmações sobre os mesmos pontos. Depois, imparcialmente, lhe dá o ensejo de prová-las.[40]

O entrelaçamento entre direito à prova, busca da verdade, contraditório e justiça é, no nosso entender, inexorável e surge a partir das lições de diversos grandes mestres. Não se trata de uma construção antiquada ou datada, mas uma questão sempre candente e atual.

O Professor Gabriel Rezende Filho esclarece, a um só tempo, com agudeza e objetividade, algo de que, infelizmente, acabamos nos perdendo nos últimos anos:

Para fazer justiça é preciso aplicar a lei ao fato: a verdade do fato e o conhecimento da lei são, pois, os elementos primordiais da administração da justiça.[41]

Ainda segundo Rezende Filho, a prova, em sua *acepção objetiva*, "é tudo quanto nos possa convencer da certeza de um fato" e, em sua *acepção subjetiva*, "consiste na convicção ou certeza da existência ou inexistência de um fato"[42], ou seja, a nosso ver, o resultado obtido, a partir dos meios de prova produzidos, sobre a racionalidade dos seus destinatários (dentre eles, o juiz).

E a busca da verdade, enquanto "matéria-prima" para a obtenção de um "produto final" da prestação jurisdicional - que é um serviço público de interesse imediato das partes do processo, mas que interessa mediatamente a toda a sociedade, mormente em razão da valorização dos precedentes trazida pelo CPC/2015, sem se olvidar a importância de se zelar pela higidez do sistema de justiça e a projeção, nele, das garantias do Estado Democrático de Direito – que pretenda genuinamente ser técnico, adequado e, enfim, com chances reais de ser justo.

Nesse contexto mais amplo, percebe-se que seria amesquinhar todos os desideratos antes mencionados e, em última análise, amesquinhar o próprio Direito Processual, a aplicação assistemática e acrítica da revelia.

De se registrar que o CPC/1939 ressalvava, no artigo 209, que, não obstante a ausência de contestação tempestiva pelo réu, o fato alegado pela parte autora seria admitido como verídico, *desde que o contrário não resultasse do conjunto das provas*. Essa ressalva foi suprimida na redação do artigo 285 do CPC/1973, dando ensejo, com isso, a um recrudescimento ainda maior do tratamento dispensado pelos tribunais, nos anos seguintes, ao réu que não oferecesse contestação no tempo e na forma devidos.

---

39 RAMOS, Vitor de Paula. Op. cit., p. 62.

40 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. cit., p. 195.

41 REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. Op. cit., p. 181.

42 Idem, p. 182.

O CPC/2015 resgatou, em boa hora, no inciso IV do artigo 345, ressalva semelhante à prevista no CPC/1939, aduzindo que não será produzido o efeito material da revelia se as alegações de fato formuladas pelo autor *forem inverossímeis ou estiverem em contradição com a prova constante dos autos*. Sobressai, ainda, a relevância do artigo 346, parágrafo único, do CPC/2015, que prevê que o réu revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar, bem como do artigo 349 do CPC/2015 que, sem encontrar paralelo no diploma anterior, autoriza expressamente a produção de provas pelo réu revel, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção[43].

Com efeito, dada a importância do direito à prova para a ciência processual em um Estado Democrático de Direito - que reputamos um direito fundamental[44-45], por ser um consectário do acesso à justiça, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no Estado Democrático de Direito, seria, a nosso sentir, absolutamente equivocado considerar que a decretação da revelia, em razão do não oferecimento de contestação no tempo e na forma previstos em lei, teria o condão de simplesmente extirpar o réu de qualquer atividade probatória, ainda que houvesse tempo hábil para tanto, ou "selar o seu destino", de modo a conduzir inexoravelmente à procedência do pleito autoral, em visão acintosamente utilitarista, eficientista e descompromissada com a verdade e com a justiça.

O direito à prova se relaciona com a noção de contraditório participativo, vale dizer, o direito conferido às partes de participar do processo dialogando com o juiz, tanto mediante a apresentação de suas alegações quanto a partir da produção de provas, de modo a influir na formação do convencimento do magistrado, conforme leciona Leonardo Greco[46]. Trata-se, em síntese, da dinâmica *pedir-alegar-provar*, trazida por Dinamarco[47]. O contraditório é reiteradamente previsto ao longo do Código de Processo Civil de 2015 que, dentre outras medidas, previu competir ao juiz zelar pelo efetivo contraditório (artigo 7º, parte final), vedou a decisão surpresa (artigo 10), reputou não fundamentada qualquer decisão judicial que não enfrente todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (artigo 489, §1º, IV) e procurou uniformizar os prazos processuais, ao longo da codificação, em 15 dias.

---

43 Nesse sentido, a Súmula 231 do Supremo Tribunal Federal já sinalizava, antes mesmo da edição do CPC/2015: "O revel, em processo cível, pode produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno".

44 Luis Alberto Reichelt reconhece o direito à prova como direito fundamental que abarca duas dimensões fundamentais, a saber: "a) o direito à prática de atos processuais com vistas ao emprego dos meios de prova que permitam persuadir o julgador no sentido da presença da correspondência entre as alegações sobre fatos juridicamente relevantes e controvertidos que tenham sido feitas pelas partes e a realidade histórica; e b) o direito à tutela jurisdicional pautada pela valoração da prova produzida nos autos de acordo com os critérios de livre apreciação da prova e de persuasão racional do juiz". REICHELT, Luis Alberto. "O direito fundamental à prova e os poderes instrutórios do juiz". *Revista de Processo*. V. 281/2018. p. 171-185. Jul/2018.

45 "Em primeiro lugar, existe inequivocamente uma garantia constitucional da prova – até mesmo como expressão do acesso à justiça, ampla defesa e contraditório. [...] Além disso, a consideração do resultado probatório é muito importante para as partes dimensionarem suas efetivas razões, suas chances concretas na disputa". WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 231.

46 "O contraditório participativo pressupõe que todos os contrainteressados tenham direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem a sua plena participação. Hoje, o contraditório ganhou uma projeção humanitária muito grande, sendo, provavelmente, o princípio mais importante do processo. Ele é um megaprincípio que, na verdade, abrange vários outros e, nos dias atuais, não se satisfaz apenas com uma audiência formal das partes, que é a comunicação às partes dos atos do processo, mas deve ser efetivamente um instrumento de participação eficaz das partes no processo de formação intelectual das decisões e de cooperação entre todos os sujeitos do processo". GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil. V. 1*. Rio de Janeiro: GEN Forense. 2015, p. 514.

47 DINAMARCO, Cândido Rangel. "Fundamentos e alcance do efeito da revelia". Op. cit., p. 520.

Cândido Rangel Dinamarco pontua que "o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos segundo a Constituição e a lei, com a participação dos sujeitos interessados", ou seja, trata-se da tese da *legitimação pelo procedimento,* que coloca em evidência o princípio do contraditório.[48]

Dessa forma, o réu, ainda que tenha a sua revelia regularmente decretada, mantém hígido o seu direito de ser cientificado acerca de todos os atos processuais, caso tenha constituído advogado nos autos (artigo 346, CPC/15). Por outro lado, ainda que não tenha patrono constituído nos autos, o réu deve ser cientificado pessoalmente acerca dos atos processuais que devam ser por ele pessoalmente praticados, tais como prestar depoimento pessoal, exibir documento ou coisa que esteja em seu poder[49], bem como quanto à pretensão do autor de modificar o pedido e/ou a causa de pedir (artigo 329, CPC/2015), à suscitação de incidente de falsidade (artigos 430 e 432, CPC/2015), à ação de oposição (artigo 683, parágrafo único, CPC/2015), dentre outros[50].

Ademais, não obstante tenha o réu apresentado contestação extemporânea, vem se sedimentando o entendimento no sentido de conferir crescente aproveitamento à peça de defesa.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça[51] anulou acórdão de tribunal local que ignorara a alegação de prescrição arguida pelo réu revel com fulcro em dois fundamentos, em suma: (a) que a alegação teria sido indevidamente veiculada pelo réu revel somente na apelação, e (b) à época, a prescrição não poderia ser conhecida de ofício pelo julgador. Entendeu o E. STJ que, considerando-se que o artigo 193 do Código Civil de 2002 autoriza que a prescrição possa ser alegada em qualquer grau de jurisdição pela parte a quem aproveita, a apelação tempestiva interposta pelo réu revel contra sentença que lhe fora desfavorável consistiria em oportunidade adequada para tanto. O referido Tribunal ressaltou, ainda, com propriedade, que "a falta de contestação não conduz a que necessariamente tenha que ser julgado procedente o pedido, uma vez que essa presunção de veracidade é relativa, podendo ceder a outras circunstâncias constantes dos autos, de acordo com o princípio do livre convencimento do juiz". No mesmo julgado, o E. STJ lembrou que "os efeitos da revelia incidem tão somente sobre a matéria de fato e não sobre o direito da parte". Com isso, o E. STJ anulou o acórdão recorrido e determinou que o tribunal de origem julgasse a preliminar de prescrição veiculada pelo réu revel em apelação.

Dinamarco ratifica os limites do efeito material da revelia, que se circunscreve aos *fatos* narrados pela parte autora[52], sendo que "nenhum tema de direito fica atingido pelo efeito da revelia poque, como sempre se soube*, jura novit curia*"[53].

De se consignar que o princípio da cooperação, previsto como norma fundamental no artigo 6º do CPC/2015, dispõe que *todos os sujeitos* do processo *devem cooperar* entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito *justa e efetiva*. Portanto, uma abordagem cooperativa do processo redimensiona a participação do réu revel, visto que transpõe a visão privatista e simplista da produção probatória como ônus da parte, descompromissada com a verdade, passando a enxergá-la sob o prisma da cooperação de todos os sujeitos do processo

48 Idem, p. 518.

49 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 611.

50 MEDEIROS, Maria Lúcia de. Op. cit., p. 136-137.

51 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial Nº 890.311 – SP. 3ª Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. Decisão unânime. Julgado em 12/08/2010.

52 Maria Lúcia de Medeiros ratifica o entendimento jurisprudencial, pontuando, com propriedade, que "uma coisa é se reputarem verdadeiros os fatos; outra é verificar se desses fatos resultam as consequências apontadas pelo autor". MEDEIROS, Maria Lúcia de. Op. cit., p. 112.

53 DINAMARCO, Cândido Rangel. "Fundamentos e alcance do efeito da revelia". Op. cit., p. 585.

com a obtenção de um resultado justo, célere e efetivo[54]. Sendo assim, se foram trazidos aos autos dados e documentos relevantes pelo réu revel em sua contestação, tais informações não devem ser deliberadamente desconsideradas, ao arrepio do elevado desiderato da obtenção de um resultado justo, célere e efetivo.

De igual modo, havendo tempo hábil para que o réu pugne pela produção de provas que contribuam para a formação de um convencimento adequado pelo juiz, em consonância tanto com a cooperação quanto com o contraditório participativo, tal direito lhe deve ser garantido, consoante expressamente previsto no artigo 349, CPC/2015, que não tinha paralelo no CPC/1973.

Há muito que a revelia do réu, embora ainda justificadamente temida, deixou de ser a sua "sentença de morte" no processo civil brasileiro e os primados do contraditório participativo, da cooperação, da isonomia e da paridade de armas e do direito fundamental à prova, agasalhados pelo CPC/2015, sedimentam essa realidade que vem sendo paulatinamente erigida.

3.2. Comunhão, aquisição processual e incindibilidade da prova e poder instrutório geral do juiz

A evolução em torno do instituto da revelia no Brasil possui relação com a valorização de princípios basilares de direito probatório.

Com efeito, quando a jurisprudência deixa de determinar o desentranhamento da peça de contestação extemporânea e de seus anexos dos autos, passando a enxergá-los com "conteúdo informativo", conforme expusemos em momento anterior do presente trabalho, tal entendimento se coaduna com o princípio da comunhão da prova[55], da aquisição processual da prova e da incindibilidade, no sentido de que a prova, uma vez produzida, pertence ao processo e não à parte que a requereu, de modo que será considerada em sua inteireza pelo magistrado, ao formar o seu convencimento. Não há que se falar em cindir a prova, de modo a extirpar ou desconsiderar os trechos que seriam, em tese, desfavoráveis à parte que requereu a sua produção.

Dessa feita, os dados contidos na contestação e as provas (especialmente as documentais) carreadas aos autos pelo réu, ainda que revel, juntamente com a contestação intempestiva, poderão ser valiosos para a formação do adequado convencimento do juiz, conduzindo, assim, a uma decisão mais justa. De se acrescentar que nada obsta a que os dados e os documentos carreados aos autos pelo réu revel sejam, ainda que em parte, favoráveis ao próprio autor.

O conjunto probatório produzido nos autos - inclusive os dados concretos e os documentos trazidos aos autos pelo réu[56] na contestação intempestiva – deve ser analisado em sua inteireza, de modo que, se os fatos alegados pelo autor dele destoarem, revelando-se, pois, inverossímeis, poderá o magistrado lançar mão de seu poder instrutório geral em caráter subsidiário[57] - ou, em

54 Também associando a cooperação, prevista no artigo 6º do CPC/2015, com o dever das partes de colaborar com a instrução probatória, WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 233.

55 "A constatação de que a prova não 'pertence' à parte implica relevante consequência prática. Uma vez produzida, a prova passa a integrar o processo, pouco importando quem a produziu. Tanto que [...] a parte não pode seccionar a prova para aproveitar apenas a parcela que lhe interessa. A prova é um todo, e como um todo deve ser considerada". WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 228.

56 A 4ª Turma do STJ entendeu que documentos juntados extemporaneamente devem ser mantidos nos autos, dentre outros fundamentos, em razão do poder instrutório geral do juiz. Merece destaque o seguinte trecho do julgado: "Dessarte, a mera declaração de intempestividade não tem, por si só, o condão de provocar o desentranhamento do documento dos autos, impedindo o seu conhecimento pelo Tribunal *a quo*, mormente tendo em vista a maior amplitude, no processo civil moderno, dos poderes instrutórios do juiz, ao qual cabe determinar, até mesmo de ofício, a produção de provas necessárias à instrução do processo (art. 130 do CPC)". Superior Tribunal de Justiça. Resp 1072276/RN. 4ª Turma. Relator Ministro Luiz Felipe Salomão. Decisão unânime. Julgado em 21/02/2013. DJe 12/03/2013.

57 "Para a correta aplicação da ordem jurídica, o juiz precisa identificar com precisão os fatos ocorridos (para assim definir as consequências jurídicas que estão a incidir). E para isso, é fundamental a instrução probatória. Portanto,

último caso, se não vislumbrar novas provas a serem utilmente produzidas, valer-se das regras de distribuição do ônus da prova como regra de julgamento.

Trícia Navarro Xavier Cabral, ao tratar dos poderes instrutórios do juiz, pontua que o fato de as partes "serem portadoras de ônus processuais quanto ao objeto material não limita a atividade probatória do magistrado". Embora a parte tenha "responsabilidade principal na elucidação dos fatos e circunstâncias por si afirmados", nem sempre "essa incumbência atinge resultados eficazes", sendo "nesse momento que entra a atuação do juiz", o que evidencia "o caráter público do comprometimento judicial que legitima sua conduta". Prossegue a autora destacando que "a questão do ônus subjetivo da prova perde seu brilho diante do princípio da comunhão da prova, pois pouco importa quem a está produzindo", uma vez que "a partir do momento em que os elementos de prova são inseridos ou deferidos nos autos, passam a pertencer ao processo, e não às partes ou ao juiz"[58].

Francisco Antonio de Oliveira alerta, com propriedade, que a iniciativa probatória do juiz "far-se-á de forma complementar, subsidiária, supletiva" e "só será utilizada quando houver absoluta necessidade de esclarecimentos outros para a sua convicção"[59].

Forte nessas premissas, a 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento de apelação, anulou sentença que, ao aplicar o efeito material da revelia do réu, proferiu julgamento antecipado da lide, com vistas a julgar procedente o pleito autoral para aumentar em mais de dez vezes o valor do aluguel[60]-[61]. O tribunal paulista entendeu que caberia ao magistrado se valer do seu poder geral instrutório (artigo 370, CPC/2015) para determinar a produção de prova pericial, tendo em vista a grande discrepância entre o valor do aluguel vigente e aquele pretendido pelo autor, acrescentando que o próprio autor havia pugnado, na petição inicial, pela produção de prova pericial, o que foi suplantado pelo magistrado com a decretação da revelia do réu, proferindo julgamento antecipado da lide com fulcro na presunção de veracidade. Cumpre acrescentar que o caso em análise envolve questão técnica, notadamente o valor de mercado para a locação do imóvel, razão pela qual não está abarcada pela presunção relativa de veracidade decorrente da revelia (efeito material), que recai estritamente sobre a ocorrência de *fatos*.

Por fatos, entendemos a ocorrência ou não de circunstâncias concretas e objetivas no plano da realidade sensível, que, por conseguinte, não impliquem juízo de valor, pois, neste último caso, transcendem-se os limites estritamente fáticos, adentrando-se no espectro da avaliação, vale dizer, de uma atividade subjetiva de intelecção humana. Retomando-se o caso narrado no parágrafo anterior, a ausência de reajuste do aluguel por dado lapso temporal consiste em dado fático e objetivamente constatável, no entanto, a apuração do valor do reajuste depende de avaliação

---

excluir ou limitar o poder judicial de instrução probatória implicaria excluir ou afetar o próprio poder de proferir a decisão adequada. [...] Em suma, o poder instrutório do juiz existe para assegurar a tranquilidade necessária para um julgamento adequado e razoável, quando a prova reunida no processo não for suficiente para seu convencimento". WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 229-230.

58 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2012, p. 111-113.

59 OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Op. cit., p. 115.

60 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 28ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 1012930-21.2015.8.26.0224. Relator Desembargador Cesar Lacerda. Decisão unânime. Julgado em 06/05/2016.

61 Embora o tribunal paulista não tenha abordado essa perspectiva no julgado, entendemos, inclusive, que, pelas máximas de experiência *(quod plerumque accidit),* não se mostra, a princípio, verossímil reajustar-se, de uma só vez, o valor do aluguel em mais de dez vezes comparativamente ao valor praticado, o que nos remete, ainda, ao artigo 345, IV, primeira parte, CPC/2015.

conforme parâmetros técnicos, ou seja, pressupõe a verificação da variação do valor de mercado do aluguel de imóveis com determinadas características, com dada destinação (residencial ou comercial) e em determinada região. Transcende, pois, a mera constatação objetiva da ocorrência ou não de um dado fato.

Agasalhando a evolução do tema, o Código de Processo Civil de 2015 condicionou o cabimento do julgamento antecipado do mérito quando o réu for revel ao preenchimento de dois requisitos cumulativos previstos no artigo 355, inciso II, a saber: (i) ocorra o efeito material da revelia, previsto no artigo 344; e (ii) não haja requerimento de prova pelo réu revel, a tempo de sua produção (artigo 349, CPC/2015), sendo certo que este segundo requisito não encontra paralelo no artigo 330, inciso II, do CPC/1973[62].

Antes mesmo da edição do CPC/2015, Maria Lúcia Medeiros já salientava, com correção, que, ainda que a causa verse sobre direitos disponíveis e tenha sido regularmente decretada a revelia do réu, "o juiz pode entender ser necessário que o autor complemente a prova sobre o fato constitutivo do seu direito", tendo em vista que o magistrado pode considerar que a prova "apresentada juntamente com a petição inicial não basta para que tenha atingido grau suficiente de convicção para proferir, de imediato, sentença de mérito"[63].

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vem aplicando com correção a regulamentação do tema trazida pelo CPC/2015, o que se depreende a partir de julgado proferido pela 6ª Câmara Cível, em 28/08/2019, ao anular a sentença apelada e determinar a reabertura da fase instrutória, por conter *error in procedendo*, diante do julgamento antecipado do pedido autoral pelo juízo *a quo* em razão da decretação da revelia, desconsiderando o pedido de produção de provas formulado, em tempo hábil, pelo réu revel. O tribunal fluminense reconheceu o cerceamento do direito de defesa do réu revel e a violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal[64].

De igual modo, a 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo[65], ao negar provimento à apelação interposta pela autora nos autos de ação de divórcio cumulada com partilha de bens e alimentos, destacou que "a presunção de veracidade dos fatos alegados pela autora é relativa, cabendo ao magistrado a análise conjunta das alegações e das provas produzidas", razão pela qual "a revelia do réu não importa em reconhecimento automático de todos os pedidos formulados na petição inicial". No caso em exame, pontuou o tribunal que, apesar de ter sido decretada a revelia do réu, o conjunto probatório constante dos autos demonstrava que a autora exercia atividade laborativa e poderia prover o seu sustento, descaracterizando, assim, a sua dependência econômica em relação ao réu. Diante disso, manteve a sentença de improcedência do pedido de alimentos formulado pela autora.

Francisco Antonio de Oliveira ratifica que a regras sobre revelia devem ser interpretadas sistematicamente, podendo o juiz "tomar providências, em sede de excepcionalidade, que lhe pareçam corretas" e que poderão conduzir à improcedência do pedido, "com a neutralização da revelia". O referido autor, Juiz do Trabalho, trouxe o exemplo de um caso de sua competência no qual a autora pleiteava o pagamento de aviso-prévio e indenização por gravidez, sendo que,

62 Antes mesmo da edição do CPC/2015, a doutrina já ressalvava que "não é sempre que a revelia acarreta o julgamento antecipado da lide", conforme esclarece MEDEIROS, Maria Lúcia de. Op. cit., p. 145.

63 MEDEIROS, Maria Lúcia de. Op. cit., p. 146.

64 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 6ª Câmara Cível. Apelação Cível 0000454-36.2017.8.19.0090. Relatora Desembargadora Inês Trindade Chaves de Melo. Decisão unânime. Julgamento em 28/08/2019.

65 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 8ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 1020870-66.2017.8.26.0224. Relator Desembargador Silvério da Silva. Decisão unânime. Julgado em 29/11/2019.

apesar de ter sido decretada a revelia, determinou a apresentação da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) pela autora que, uma vez carreada aos autos, dava conta de ter sido celebrado apenas um contrato de experiência, o que fora, inclusive, confirmado pela própria autora subsequentemente. Diante do conjunto probatório produzido nos autos, foi prolatada sentença de improcedência do pleito autoral, a despeito da revelia do réu[66], a revelar que, atualmente, revelia e procedência não caminham necessariamente lado a lado.

4. FLEXIBILIZAÇÃO E ADAPTABILIDADE PROCEDIMENTAL

Verifica-se o paulatino incremento da flexibilização procedimental em diversos países de *civil law*, inclusive no Brasil, dando ensejo a uma maior possibilidade de adaptação do procedimento de acordo com as especificidades do caso concreto[67].

A flexibilização procedimental pode se dar por determinação do juiz (adaptação judicial do procedimento) ou por convenção entre as partes (negócio jurídico processual), neste último caso podendo depender ou não de homologação judicial.

O espaço para a flexibilização procedimental se mostra cada vez mais amplo, não obstante o Direito Processual pátrio siga integrando o Direito Público, sendo permeado por normas cogentes[68], especialmente ao se considerar que lida com o exercício da função jurisdicional pelo Estado-juiz, com impacto não apenas para as partes diretamente envolvidas no litígio pontualmente considerado, mas para a sociedade em geral, seja em razão de que uma eventual má gestão do órgão judicial pode trazer impactos nocivos para todos os demais processos em tramitação naquela unidade, especialmente em termos de duração razoável, seja em razão da relevância de se observar as garantias fundamentais do processo, que representa a projeção do Estado Democrático de Direito (democracia *no processo*).

Ao traçar uma comparação entre os diferentes ordenamentos nacionais europeus, Remo Caponi destaca que, na Alemanha, dentre outros dispositivos legais, o artigo 296 da *Zivilprozessordnung* (ZPO) autoriza o magistrado a considerar os meios de ataque ou de defesa, *ainda que extemporâneos*, caso não retardem a solução da controvérsia ou a parte apresente justificativa suficiente para o atraso. Na Itália, o artigo 183-*bis,* do *Codice di Procedura Civile* (Lei n. 162 de 2014) autoriza que, quando tiver competência para julgar monocraticamente, o juiz pode optar entre o procedimento ordinário ou sumário considerando a complexidade da lide e da instrução probatória. O processo civil inglês e o espanhol igualmente apontam para uma maior margem de flexibilidade procedimental, autorizando o magistrado a gerenciar o processo com maior grau de discricionariedade (*case management*)[69].

O Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, seguindo a tendência verificada em diversos países do exterior, incrementou o espaço para a flexibilização procedimental, prevendo hipóteses

66 OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Op. cit., p. 117-118.

67 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Volume I.* 8. ed. São Paulo: Malheiros. 2016. p. 45-46.

68 "De qualquer modo, o estado de coisas chamado de ordem pública se expressa pelo controle da regularidade e desenvolvimento de atos e procedimentos, chamando a atenção dos envolvidos na relação processual para a presença de defeitos tidos como graves, intransponíveis, bem como para a necessidade de afastá-los para se garantir a legalidade. Nesse passo, é com resguardo da integridade e da adequação dos atos processuais e dos procedimentos que se assegurará o estado de ordem pública processual. Ressalte-se que essa intervenção pelo juiz, bem como as suas consequências, são medidas de exceção para a preservação do interesse público, mas também para a proteção das próprias partes". CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2015. p. 81-82.

69 CAPONI, Remo. "Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição". *Revista Eletrônica de Direito Processual.* Ano 10. Volume 17. Número 2. Julho a Dezembro de 2016. p. 531-549.

de adequação judicial típica, tais como ao autorizar o magistrado a 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, determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, promover, a qualquer tempo, a autocomposição (artigo 139), autorizar o saneamento pelo juiz em cooperação com as partes, se a matéria de fato ou de direito for complexa (artigo 357, §3º), estabelecer calendário processual em conjunto com as partes (artigo 191), além de autorizar as partes a celebrar negócio jurídico processual atípico (artigo 190) e a apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito (artigo 357, §2º), dentre outras hipóteses.

Forçoso convir que o aumento do espaço de flexibilidade procedimental reforça a tendência a um tratamento dispensado ao réu revel que não seja acriticamente rigoroso e implacável, como ocorria no passado.

Tanto assim que Bruno Redondo, ao tratar da admissibilidade de *adequação judicial atípica do procedimento*, erige como um de seus requisitos de validade complementares que a adaptação procedimental se preste a incrementar o "contraditório substancial útil"[70].

Entendemos, pois, que a tendência à flexibilização procedimental e à adaptação do procedimento autoriza que sejam promovidas mudanças no procedimento previsto em lei, de modo a permitir que o juiz genuinamente dialogue com as partes e contribuir para a produção das provas úteis e necessárias à formação do convencimento (contraditório participativo), com vistas ao alcance de uma decisão justa[71].

Piero Calamandrei, desde meados do século XX, já destacava a importância de haver equilíbrio entre rigor formal e adaptabilidade procedimental, ao abordar o princípio da funcionalidade que, segundo ele, "mais que obedecer a uma fórmula programática estabelecida *a priori*, adapta-se, no curso do procedimento, às diferentes exigências correspondentes à alternância da função" em cada fase do processo. De igual modo, Calamandrei ponderou que o *Codice di Procedura Civile* Italiano, de 1940, mesmo adotando um sistema mais rigoroso de preclusões ("sistema da preclusão das deduções"), abrandou-o, ao autorizar que o juiz permita "preclusões elásticas", se entender que a exclusão da dedução tardia seja "prejudicial ao próprio ideal de justiça"[72].

Sendo assim, a flexibilização procedimental reforça e justifica várias providências descritas ao longo do presente trabalho, que têm sido tomadas pelos tribunais, tais como a manutenção da documentação carreada aos autos pelo réu juntamente com a contestação intempestiva, o aproveitamento da própria contestação extemporânea, com caráter informativo, a garantia de ampla oportunidade de participação do réu no processo, desde que não acarrete retardamento e a volta a etapas anteriores já vencidas, com lastro no artigo 349 do CPC/2015, dentre tantas outras.

---

70 REDONDO, Bruno Garcia. *Adequação do procedimento pelo juiz*. Salvador: Jus Podivm. 2017. p. 166-170.

71 Não se poderia deixar de registrar, embora esta não seja a sede adequada para aprofundar as discussões sobre o tema, as críticas tecidas por Igor Raatz quanto ao tratamento dispensado pela doutrina brasileira à flexibilização procedimental promovida pelo juiz, por entender que, a rigor, esse princípio deve ser pensado "para as partes e pelas partes, dando-se ênfase à sua realização pela via dos negócios jurídicos processuais". O autor pontua que o *case management* e a cooperação processual, em sua origem no sistema de *common law*, foram cunhados com vistas a mitigar os revezes de um sistema "too adversarial", ou seja, em que as partes já exerciam forte protagonismo e não como uma forma de incrementar a sua participação no processo, como tende a ser sustentado no Brasil. RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo. Liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm. 2019. p. 266-279.

72 CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil. Volume I.* 2. ed. Campinas: Bookseller. 2003. p. 320.

Merece destaque, ainda, a possibilidade de, tratando-se de direito que admita autocomposição, a parte autora venha a *concordar expressamente* com a aceitação, para todos os fins de Direito, da contestação apresentada pelo réu com um pequeno período de atraso ou descurando de alguma formalidade legal secundária (artigo 190, CPC/215), ficando afastados, assim, todos os efeitos da revelia, inclusive a presunção relativa de veracidade que, em tese, militaria em favor da própria parte autora, e que já vem sendo paulatinamente mitigada, conforme desenvolvemos em passagens anteriores do presente trabalho. Trata-se, pois, de negócio jurídico processual atípico, em que a parte autora livremente abriria mão de presunção relativa de veracidade em seu favor, em prol da busca da verdade, contanto que a intempestividade da contestação seja por período reduzido e, portanto, não implique retardamento na tramitação do processo, pois representaria transferência de externalidades, comprometendo a função social externa do negócio jurídico processual e a boa administração da justiça.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, procurarmos revisitar os contornos atribuídos ao clássico, porém sempre candente, tema da revelia no ordenamento jurídico brasileiro.

Entre avanços e revezes, verificamos que atualmente dispomos de um arcabouço normativo mais consentâneo com uma visão sistemática do instituto da revelia e de seus consequentes efeitos. Se, à época da edição do Código de Processo Civil de 1973, talvez ainda fosse justificável dispensar-se uma interpretação rigorosa e estanque ao regramento legal pertinente à revelia, hoje, com a constitucionalização do Direito Processual e a expressa previsão, logo no artigo 1º do CPC/2015, de que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais da Constituição Federal de 1988, impõe-se a releitura desse importante tema.

A revelia se entrelaça com as noções de contraditório participativo, isonomia, paridade de armas, direito fundamental à prova, o valor da verdade na busca por justiça, flexibilização e adaptação procedimental, cooperação e tantos outros princípios que formam o eixo central de interpretação e aplicação das normas processuais.

Sendo assim, não há como, em pleno século XXI, o operador do Direito aplicar, de forma rigorosa, hermética e acrítica, o arcabouço construído no século XX a respeito da revelia, pois significaria voltar as costas para o conjunto de novos paradigmas que hoje nos são tão caros. A prova cabal de que os paradigmas do Direito Processual Civil contemporâneo mudaram consiste precisamente em desafiar os operadores do Direito a revisitar os tradicionais conceitos, pois, caso contrário, as normas fundamentais soariam como meras promessas ao vento, sem nenhum impacto sobre o exercício dos direitos fundamentais processuais efetivamente conferidos aos jurisdicionados.

Poucos sujeitos se encontram em posição de tamanha vulnerabilidade no processo quanto o réu revel. Portanto, voltar o olhar para essa figura e envidar esforços concretos para promover uma leitura dos contornos da revelia que efetivamente esteja comprometida com os princípios constitucionais processuais representa "virar a chave" de um Direito Processual do século XX para o século XXI.

Esse "ato de subversão", de "rebelar-se contra a revelia", não significa esvaziar o instituto, mas contextualizá-lo e redimensioná-lo, colocando-o ao lado de tantos valores que acreditamos ser tão caros à ciência processual neste momento histórico.

Este trabalho pretende ser, pois, um singelo convite aos leitores para que estejamos permanentemente "en garde" para questionar, investigar, reavaliar e rever os conceitos, adaptando-os aos novos tempos.

Rebelar para progredir, avançar e aprimorar.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil. V. único*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2012.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2015.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil. V. I.* 2. ed. Campinas: Bookseller. 2003.

CAPONI, Remo. Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual,* ano 10, v. 17. n. 2, jul.-dez., 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. V. I.* 8. ed. São Paulo: Malheiros. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. V. III.* São Paulo: Malheiros. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos e alcance do efeito da revelia. In: *Fundamentos do processo civil moderno. Tomo I.* 6. ed. São Paulo: Malheiros 2010.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil. V. 1*. Rio de Janeiro: GEN Forense. 2015.

MEDEIROS, Maria Lúcia de. A revelia sob o aspecto da instrumentalidade. In: São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. Atualização legislativa de Sergio Bermudes. 2001.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil. V. Único*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm. 2016.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Manual da Revelia*. 2. ed. São Paulo: LTR. 2015.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil. V. III.* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de*. Manual de Direito Processual Civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Jus. 2019.

RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo. Liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm. 2019.

RAMOS, Vitor de Paula. *Prova documental. Do documento aos documentos. Do suporte à informação*. Salvador: Jus Podivm. 2021.

REDONDO, Bruno Garcia. *Adequação do procedimento pelo juiz*. Salvador: Jus Podivm. 2017.

REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental à prova e os poderes instrutórios do juiz. In: *Revista de Processo*. v. 281/2018, jul. 2018.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil. V. I, II e II.* 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1953.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 173.299/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 29/06/2000, DJ 25/09/2000.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 336.848/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 16/04/2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial Nº 890.311 – SP. 3ª Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. Decisão unânime. Julgado em 12/08/2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp 1072276/RN. 4ª Turma. Relator Ministro Luiz Felipe Salomão. Decisão unânime. Julgado em 21/02/2013. DJe 12/03/2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal. V. 1*. 21. ed. São Paulo: Saraiva. 1999.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 28ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 1012930-21.2015.8.26.0224. Relator Desembargador Cesar Lacerda. Decisão unânime. Julgado em 06/05/2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 6ª Câmara Cível. Apelação Cível 0000454-36.2017.8.19.0090. Relatora Desembargadora Inês Trindade Chaves de Melo. Decisão unânime. Julgamento em 28/08/2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 8ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 1020870-66.2017.8.26.0224. Relator Desembargador Silvério da Silva. Decisão unânime. Julgado em 29/11/2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 7.554/96. Relator Desembargador Torres de Melo. Decisão unânime. Julgado em 20/05/1997. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 10ª Câmara Cível. Decisão unânime.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de Instrumento nº 08/96. Relator Desembargador Sylvio Capanema de Souza. Julgado em 30/01/1996.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 2ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 3.098/96. Relator Desembargador Sergio Cavalieri Filho. Julgado em 29/10/1996.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 19ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento 0009764-44.2019.8.19.0000. Rel. Desembargador Marcelo Almeida. Julgamento 11/06/2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível nº 0004884-15.2014.8.19.0087. 19ª Câmara Cível. Decisão unânime. Desembargador Relator Guaraci de Campos Vianna.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil. V. 2*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

A vinculação da união à cláusula compromissória estatutária da Petrobras: Uma análise à luz do conflito de competência nº 151.130/SP

MARCIA CRISTINA XAVIER DE SOUZA[1] | LUÍSA MENDES LOUZADA[2]

Sumário: Introdução. 1. O conflito de competência n. 151.130/SP. 2. A cláusula compromissória da Petrobrás. 3. A vinculação da União à cláusula compromissória. 3.1. A arbitrabilidade subjetiva da União como acionista controladora. 3.1.1. Ausência de previsão legal expressa. 3.1.2. Adesão da União à cláusula compromissória. 3.2. A arbitrabilidade objetiva da matéria. 3.2.1. Alcance objetivo da cláusula compromissória. 3.2.2. O requisito da patrimonialidade. 3.2.3. A controvérsia acerca da disponibilidade do conflito. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) determinou, em 27 de novembro de 2019, ao julgar o Conflito de Competência nº 131.150/SP, por maioria de votos, que a União não está vinculada à cláusula compromissória da Petrobras, no que diz respeito aos conflitos entre os acionistas minoritários e o ente federativo, acerca da desvalorização excessiva das ações em decorrência da Operação Lava Jato. O caso constitui um marco jurisprudencial para o STJ, que, desde 2005, no julgamento do Recurso Especial nº 612.439/RS, tem desempenhado um relevante papel no fortalecimento da arbitragem no Brasil.

Na ocasião do julgamento do Recurso Especial supracitado, o Tribunal pacificou o entendimento de que sociedades de economia mista podem firmar cláusulas compromissórias, mas não só: estas sociedades devem, como toda parte que opte por firmar cláusula compromissória, submeter-se ao juízo arbitral. O Tribunal estabeleceu também que a autorização do Poder Legislativo para referendar o procedimento arbitral é desnecessária, mormente pela submissão dessas sociedades ao regime jurídico de direito privado.

Alguns anos após essa decisão, a Primeira Seção do Tribunal reforçou a tese de que sociedades de economia mista podem ser submetidas à arbitragem ao julgar, em 2008, o Mandado de Segurança nº 11.308/DF. Além de seguir seu entendimento anterior, o STJ ainda constatou que,

1 Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho. Professora Associada de Direito Processual Civil. Professora convidada dos cursos de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da UERJ, da ESA/OABRJ, da EMERJ e da ABDConst. Coordenadora do LEMASC - Laboratório de Estudos de Meios Adequados de Solução de Conflitos (FND/UFRJ). Membro do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros), do ICPC (Instituto Carioca de Processo Civil), da ABEP (Associação Brasileira Elas no Processo), do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual) e da ABDPro (Associação Brasileira de Direito Processual) Rio de Janeiro, RJ, Brasil. Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. E-mail: mcxs@uol.com.br.

2 Graduada em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogada. E-mail: lulouzada@hotmail.com.

uma vez convencionada cláusula compromissória, não há ofensa à garantia constitucional do juiz natural. Por fim, enfatizou que vedar a estipulação de cláusula arbitral por sociedades de economia mista seria "restringir aonde a lei não o fez".

Além do posicionamento firmado em 2019 se distanciar do histórico do Tribunal, é alarmante observar a postura contraditória de entes federativos em relação à arbitragem. O Estado de Minas Gerais a adotou em 1915, no caso do contrato de arrendamento das Terras de Lambari, ao propor a resolução da controvérsia pela via arbitral e, subsequentemente, insurgir-se judicialmente contra a decisão arbitral, por não lhe ser favorável. O STF, todavia, não chancelou esse comportamento, mantendo o laudo arbitral[3].

A mesma conduta foi observada no célebre Caso Lage (AI nº 52.181/Guanabara, julgado em 14/11/1973), no qual a União aceitou a criação de um juízo arbitral inicialmente, porém alterou o seu posicionamento após o Tribunal Arbitral fixar indenização a ser paga pelo ente federativo, argumentando que o juízo arbitral seria inconstitucional[4]. A parte contrária ingressou com ação judicial para garantir seus direitos, e todas as instâncias, incluindo o STF, confirmaram que a União pode firmar compromisso arbitral.

Logo, se faz necessário analisar a efetiva vinculação da União à cláusula compromissória da Petrobras para determinar se a conclusão alcançada pelo STJ é contrastante com o histórico do Tribunal, porém juridicamente coerente, ou se esse marco jurisprudencial constitui uma verdadeira ruptura de jurisprudência, o que seria prejudicial para o fortalecimento e desenvolvimento da arbitragem no Brasil.

A fim de realizar a referida análise, no primeiro capítulo se apresentou o Conflito de Competência nº 131.150/SP. No segundo capítulo, se introduziu a cláusula compromissória da Petrobrás que originou a controvérsia. No terceiro capítulo, se analisou a vinculação da União à cláusula compromissória, pormenorizando-se os argumentos do acórdão, subdivididos na arbitrabilidade subjetiva da União, na qualidade de acionista controladora, e na arbitrabilidade objetiva da matéria. No quarto capítulo, foram feitas considerações a respeito do exame realizado em relação à conclusão do STJ. A metodologia utilizada foi a pesquisa qualitativa, realizada através de levantamento bibliográfico e jurisprudencial, em meio físico e virtual.

1. O CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 151.130/SP

Um dos principais desdobramentos da Operação Lava Jato, deflagrada pela Polícia Federal, foi a identificação de irregularidades na Petrobras, cuja exposição resultou em prejuízos bilionários, a exemplo da repercussão negativa no valor das ações da sociedade de economia mista, que sofreram desvalorização astronômica[5]. Em razão das perdas financeiras sofridas, diversos acionistas da Petrobras tanto nacionais – que adquiriram ações na BM&F Bovespa – quanto internacionais – cujas ações foram adquiridas na Bolsa de Nova Iorque –, buscaram uma via jurídica para a responsabilização dos agentes apontados como culpados.

Aqueles que adquiriram as ações na bolsa americana ajuizaram, em 2015, uma "*class action for damages*" contra a Petrobras e seus executivos, perante a Corte de Nova Iorque, a qual foi en-

3 Cf. LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública* – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 71.

4 Cf. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, p. 45.

5 Cf. POLITO, Rodrigo; RAMALHO, André; SCHUFFNER, Cláudia; MAIA, Camila; CARRANÇA, Thais. Petrobras perde R$ 6,2 bi com corrupção e tem prejuízo de R$ 21,6 bi. In: *Valor Econômico*, Rio de Janeiro e São Paulo, 22 abr. 2015. Seção Empresas. Disponível em: https://valor.globo.com/empresas/noticia/2015/04/22/petrobras-perde-r-62-bi-com--corrupcao-e-tem-prejuizo-de-r-216-bi.ghtml. Acesso em: 23 maio 2021.

cerrada através de um acordo no valor de US$ 2.950.000.000,00 para indenizar os investidores e preservar a imagem e situação financeira da Petrobras no exterior[6].

Os investidores cujas ações foram adquiridas na BM&F Bovespa (que se tornou a B3 posteriormente) elegeram uma de duas vias para buscar a indenização: a Justiça Comum ou o juízo arbitral. Algumas ações individuais foram ajuizadas perante a Justiça Federal, por terem incluído a União no polo passivo, enquanto uma ação civil pública foi proposta perante a 6ª Vara Cível de São Paulo (Processo nº 1106499-89.2017.8.26.0100) apenas em face da Petrobras. Noutro giro, grande parte optou por instaurar o Procedimento Arbitral nº 75/16 perante a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM-BOVESPA), em face da Petrobras e da União, esta última na qualidade de acionista controladora.

No âmbito no procedimento arbitral, a União suscitou a impossibilidade de impor a sua participação na arbitragem, antes mesmo da constituição do Tribunal Arbitral. O Presidente da CAM-BOVESPA rechaçou o argumento da União em decisão preliminar e determinou o prosseguimento da arbitragem, com a formação do Tribunal Arbitral, que deveria reexaminar a questão da vinculação da União à cláusula compromissória.

Contudo, em 2016, a União ajuizou ação declaratória de inexistência de relação jurídica em face da BM&F Bovespa e dos outros Requerentes do procedimento arbitral instaurado (Processo nº 0025090-62.2016.4.03.6100), a fim de obter declaração de nulidade da participação da União na arbitragem, sob o pretexto de não estar vinculada à cláusula compromissória. Além disso, a União requereu tutela de urgência para se desobrigar de participar do procedimento arbitral instaurado, que foi concedida pelo Juízo da 13ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária de São Paulo (SJSP). Contra esta decisão os acionistas interpuseram agravo de instrumento (Processo nº 0023155-51.2016.4.03.0000) e o TRF-3 manteve a decisão de concessão da tutela antecipatória. Subsequentemente, o agravo interno interposto contra esta última decisão restou igualmente desprovido.

Em seguida, os Réus da ação – os acionistas minoritários – suscitaram o Conflito de Competência nº 151.130/SP perante o STJ, em face da CAM- BOVESPA, do Juízo da 13ª Vara Federal Cível da SJSP e do TRF-3, o qual constitui o objeto do presente estudo.

Cabe ressaltar que o Procedimento Arbitral nº 75/16 prosseguiu sem a participação da União, conforme fixado pelo TRF-3; porém, com o Tribunal Arbitral constituído, este foi instado a se manifestar pelo Judiciário acerca do alcance da cláusula compromissória. A Sentença Parcial proferida determinou ser a cláusula compromissória ampla o suficiente para vincular a União, motivo pelo qual o Tribunal Arbitral possuiria competência para julgar a demanda. Após essa decisão, a Relatora Min. Nancy Andrighi entendeu pela consolidação do conflito de competência em julgamento, o qual ocorreu em novembro de 2019.

Apesar de a relatoria ter sido inicialmente atribuída à Min. Nancy Andrighi, que concluiu pela competência do Juízo Arbitral, o redator do acórdão foi o Min. Luis Felipe Salomão, que foi seguido pelos outros Ministros da Segunda Seção, tendo o Min. Marco Aurélio Bellizze proferido voto para acompanhar a divergência. O voto-vencedor declarou a competência do Juízo Federal para julgar a controvérsia.

Salienta-se que o conflito visava definir exclusivamente qual era o juízo competente para o julgamento da pretensão dos acionistas minoritários contra a União, arbitral ou estatal. Logo, nenhum dos Ministros adentrou no mérito da questão, a respeito da responsabilidade da União pelos prejuízos causados aos acionistas, restringindo o debate à matéria processual: o alcance da cláusula compromissória e a arbitrabilidade subjetiva e objetiva da matéria.

6 Cf. CONSULTOR JURÍDICO (*site*). Petrobras assina acordo de US$ 3 bilhões para encerrar ação coletiva nos EUA. 3 jan. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jan-03/petrobras-assina-acordo-us-bilhoes-encerrar-acao-eua. Acesso em: 3 jan. 2018.

2. A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DA PETROBRÁS

Em 2002, a Petrobras reformou o seu estatuto social, por meio da realização de Assembleia Geral Extraordinária (AGE), para nele incluir cláusula compromissória, determinando a submissão de determinados conflitos entre acionistas à arbitragem[7]. Tal cláusula compromissória estatutária baseou-se no art. 109, § 3º, da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A), que explicitou a necessária vinculação de todos os acionistas da companhia à cláusula.

O motivo da inclusão da cláusula estatutária na Petrobras foi em razão de um incentivo da BM&F BOVESPA, que, em 2002, condicionou a listagem nos segmentos "Novo Mercado" e "Nível II" a alguns requisitos, dentre eles a necessidade de resolução de controvérsias que envolvam acionistas e/ou a companhia por arbitragem[8]. A medida visava definir padrões mais elevados de governança corporativa, justamente um dos pontos que constavam no edital de convocação para a AGE de 22 de março de 2002. A inclusão de cláusula compromissória estatutária também foi incentivada pela CVM no item III.6 de suas Recomendações sobre Governança Corporativa[9], bem como pelo IBGC no item 1.8 do Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa[10].

Com efeito, a arbitragem pode ser muito benéfica para conflitos entre acionistas de uma mesma companhia, pois a existência, a demora e a publicidade de ações judiciais afetam a cotação das ações da empresa na bolsa de valores, além de dificultar a expansão e o desenvolvimento da companhia enquanto o processo tramita perante a Justiça. Desse modo, a arbitragem tem ganhado cada vez mais espaço nas disputas entre acionistas, por meio da inserção de cláusulas compromissórias estatutárias, sobretudo pelas suas características, como a celeridade, a especialização dos árbitros, a flexibilidade do procedimento e a confidencialidade (parcial, nos casos que envolvem a Administração Pública).

Em uma sociedade de economia mista como a Petrobras, uma cláusula compromissória pode ser vista como benéfica para o mercado, futuros investidores e acionistas, motivo pelo qual aprovou-se a inclusão da referida cláusula no art. 58 do estatuto social da Petrobras em março de 2002:

> Art. 58- Deverão ser resolvidas por meio de arbitragem, obedecidas as regras previstas pela Câmara de Arbitragem do Mercado, as disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404, de 1976, neste Estatuto Social, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes dos contratos eventualmente celebrados pela Petrobras com bolsa de valores ou entidade mantenedora de mercado de balcão organizado, credenciada na Comissão de Valores Mobiliários, tendo por objetivo a adoção de padrões de governança societária fixados

7 Cf. CORAPI, Diego; ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes. A obrigatoriedade de cláusula de arbitragem prevista nos estatutos das companhias abertas: anotações a partir da decisão no caso *in re* Petrobras Securities Litigation (S.D.N.Y, 116 F.SUPP.3D. 386, July 30, 2015). In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. V. 55, out.-dez. 2017, p. 163.

8 Idem, Ibidem, p. 167.

9 BRASIL. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Recomendações da CVM sobre governança corporativa. Junho de 2002. Disponível em:
http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/0001/3935.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

10 BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa*. 4. ed. São Paulo: 2009. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/codigo-das-melhores-praticas-de-governanca-corporativa.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

por estas entidades, e dos respectivos regulamentos de práticas diferenciadas de governança corporativa, se for o caso.
Parágrafo único. As deliberações da União, através de voto em Assembleia Geral, que visem à orientação de seus negócios, nos termos do art. 238 da Lei nº 6.404, de 1976, são considerados formas de exercício de direitos indisponíveis e não estarão sujeitas ao procedimento arbitral previsto no caput deste artigo.

Ressalte-se que o estatuto social da Petrobras foi alterado em AGE realizada em 30 de novembro de 2020, ocasião na qual foram realizadas mudanças na cláusula compromissória. No entanto, como o presente estudo é baseado no Conflito de Competência nº 151.130, analisar-se-á o conflito sob a ótica da cláusula compromissória anterior, que serviu de base para a decisão do STJ.

A cláusula transcrita acima estabelece que a arbitragem será institucional, realizada pela CAM-BOVESPA, além de delimitar a matéria que será submetida ao procedimento arbitral. O parágrafo único, todavia, faz uma ressalva relevante acerca das deliberações da União que não são sujeitas à arbitragem por serem consideradas formas de exercer um direito indisponível, que seria a orientação da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação. Introduzida a cláusula compromissória, passa-se à análise da efetiva vinculação da acionista controladora no presente conflito.

3. A VINCULAÇÃO DA UNIÃO À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A fim de analisar a vinculação da União à cláusula compromissória, se faz necessário realizar um exame de arbitrabilidade, compreendida como "a possibilidade teórica de submissão de um conflito de interesses à arbitragem"[11]. Esta possui um aspecto subjetivo, relativo à qualidade das partes que podem participar de arbitragens, assim como um aspecto objetivo, relacionado ao objeto da disputa a ser submetido ao juízo arbitral[12].

3.1 A arbitrabilidade subjetiva da União como acionista controladora

A arbitrabilidade subjetiva, que consiste em definir quem pode se submeter à arbitragem, é uma das principais controvérsias do tema. A União argumenta, no Conflito de Competência, que não estaria vinculada à cláusula compromissória da Petrobras, em razão da "ausência de lei específica ou estatutária apta a autorizar a extensão do procedimento arbitral", bem como pela "ausência de anuência expressa de submissão do ente ao pacto". Os suscitantes do conflito de competência, por outro lado, sustentam que a União está vinculada à cláusula compromissória, pois ela é ampla o suficiente para tanto.

3.1.1 Ausência de previsão legal expressa

Um dos principais argumentos utilizados no voto vencedor e no voto do Min. Bellizze diz respeito à ausência de previsão legal expressa que autorize a participação da União. Embora seja pacífico que um ente público possa ser submetido à arbitragem, mesmo antes da edição da Lei nº 13.129/2015, entenderam os Ministros que a adoção de procedimento arbitral nesses casos depende de "previsão legal ou regulamentar próprios".

A referida noção decorre do princípio da legalidade, de modo que a manifestação de vontade

11 Cf. ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e administração pública: nova disciplina normativa após a lei 13.129/2015. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. V. 49, abr.-jun. 2016, p. 103.

12 Cf. FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2019, p. 361.

da União está vinculada à previsão legal. Seria necessário, portanto, que houvesse um regramento específico para que o ente federativo fosse compelido a participar de arbitragens. O Min. Salomão utiliza como exemplo os regramentos próprios, com relação à Administração Pública, introduzidos pela Lei nº 13.129/2015 (Lei Nacional de Arbitragem – LNA), a exemplo da restrição da participação da Administração em arbitragem de direito, em detrimento da arbitragem de equidade, bem como da necessidade de observância do princípio da publicidade (art. 2º, § 3º, LNA). Sua conclusão, portanto, é a de que a União não poderia ser incluída no procedimento arbitral, em razão da "ausência de lei autorizativa".

A Min. Andrighi sustentou que a Administração Pública pode utilizar a arbitragem, por força do art. 1º da LNA. Embora haja leis específicas que autorizem explicitamente o uso da arbitragem pela Administração Pública, entende a Ministra que a ausência de uma permissão geral não representa um óbice para a utilização da arbitragem nas relações firmadas pelo Estado. A evidência estaria consubstanciada na ausência de previsão da arbitragem na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 12.462/2011, inobstante seja perfeitamente possível que o Poder Público participe de arbitragens nessas hipóteses.

Isto posto, passa-se à norma que define quem possui arbitrabilidade subjetiva para participar de uma arbitragem. O art. 1º, *caput*, da LNA, define que todas "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". Contudo, a expressa possibilidade para que a Administração Pública direta e indireta fizesse uso da arbitragem só passou a vigorar em 2015, quando a Lei nº 13.129 introduziu o § 1º ao referido artigo.

A análise será realizada sem considerar o dispositivo incluído em 2015, em razão do argumento de que, embora não tenha sido adotado expressamente nos votos dos Ministros, foi mencionado: de acordo com a AGU, só haveria permissão legal expressa para vincular a União a uma cláusula compromissória, após o advento da Lei nº 13.129/2015. Embora seja certo que o § 1º foi apenas uma formalidade – já que a Administração Pública já participava em arbitragens antes de sua entrada em vigor –, se prosseguirá na análise dessa forma, notadamente, a fim de buscar outros fundamentos legais expressos.

Nesse sentido, destaca-se que o *caput* do art. 1º da LNA apresenta uma autorização genérica, permitindo que todas as pessoas capazes de contratar possam valer-se da arbitragem. Pela redação do dispositivo, a lei autorizou a arbitragem em um sentido amplo a todas as pessoas capazes de contratar, sejam elas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas. A União, como pessoa jurídica de direito público capaz de contratar, estaria incluída nesse escopo. Até porque, caso a intenção do legislador fosse excluir a Administração Pública, ele o teria feito explicitamente, como o fez subjetivamente em relação às pessoas incapazes de contratar, e objetivamente em relação a conflitos que envolvam direitos que não são patrimoniais e são indisponíveis. Conforme Selma Ferreira Lemes[13], interpretação diversa, que exclua a atuação do Estado, seria justamente contrária ao princípio da legalidade.

Pode-se falar também em autorização legal fundada na Lei das S/A. Neste ponto, é válido mencionar que as sociedades de economia mista se submetem ao regime jurídico disposto (i) na CRFB/88; (ii) na Lei nº 13.303/2016; (iii) na Lei das S/A; (iv) nas normas da CVM; e (v) nas suas normas estatutárias[14]. Por esse motivo, o § 3º, do art. 109, da Lei das S/A, incluído pela Lei nº 10.303/2001, é aplicável ao caso.

13 LEMES, Selma Ferreira. Op. cit., p. 102.

14 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2017, p. 620.

O referido dispositivo autoriza a inclusão de cláusula compromissória estatutária para estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar. Logo, há previsão legal na Lei das S/A que permite a Petrobras estabelecer, em seu Estatuto Social, que as divergências entre o acionista controlador e os acionistas minoritários podem ser resolvidas por meio da arbitragem.

Pelos motivos expostos, o argumento de ausência de previsão legal expressa, utilizado pela União, não se sustenta. Nesse contexto, resta analisar a adesão da União à cláusula compromissória estatutária da Petrobras, que foi o principal argumento acerca da arbitrabilidade subjetiva defendido pelos Ministros Salomão e Bellizze.

3.1.2. Adesão da União à cláusula compromissória

Nos termos do voto do Relator do acórdão, a ausência de arbitrabilidade subjetiva da União na controvérsia decorreria da ausência de adesão à cláusula genérica inserta no Estatuto da Petrobras, da qual efetivamente não participou. A eficácia da cláusula compromissória, em relação a um acionista, está vinculada ao princípio da autonomia da vontade, de modo que o cerne da questão seria a dependência de uma formal adoção, por parte de todos os compromissados, para que a cláusula seja válida e eficaz, em relação a estes.

O Min. Salomão apontou que a presença da AGU na AGE de 23 de março de 2002 não implica a anuência de submissão da União ao procedimento arbitral, em razão da ausência de atividade legislativa específica para tanto, de modo que a presença da cláusula compromissória no estatuto social da Petrobras expressaria apenas a vontade da companhia, e não da União, em se submeter à arbitragem.

A relatora de origem, Min. Andrighi, não discute este argumento a fundo, limitando-se a constatar, em sua conclusão, que a própria União concordou com a cláusula compromissória estatutária, visto não ser crível que a referida cláusula tenha sido imposta à União, a qual conta com um admirável corpo técnico e especializado de assessoramento jurídico, que é a Advocacia-Geral da União.

O argumento acerca da suposta ausência de anuência expressa da União Federal à cláusula compromissória é fundado, essencialmente, em fatos da época da inclusão da cláusula ao estatuto social da companhia, que não foram minuciosamente analisados pelos Ministros, o que pode ser atribuído à dificuldade de acesso a informações e documentos do ano de 2002. No entanto, nos Procedimentos Arbitrais nº 85/2017 e 97/2017, que versam exatamente sobre o tema de responsabilização da Petrobras e da União em caso análogo, relativo à desvalorização das ações em razão dos escândalos da Lava-Jato, a Sentença Parcial e a Decisão sobre os Pedidos de Esclarecimentos e Manifestação do Tribunal Arbitral foi disponibilizada em atenção ao princípio da publicidade, de modo que foi possível obter acesso a dados e documentos (ou referências a esses) pouco acessíveis.

O primeiro fator relevante ocorreu em 22 de fevereiro de 2002, quando a União foi comunicada, pela Carta GAPRE 92/2002, que havia uma intenção de migrar a Petrobras para o Nível II da BM&F BOVESPA, um segmento especial que demandava determinadas alterações em seu estatuto social, inclusive a inserção de uma cláusula compromissória, o que seria objeto de deliberação na AGE convocada para 22 de março de 2002.

Após a referida comunicação, o Processo Administrativo nº 10951.000328/2002-19 foi instaurado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), com o objetivo de analisar a matéria que seria objeto de deliberação na AGE, motivo pelo qual foram colhidos pareceres do Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais e da Secretaria do Tesouro Nacional (STN).

O Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais não fez qualquer consideração a respeito da cláusula compromissória, o que foi admitido pela própria União. A STN, por outro lado, emitiu o Parecer nº 94 STN/GAB/COREF/GEAFE em 19 de março de 2002, através do qual a PGFN se manifestou explicitamente sobre a inclusão da cláusula compromissória no art. 58 do estatuto social da Petrobras[15]:

> Visto já estar previsto, pela nova redação do § 3º do art. 109 da Lei 6,404/76 (alterado pela Lei nº 10.303/2001, que "[...] as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre acionistas controladores e os acionistas minoritários poderão ser solucionados mediante arbitragem [...]", e dada a ressalva feita no parágrafo único, nada temos que opor à redação apresentada.

A União ressaltou, no Procedimento Arbitral CAM Nº 85/2017 & 97/2017, que o referido parecer serviu de respaldo para que o Sr. Ministro da Fazenda proferisse despacho para autorizar expressamente que o representante da União votasse na AGE da Petrobras que incluiu a cláusula compromissória no art. 58 do estatuto social da companhia. Ou seja, não há controvérsia acerca da presença da União na referida Assembleia Geral, tampouco há qualquer evidência de alguma objeção nesse sentido. Pelo contrário: a PGFN apresentou parecer manifestando a sua concordância.

No trecho do Parecer nº 94 supratranscrito, a concordância foi justificada utilizando trecho do § 3º do art. 109 da Lei das S/A: "[...] as divergências [...] entre acionistas controladores e os acionistas minoritários poderão ser solucionadas mediante arbitragem [...]". Por conseguinte, o entendimento da PGFN já era no sentido de a cláusula incluir a possibilidade de um procedimento ser instaurado para solucionar controvérsias entre a União e os acionistas minoritários. A única ressalva feita foi a previsão do parágrafo único que, como se verá, não é uma limitação subjetiva e sim objetiva da cláusula compromissória.

A inclusão da referida cláusula foi aprovada na AGE de março de 2002, com o voto favorável da União, responsável pelo quórum majoritário para uma reforma no Estatuto, por ser detentora da maioria das ações da companhia. Sendo o quórum de deliberação necessário para a aprovação de cláusula compromissória a maioria absoluta dos votos[16], conforme art. 129 da Lei das S/A, não havia como incluí-la sem o voto favorável da acionista controladora. Desse modo, é coerente que a União esteja vinculada à alteração com a qual concordou.

Ademais, a cláusula compromissória determina que serão resolvidas por arbitragem "as disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais [...]", e o Min. Salomão apontou sua vagueza em termos da abrangência com relação à União, de modo que não poderia vinculá-la pela ausência de especificidade quanto aos seus limites. Contudo, a cláusula faz referência à possibilidade de submeter à arbitragem demandas que envolvam "seus acionistas", portanto, não é razoável excluir a União, acionista majoritária que concordou com a inclusão da cláusula com essa redação. A única ressalva em relação à União foi feita no parágrafo único do art. 58 do estatuto social, de modo que sua vinculação ao termo "acionistas", ressalvadas as hipóteses do parágrafo único, é evidente.

Nesse contexto, não há outra conclusão que não a da anuência da União à cláusula

15 BRASIL. Câmara de Arbitragem do Mercado. Arbitragem CAM No. 85/2017 & 97/2017. Fundação Movimento Universitário de Desenvolvimento Econômico e Social - MUDES e Alejandro Constantino Stratiotis v. União. Decisão Sobre os Pedidos de Esclarecimentos e Manifestação, 5 ago. 2020, p. 17.

16 Cf. FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. Op. cit., p. 489.

compromissória da Petrobras. Diante da inequívoca vinculação subjetiva da União à cláusula compromissória estatutária da Petrobras, resta analisar se a matéria a ser submetida à arbitragem se enquadra nos termos descritos pela lei e pela cláusula.

3.2. A arbitrabilidade objetiva da matéria

A matéria específica a ser submetida ao juízo arbitral não pode ser diretamente aferida, pois a confidencialidade do Procedimento Arbitral CAM Nº 75/2016 não permite o acesso ao Pedido de Instauração da Arbitragem e ao Termo de Arbitragem firmado, tampouco à cópia integral do Conflito de Competência, que tramita em segredo de Justiça. Desse modo, a matéria deve ser aferida indiretamente pelo acórdão do Conflito de Competência e pelos termos da Sentença Parcial proferida pelo Tribunal Arbitral no Procedimento CAM Nº 75/2016.

Nos termos do voto da Min. Andrighi, a matéria a ser submetida à arbitragem é "a existência de eventual responsabilidade da União Federal pela desvalorização acionária excessiva, decorrentes dos escândalos de corrupção investigados pela Operação Lava-Jato e que envolviam diretamente a Petrobras".

Já o Min. Bellizze vai um pouco além, ao constatar que os titulares de ações da Petrobras instauraram a arbitragem para se verem ressarcidos dos prejuízos causados pela desvalorização de suas ações, em razão da Operação Lava-Jato, "não observadas para a divulgação de um balanço fraudulento ao mercado, mesmo após o resultado de auditoria independente, a recair, necessariamente, nas regras contidas na Lei n. 6.404/1976".

O voto vencedor do Min. Salomão, por sua vez, resumiu o objeto da seguinte forma: "[...] responsabilização solidária da União em virtude da escolha equivocada dos dirigentes da Petrobras e da ausência de fiscalização da atuação de tais agentes. Há, portanto, pleito de responsabilidade civil extracontratual em face da União".

Já o trecho do parecer do Ministério Público citado no acórdão indica que se pretende responsabilizar a União pelos "atos de gestão da Companhia [...]. Em outras palavras, busca-se a responsabilização da União, enquanto acionista controladora da Petrobras, pelos atos de governo por ela praticados [...]". Já o Tribunal Arbitral do Procedimento CAM Nº 75/2016 constatou apenas que os acionistas buscam responsabilizar o ente federativo "'pela prática de atos contrários ao interesse da companhia e lesivos aos acionistas' e a 'indenização por todos os danos incorridos com a desvalorização do preço das ações PETR3 e PETR4'"[17].

Em suma, os atos da União que seriam submetidos ao Tribunal Arbitral não podem ser perfeitamente identificados, posto que depreendidos da visão de cada Ministro, do próprio Tribunal Arbitral ou do Ministério Público, que possuem carga semântica relacionada com a visão de cada um, seja de atos arbitráveis ou inarbitráveis. Com efeito, sabe-se que os acionistas minoritários visam responsabilizar a Petrobras e a União pela desvalorização de seus ativos, em decorrência dos prejuízos da Operação Lava-Jato, seja em virtude da escolha de dirigentes da Petrobras, da ausência de fiscalização da atuação de tais agentes, a divulgação de balanços fraudulentos ao mercado ou atos de gestão em geral.

3.2.1. Alcance objetivo da cláusula compromissória

Antes de analisar se os atos da União são objetivamente arbitráveis, é necessário realizar uma distinção entre a arbitrabilidade objetiva do litígio e o alcance objetivo da cláusula compromissória. Isto porque, antes de proceder ao exame da disponibilidade e da patrimonialidade

17 BRASIL. Câmara de Arbitragem do Mercado. American International Group, Inc. Retirement Plan et al. v. Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras e União Federal, Arbitragem CAM Nº 75/2016, Sentença Parcial, 22 de abril de 2019.

do objeto a ser submetido à arbitragem, nos termos do art. 1º, *caput*, da LNA, é necessário examinar se o conflito está dentro do escopo da cláusula compromissória. Logo, se analisará o alcance objetivo da cláusula prevista no estatuto social da Companhia[18].

O art. 58 do Estatuto da Petrobras prevê, em suma, que seriam arbitráveis as disputas que envolvessem os acionistas, cujo objeto tenha como base a aplicação da Lei das S/A ou do estatuto social, dentre outros. No entanto, é imperativo mencionar a exceção do parágrafo único, que estabelece ressalva em relação à participação da União em arbitragens. Trata-se de exceção bastante específica, englobando apenas as deliberações da acionista controladora que preencham dois requisitos cumulativamente: (i) serem manifestadas através de voto em Assembleia Geral; e (ii) visarem à orientação de seus negócios, de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.

Não parece ser o caso, portanto, de se excluir um pleito de responsabilidade civil extracontratual em face da União, conforme defendido pelo Min. Salomão, tampouco uma exclusão expressa da União em relação a todos os seus atos que visem à orientação de seus negócios, como sustentou o Min. Bellizze.

A esse respeito, é essencial analisar o contexto de inserção da cláusula compromissória com os seus objetivos vinculados. Conforme adiantado, a Petrobras inseriu a cláusula compromissória em seu estatuto social em 2002 para elevar seus padrões de governança corporativa e, dessa forma, ser listada em um segmento especial da BM&F BOVESPA denominado "Nível II"[19]. A cláusula apontou, inclusive, que a arbitragem obedeceria às regras da CAM-BOVESPA.

Antes de adentrar nas regras da CAM-BOVESPA, destaca-se que o Regulamento da CAM-BOVESPA atual está em vigor desde 2011 e é o aplicável aos procedimentos arbitrais instaurados recentemente pelos acionistas minoritários da Petrobras contra a própria companhia e a União. Entretanto, não se visa analisar a aplicação do Regulamento ao caso concreto, e sim o contexto da época da inclusão da cláusula compromissória estatutária, motivo pelo qual volta-se ao Regulamento de Arbitragem de 2001[20].

O referido Regulamento da CAM-BOVESPA, embora vigente à época da reforma do estatuto social da Petrobras em 2002, não é aplicável ao caso concreto, pois para tanto seria necessário que os Administradores, Conselheiros Fiscais e a União, como Controladora, firmassem um Termo de Anuência (item 5.2 e 5.2.1 do Regulamento de Arbitragem). Todavia, a intenção da Petrobras e de seus acionistas de elevar o padrão de governança corporativa da companhia e submeter seus conflitos à CAM-BOVESPA é tão nítida, que a cláusula compromissória inserida é praticamente uma cópia do item 1.2 do Regulamento, conforme se verifica na da tabela comparativa ao final deste artigo.

Desse modo, é perfeitamente razoável afirmar que a cláusula compromissória da Petrobras possui influência do Regulamento da CAM-BOVESPA, tendo disposto inclusive que futuras disputas ou controvérsias seriam submetidas à arbitragem, obedecidas as suas regras. Nesse sentido, cabe examinar outro dispositivo do Regulamento, que dispõe expressamente sobre os conflitos envolvendo sociedades de economia mista:

> 16.6.1 Deliberações do Acionista Controlador de Sociedade de Economia Mista, quer por meio de voto em Assembleia Geral, quer por determinação à administração dessa Sociedade, que visem à orientação de seus negócios, nos termos do

18 FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. Op. cit., p. 546.

19 Cf. CORAPI, Diego; ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes. Op. cit., p. 167.

20 CÂMARA DO MERCADO. Regulamento de Arbitragem da Câmara do Mercado, 2001.

> art. 238 da Lei das Sociedades por Ações, são consideradas formas de exercício de direitos indisponíveis e não estarão sujeitas ao procedimento arbitral previsto neste Regulamento. [...]

O item 16.6.1 é mais um exemplo de uma reprodução da redação do Regulamento para a cláusula compromissória da Petrobras, que determinou em seu parágrafo único que as deliberações da União, na qualidade de acionista controladora da sociedade de economia mista, seriam consideradas "formas de exercício de direitos indisponíveis e não estarão sujeitas ao procedimento arbitral [...]"[21]. Por mais esse motivo é que se observa a nítida intenção da Petrobras de tomar as medidas necessárias para participar do segmento "Nível II" e eventualmente se submeter às regras da CAM-BOVESPA.

A referida intenção é extremamente relevante, pois significa que o Regulamento da CAM-BOVESPA foi estudado pelos envolvidos na reforma do estatuto social que ocorreu em 2002, para que a cláusula compromissória o respeitasse e refletisse – o que se torna nítido pela semelhança de redação. Consequentemente, é necessário enfatizar os termos do item 16.6.2 do Regulamento[22] que, embora não reproduzido no estatuto social, esclarece o item 16.6.1 do Regulamento e do parágrafo único do art. 58 do estatuto social da Petrobras:

> 16.6.2 Atos de gestão ou deliberações de caráter negocial do Acionista Controlador, dos quais resultem conflitos entre este e os Participantes, nos termos do item 5.1 (i) deste Regulamento, estarão sujeitos à Arbitragem.

O dispositivo cai como uma luva para determinar o alcance do objeto da cláusula compromissória da Petrobras, que, ao incluir uma adaptação – quase idêntica – do item 16.6.1, restringiu a exceção de conflitos arbitráveis apenas para aqueles relativos a um ente público que, na qualidade de acionista controlador, e através de voto em Assembleia Geral, vise à orientação dos negócios em favor do interesse público. Logo, os "atos de gestão ou deliberações de caráter negocial do acionista controlador, dos quais resultem conflitos entre este e os participantes [...]"[23], poderiam ser submetidos à arbitragem.

Não é possível fazer nenhuma afirmação tão assertiva, pois não houve anuência, por parte da Petrobras ou da União naquele momento, que justificasse a aplicação do Regulamento da CAM-BOVESPA. Todavia, é evidente que a Petrobras passava por reformulações para ser listada como "Nível II", o que foi expresso pelo edital de convocação para a AGE a ser realizada em 22 de março de 2002, bem como pela aprovação da cláusula compromissória com termos extremamente semelhantes a dispositivos do Regulamento da CAM-BOVESPA. Até porque, para ser listada como "Nível II", a Petrobras, a União, os Administradores, Conselheiros Fiscais e Investidores teriam de se submeter ao Regulamento da CAM-BOVESPA e expressar sua anuência, por meio de Termo de Anuência (arts. 1.1, 2.1 e 5.2, do Regulamento da CAM-BOVESPA).

Logo, do ponto de vista objetivo, a cláusula compromissória da Petrobras alcançaria os conflitos que envolvem os acionistas da Companhia, tendo por objeto a aplicação da Lei das S/A, o estatuto social, dentre outras normas listadas no art. 58, excluindo-se apenas as deliberações da União manifestadas por voto na Assembleia Geral, e que visem à orientação de seus negócios, de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação. Não estariam incluídos

21 PETROBRAS. Estatuto Social, aprovado em Assembleia Geral Extraordinária de 22 mar., 2002.

22 CÂMARA DO MERCADO. Regulamento de Arbitragem da Câmara do Mercado, 2001.

23 CÂMARA DO MERCADO. Op. cit.

na exceção, portanto, por analogia ao contexto em que foi inserida a cláusula compromissória, os atos de gestão ou deliberações de caráter negocial da União, dos quais resultem conflitos entre ela e os participantes – caso que se encaixa perfeitamente às alegações dos acionistas minoritários contra a União.

Os atos de gestão são aqueles praticados pela Administração Pública em pé de igualdade com os particulares, e visam à conservação e ao desenvolvimento do patrimônio público, bem como à gestão de seus serviços[24]. Logo, todos os atos praticados pela União, na qualidade de acionista controladora, que não fossem praticados como atos de império, visando gerir a Petrobras, poderiam ser submetidos à arbitragem.

Pleitos de responsabilização, portanto, desde que não submetam votos da União em Assembleia Geral, visando orientar seus negócios de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação, seriam arbitráveis. O único ato mencionado pelo Min. Salomão que, de fato, não seria arbitrável – ou geraria controvérsia nesse sentido –, seria a "escolha equivocada dos dirigentes da Petrobras", por se tratar de uma prerrogativa da União voltada para atender ao interesse público que respaldou a sua criação, e realizada por intermédio de voto em Assembleia Geral, nos termos do art. 19, III, do estatuto social da Companhia.

Cabe destacar que há uma distinção entre a submissão de uma deliberação inarbitrável da União à arbitragem e litigar a respeito dos efeitos patrimoniais dessas deliberações perante o juízo arbitral. O exemplo perfeito disso são atos de império, que Maria Sylvia Di Pietro leciona como sendo aqueles praticados pelo Poder Público na qualidade de autoridade, que se contrapõem aos de gestão, e não seriam passíveis de submissão à arbitragem, a exemplo de desapropriações, tombamentos, servidões administrativas, dentre outros. Todavia, seus efeitos patrimoniais poderiam ser submetidos a um Tribunal Arbitral, posto que passíveis de valoração econômica[25]. Do mesmo modo, é evidente que votos da União que visem à orientação de seus negócios de modo a atender ao interesse público não podem ser submetidos ao juízo arbitral, sendo inconcebível uma anulação ou revisão destes. Não haveria óbice, contudo, na submissão de seus efeitos patrimoniais à arbitragem.

Por fim, tendo confirmado que a cláusula compromissória engloba os atos que os acionistas minoritários da Petrobras visam atribuir à União, é necessário analisar se esses atos são patrimoniais e disponíveis e, portanto, objetivamente arbitráveis.

3.2.2. O requisito da patrimonialidade

A patrimonialidade não se limita a direitos que possuem um conteúdo econômico, mas abrange também algo que possua a aptidão de ser reparado ou compensado através de medidas de caráter econômico[26]. Assim explicou a Min. Andrighi em seu voto vencido no CC 151.130/SP: "Assim, não apenas o objeto do interesse deve possuir valor econômico, mas também seu inadimplemento deve poder ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico.".

No caso em tela, não há muita controvérsia acerca da patrimonialidade do conflito. A Min. Andrighi descreveu o litígio como fundado em responsabilidade civil e o Min. Salomão entendeu tratar-se de "pleito de responsabilidade civil extracontratual". Fato é que a responsabilidade civil

24 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op.. cit., p. 875.

25 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 1124.

26 TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. In: *Revista de Processo*. V. 264, fev. 2017, p. 90.

consiste na obrigação de uma pessoa, natural ou jurídica, de indenizar outrem pelas consequências de um ato, fato ou negócio danoso[27].

A presença do conceito de reparação é intrínseca ao referido instituto, seja de um dano patrimonial ou moral. Logo, um pleito de responsabilidade civil, como o do caso em tela, seja ele contratual ou extracontratual, engloba direitos patrimoniais que, com a inclusão do § 3º no art. 109 da Lei das S/A, permite o uso do juízo arbitral para dirimi-lo[28].

A patrimonialidade do direito em questão é tão evidente, que um dos argumentos da União é justamente o montante total envolvido: 58 bilhões de reais. A União sustenta que haveria um suposto risco fiscal, que impactaria negativamente no mercado financeiro e nas atividades da Petrobras, o que não se sustenta, mormente porque o Conflito de Competência não julgou – assim como esse artigo tampouco visa concluir – a efetiva responsabilidade da União de indenizar os acionistas minoritários da Petrobras pela desvalorização de seus ativos. O que se pretende é tão somente determinar se a União Federal está vinculada à cláusula compromissória estatutária da Petrobras.

Salienta-se que há certo preconceito em relação à arbitragem, envolvendo um ente federativo, uma preocupação de o responsabilizar excessivamente por uma suposta tendência de árbitros favorecerem o privado em detrimento do público. No entanto, conforme destacou a Min. Andrighi, "a arbitragem se reveste dos mesmos deveres de imparcialidade e independência [...] a alegação de parcialidade do Tribunal Arbitral é causa de anulação da sentença que eventualmente prolatar [...], nos termos do art. 32, VIII, da Lei 9.307/96".

3.2.3. A controvérsia acerca da disponibilidade do conflito

É possível utilizar uma série de critérios defendidos por diferentes autores para se chegar a uma resposta com contornos mais nítidos, acerca da disponibilidade da matéria que pode ser submetida a um procedimento arbitral, envolvendo a Administração Pública. Todos os critérios são válidos e se complementam, de modo que quanto mais uma situação se enquadrar em alguns deles, mais certeza de sua disponibilidade haverá. No presente caso, analisar-se-ão os critérios da dispensabilidade da apreciação judicial, transacionabilidade, contratualidade e o já introduzido acerca dos atos de império e gestão.

O critério dos atos de império e atos de gestão define que seriam inarbitráveis os atos de império, pois a Administração Pública, quando os pratica, age com supremacia sobre o particular; enquanto os atos de gestão seriam arbitráveis, já que a Administração se encontra em pé de igualdade com os particulares[29] e, portanto, lidaria com direitos patrimoniais disponíveis, passíveis de submissão ao juízo arbitral. Conforme visto no alcance da cláusula compromissória, os atos da União que configurariam atos ilícitos e seriam, portanto, passíveis de indenização em decorrência da responsabilidade civil, seriam atos de gestão, de modo que o requisito de disponibilidade estaria preenchido.

A despeito da relevância do critério, principalmente para aferir quais situações a cláusula compromissória foi criada para englobar, é certo que ele não distingue a disponibilidade de maneira tão clara. Por esse motivo, passa-se ao critério da dispensabilidade da apreciação judicial, defendido por Eduardo Talamini[30], que define como matérias arbitráveis aquelas que podem ser resolvidas pelas próprias partes envolvidas, sem necessidade de se ingressar em Juízo. Logo, seria indisponível o que

27 Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 390.

28 Cf. MARTINS, Pedro A. Batista. Responsabilidade de Acionista Controlador: considerações doutrinária e jurisprudencial. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. V. 27, jan.-mar. 2005, p. 62.

29 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 11.

30 TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 89.

a lei exigisse que fosse submetido ao Poder Judiciário, como as ações de responsabilização por improbidade administrativa, ou temas expressamente considerados indisponíveis, tais como aqueles elencados no art. 852 do CC.

A situação objeto do presente trabalho se enquadra nesse critério, pois não há nenhum dispositivo legal que exija a submissão de ações de responsabilidade do acionista controlador ao Poder Judiciário, tampouco está o tema atrelado a direitos considerados indisponíveis pelo ordenamento jurídico pátrio, tais como questões de estado, direitos da personalidade, família, dentre outros. Pelo contrário, o § 3º, art. 109, da Lei das S/A, prevê que divergências entre acionistas podem ser submetidas à arbitragem, motivo pelo qual afirma-se sua disponibilidade pelo critério da dispensabilidade de apreciação judicial.

Já o critério da transacionabilidade define como disponíveis, para fins de arbitrabilidade da Administração Pública, os direitos que possam ser objeto de uma transação. Conforme dispõem os arts. 840 e 841 do CC, os interessados podem terminar um litígio mediante concessões mútuas quanto a direitos patrimoniais de caráter privado. Desse modo, o critério possui forte relação com o presente caso.

Neste ponto, cabe distinguir a responsabilidade civil e administrativa de uma sociedade anônima. A responsabilidade civil é compreendida como a reparação patrimonial de um prejuízo causado, enquanto a responsabilidade administrativa é "a sujeição do controlador ao Poder Público, no que respeita à competência deste de investigar, fiscalizar e punir os atos do primeiro que firam o interesse público no exercício das suas funções na companhia"[31]. Como a responsabilidade administrativa do controlador decorre de uma relação de predomínio do público sobre o privado, sobre ela não poderia haver transação.

Nesse sentido, apesar da cláusula compromissória ter estabelecido exceção acerca das deliberações da União, através de voto em assembleia, que visem orientar seus negócios, certo é que as referidas deliberações já são, por natureza, indisponíveis. Não poderiam, portanto, ser submetidas à arbitragem, de acordo com o critério da transacionabilidade, por relacionarem-se com a responsabilidade administrativa, que não é passível de transação.

A responsabilidade civil, no entanto, que visa tão somente à reparação do prejuízo causado, seria passível de transação, o que é evidenciado pelo fato de a Petrobras ter firmado transação com os acionistas que ingressaram com uma ação coletiva nos Estados Unidos. Com efeito, a Companhia e a União podem firmar acordos com os acionistas que adquiriram as ações na BM&F BOVESPA, o que demonstra a transacionabilidade da matéria indenizatória e, consequentemente, sua disponibilidade perante o critério.

Por outro lado, o critério da contratualidade possui uma aplicação mais desafiadora. Trata-se de uma das críticas realizada por João Pedro Accioly[32], pois a visão tradicional excluiria do escopo da arbitragem as matérias que envolvem a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, ou qualquer conflito cuja base não seja um contrato firmado com o Poder Público. Nesse sentido, é importante pensar no critério da contratualidade de uma forma operacionalizada, com a avaliação da disponibilidade realizada de acordo com o caso concreto, a fim de verificar se o direito positivo e a jurisprudência dominante permitem que a matéria seja objeto de "ajuste volitivo entre a Administração Pública e o administrado"[33].

Como se trata de um evento razoavelmente recente e específico, a jurisprudência não foi capaz de auxiliar na resolução do caso concreto. O direito positivo, todavia, conforme visto atra-

31 Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. V. 2, artigos 75 a 137. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 641.

32 ACCIOLY, João Pedro. Arbitrabilidade objetiva em conflitos com a Administração Pública. In: *Revista dos Tribunais*. V. 1.017, jul. 2020, p. 52.

33 ACCIOLY, João Pedro. Op. cit., p. 54.

vés do art. 109, § 3º, da Lei das S/A, permite que uma cláusula compromissória seja firmada para estabelecer que divergências entre acionistas controladores e minoritários possam ser solucionadas mediante arbitragem. Com efeito, o art. 117 da mesma lei indica que o acionista controlador responde pelos danos causados por atos que configuram abuso de poder. A combinação dos dois artigos, portanto, formaria a base de direito positivo que respaldaria o critério da contratualidade para se estabelecer a disponibilidade do conflito, ainda que não através de sua forma tradicional, pois não há, efetivamente, um contrato em evidência. Logo, a situação não possui um encaixe perfeito no critério da contratualidade, embora seja possível argumentar pelo seu enquadramento no critério operacionalizado.

O encaixe – ainda que não perfeito – na maioria dos critérios de disponibilidade analisados demonstra que o conflito envolve direitos patrimoniais e disponíveis. Eduardo Secchi Munhoz consignou que a "apuração de responsabilidade dos administradores por danos causados à companhia"[34] seria justamente uma das matérias societárias que poderia ser solucionada por meio de arbitragem. Desse modo, além de encontrar-se dentro do escopo da cláusula compromissória, é possível afirmar que o conflito preenche os requisitos do art. 1º, *caput*, da LNA e, ressalte-se que não poderia, mas deveria ser submetido à arbitragem.

Para concluir, faz-se necessário tecer uma breve crítica. Um dos argumentos da União para justificar sua exclusão do procedimento arbitral foi o "caráter facultativo da arbitragem". Contudo, quando uma cláusula compromissória é inserida no estatuto da companhia, os acionistas acordam em renunciar à via judicial e resolver o conflito pela via arbitral – não se trata de uma faculdade e sim de uma obrigação[35]. Entender de forma diversa significaria enfraquecer o instituto da arbitragem, que vem sendo construído e incentivado com tanta solidez pela doutrina e jurisprudência, ao longo dos anos.

Nada mais razoável, afinal, ninguém pode obrigar a Administração Pública a incluir uma cláusula compromissória em um contrato ou no estatuto social de companhia na qual ela detém a maioria das ações. Se a Administração não deseja submeter um conflito à arbitragem, a solução é não firmar cláusula compromissória. Contudo, se optar por firmar uma espécie de convenção de arbitragem, guiada pelos princípios que regem sua atuação, dispostos no art. 37 da CRFB/1988, a submissão de um conflito à arbitragem é apenas natural e condizente com uma conduta pautada na boa-fé e norteada pelo interesse público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo possuiu como objetivo analisar a vinculação da União à cláusula compromissória estatutária da Petrobras, com a utilização do Conflito de Competência nº 151.130/SP como base para a referida análise, limitando-se à matéria processual e isentando-se de qualquer julgamento do mérito da controvérsia.

Após destrinchar os principais argumentos utilizados pelos Ministros da Segunda Seção do STJ que proferiram voto e realizar uma análise dos requisitos de arbitrabilidade objetiva e subjetiva, foi possível constatar que a União possui capacidade subjetiva para figurar no procedimento arbitral instaurado pelos acionistas minoritários da Petrobras, e que o conflito está dentro do escopo da cláusula compromissória, além de possuir os requisitos de patrimonialidade e disponibilidade.

Diante dessa análise, chegou-se a uma conclusão distinta daquela adotada pelo STJ. A União está – ou ao menos deveria estar – vinculada à cláusula compromissória estatutária da Petrobras.

34 MUNHOZ, Eduardo Secchi. Arbitragem e novo mercado. In: MATTOS FILHO; VEIGA FILHO; MARREY JR.; QUIROGA ADVOGADOS. *Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Impressão Régia, 2010, p. 39.

35 CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 130.

Entender ao contrário significa não só enfraquecer o instituto da arbitragem, como incentivar uma postura contraditória da União que, conforme visto, já foi observada anteriormente pelo próprio ente federativo. Com efeito, o acórdão do Conflito de Competência não favoreceu o *favor arbitrandum* e foi uma ruptura na jurisprudência do STJ.

Enfatiza-se que o Poder Judiciário determinar a vinculação da União a uma cláusula compromissória não significa prejudicar o ente federativo, e sim garantir que a Administração Pública seja leal aos princípios que a orientam, além de vedar um comportamento contraditório. Preocupa o fato de ter se declarado a competência da justiça federal em um caso no qual a União alegou o caráter facultativo da arbitragem, e onde os indícios apontam pela ausência de uma ilegalidade *prima facie* da cláusula compromissória e pela presença de elementos autorizadores de arbitrabilidade subjetiva e objetiva.

Caso a União não deseje submeter conflitos à arbitragem, basta não firmar convenções de arbitragem. O que não condiz com uma atuação pautada na legalidade e na boa-fé é firmar cláusulas compromissórias ou compromissos arbitrais e, posteriormente, seja antes ou depois de uma decisão desfavorável, recorrer ao Poder Judiciário para livrar-se de uma submissão ao juízo arbitral.

É significativo o Judiciário, na figura do STJ, cujo histórico tanto contribuiu para o desenvolvimento e incentivo da arbitragem no Brasil, chancelar a conduta da União. No entanto, fato é que um erro não é capaz de apagar todos os acertos do Tribunal, de sorte que, inobstante o Conflito de Competência nº 151.130/SP ter norteado o presente estudo, espera-se que ele não guie as próximas decisões do STJ sobre o tema, fazendo com que o Tribunal retome seu relevante percurso de fortalecimento do instituto da arbitragem no Brasil.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, João Pedro. Arbitrabilidade objetiva em conflitos com a Administração Pública. In: *Revista dos Tribunais*. V. 1.017, jul. 2020.

BRASIL. Câmara de Arbitragem do Mercado. Arbitragem CAM Nº 75/2016. American International Group, Inc. Retirement Plan et al. v. Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras e União Federal. Sentença Parcial, 22 de abril de 2019. Disponível em: https://jusmundi.com/en/document/decision/pt-american-international-group-inc-retirement-plan-et-al-v-petroleo-brasileiro-s-a--petrobras-e-uniao-federal-sentenca-parcial-monday-22nd-april-2019#decision_14030. Acesso em: 16 set. 2021.

BRASIL. Câmara de Arbitragem do Mercado. Arbitragem CAM Nº 85/2017 & 97/2017. Fundação Movimento Universitário de Desenvolvimento Econômico e Social - MUDES e Alejandro Constantino Stratiotis v. União. Decisão Sobre os Pedidos de Esclarecimentos e Manifestação, 5 de agosto de 2020. Disponível em: https://jusmundi.com/en/document/decision/pt-fundacao-movimento-universitario-de-desenvolvimento-economico-e-social-mudes-and-alejandro-constantino-stratiotis-v-uniao-decisao-sobre-os-pedidos-de-esclarecimentos-e-manifestacao-da-mudes-wednesday-5th-august-2020#decision_14039. Acesso em: 16 set. 2021.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Recomendações da CVM sobre governança corporativa*. Junho de 2002. Disponível em: http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/0001/3935.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa*. 4. ed. São Paulo: 2009. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/codigo-das-melhores-praticas-de-governanca-corporativa.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

CÂMARA DO MERCADO. Regulamento de Arbitragem da Câmara do Mercado. 2001. Disponível em: https://www.camaradomercado.com.br/assets/pt-BR/regulamento-de-arbitragem_2001.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. V. 2, artigos 75 a 137. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSULTOR JURÍDICO (*site*). Petrobras assina acordo de US$ 3 bilhões para encerrar ação coletiva nos EUA. 3 jan. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jan-03/petrobras-assina-acordo-us-bilhoes-encerrar-acao-eua. Acesso em: 3 jan. 2018.

CORAPI, Diego; ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes. A obrigatoriedade de cláusula de arbitragem prevista nos estatutos das companhias abertas: anotações a partir da decisão no caso *in re* Petrobras Securities Litigation (S.D.N.Y, 116 F.SUPP.3D. 386, July 30, 2015). In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. V. 55, out.-dez. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2017.

FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Gen--Forense, 2019.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública* – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MARTINS, Pedro A. Batista. Responsabilidade de Acionista Controlador: considerações doutrinária e jurisprudencial. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. V. 27, jan.-mar. 2005.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Arbitragem e novo mercado*. MATTOS FILHO; VEIGA FILHO; MARREY JR.; QUIROGA ADVOGADOS. Arbitragem no Brasil. São Paulo: Impressão Régia, 2010. Disponível em: https://dokument.pub/arbitragem-no-brasil-volume-1-portugues-flipbook-pdf.html. Acesso em: 23 set. 2021.

PETROBRAS. Blog Fatos e Dados: assinamos acordo para encerrar class action nos EUA. 3 jan. 2018. Disponível em: https://petrobras.com.br/fatos-e-dados/assinamos-acordo-para-encerrar-class-action-nos-eua.htm. Acesso em: 23 maio 2021.

PETROBRAS. Estatuto Social, aprovado em Assembleia Geral Extraordinária de 22 mar., 2002. Disponível em: https://transparencia.petrobras.com.br/sites/default/files/Estatuto-Social-AGOE-27-Abril-2017-Portugues.pdf. Acesso em: 16 set. 2021.

PETROBRAS. Estatuto Social, aprovado em Assembleia Geral Extraordinária de 30 nov. 2020. Disponível em: https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/25fdf098-34f5-4608-b7fa-17d60b2de47d/31da34d0-1343-0014-c905-40108ec2c11e?origin=2. Acesso em: 16 set. 2021.

POLITO, Rodrigo; RAMALHO, André; SCHUFFNER, Cláudia; MAIA, Camila; CARRANÇA, Thais. Petrobras perde R$ 6,2 bi com corrupção e tem prejuízo de R$ 21,6 bi. In: *Valor Econômico*, Rio de Janeiro e São Paulo, 22 abr. 2015. Seção Empresas. Disponível em: https://valor.globo.com/empresas/noticia/2015/04/22/petrobras-perde-r-62-bi-com-corrupcao-e-tem-prejuizo-de--r-216-bi.ghtml. Acesso em: 23 maio 2021.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e administração pública: nova disciplina normativa após a lei 13.129/2015. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. V. 49, abr.-jun. 2016.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. In: *Revista de Processo*. V. 264, fev. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017

Tabela 1 - Comparação entre o Item 1.2 do Regulamento da CAM-BOVESPA de 2001 e a Cláusula Compromissória Estatutária da Petrobras

Regulamento da CAM-BOVESPA	Estatuto Social da Petrobras
1.2 O Regulamento tem a finalidade de assegurar aos Participantes dos Segmentos Especiais de Listagem da BOVESPA (cf. item 2.1 abaixo) as normas institucionais e procedimentais necessárias à obtenção de soluções para todos os conflitos que possam surgir entre eles, decorrentes da aplicação das disposições contidas na Lei das S.A.s, nos Estatutos Sociais das Companhias, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes do Regulamento de Listagem do Novo Mercado, do Regulamento de Práticas Diferenciadas de Governança Corporativa e dos Contratos firmados pelas Companhias listadas nos Segmentos Especiais de Listagem da BOVESPA, com a estrita observância à legislação vigente.	Art. 58 - Deverão ser resolvidas por meio de arbitragem, obedecidas as regras previstas pela Câmara de Arbitragem do Mercado, as disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404, de 1976, neste Estatuto Social, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes dos contratos eventualmente celebrados pela Petrobras com bolsa de valores ou entidade mantenedora de mercado de balcão organizado, credenciada na Comissão de Valores Mobiliários, tendo por objetivo a adoção de padrões de governança societária fixados por estas entidades, e dos respectivos regulamentos de práticas diferenciadas de governança corporativa, se for o caso.

A cooperação judiciária e sua aplicabilidade no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

FERNANDA TEREZA MELO BEZERRA[1]

Sumário: Introdução. 1. Conceito: o que é cooperação judiciária? 2. Espécies de cooperação judiciária. 2.1. Jurisdicional. 2.2. Administrativa. 2.3. Interinstitucional. 3. A cooperação judiciária no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, um importante debate no Direito Processual Civil brasileiro gira em torno da necessidade de maior eficiência na prestação jurisdicional, uma vez que a resposta jurisdicional não acontece na rapidez que as partes e os operadores do Direito gostariam que ocorresse.

O artigo 6º do Código de Processo Civil determina o seguinte: "Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva."[2].

Nessa linha, verifica-se que o legislador se preocupou em prever a necessária cooperação entre as partes do processo, inclusive o magistrado, para que se buscasse uma efetiva prestação jurisdicional, num tempo razoável, respeitando o devido processo legal e a cognição necessária ao julgamento da lide.

Tal assertiva nos leva aos princípios da eficiência e da duração razoável do processo, princípios estes que são basilares do Processo Civil e que regem o presente trabalho, a considerar que o objeto de pesquisa gira em torno de um instituto jurídico criado com a finalidade de dar celeridade e efetividade ao Judiciário, com atendimento das demandas em menor tempo e com maior eficiência.

Vale deixar claro que a cooperação citada no artigo 6º do CPC não é a mesma cooperação prevista no artigo 67 do mesmo diploma legal, mas, embora diferentes, acabam por se interligar, à medida que, ao praticar atos de cooperação, estão os órgãos do Judiciário, bem como as partes, atendendo ao princípio da cooperação previsto no artigo 6º do CPC, ou seja, estão todos trabalhando para que se alcance o resultado do processo, em tempo razoável.

1 Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de Valença (UNIFAA). Assessora da Presidência do Núcleo de Cooperação Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ).

2 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

O objetivo da cooperação judiciária nacional é desburocratizar a prática de atos processuais, que podem ser realizados de forma mais célere, com a participação das partes, o que ao final acarretará uma prestação jurisdicional mais eficiente.

No presente trabalho, iremos analisar o instituto da cooperação judiciária nacional, não só na teoria, mas também na prática, tendo como base o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A justificativa da pesquisa está na análise dos atos processuais com as lentes do Direito Processual contemporâneo, que vem em busca de melhorar a forma como se processam as demandas e da forma como a prática dos atos, por meio da cooperação, podem melhorar todo o sistema judiciário.

A Cooperação Judiciária Nacional, trazida pelo Código de Processo Civil, abriu um leque de possibilidades de atuação do Poder Judiciário, não só no exercício da sua função típica, como também no exercício das suas funções atípicas, principalmente nas suas funções administrativas, já que por meio da cooperação podem-se estabelecer rotinas administrativas que facilitem o trabalho interno e, indiretamente, tenham influência positiva na função jurisdicional.

A metodologia utilizada visa atender a proposta do estudo aqui apresentado, ou seja, uma análise da cooperação judiciária nacional e a sua aplicação no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em especial a forma como o referido instituto tem sido trabalhado no TJERJ, e como ainda poderá colaborar com a efetividade da prestação jurisdicional.

Assim, o método do procedimento é a análise da norma comparada com sua aplicabilidade. Como técnicas de pesquisa, por sua vez, são empregadas a documental e a bibliográfica, incluindo fontes de pesquisa disponíveis na doutrina, na legislação, em artigos e dados fornecidos pelo Tribunal de Justiça fluminense.

1. CONCEITO: O QUE É COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA?

A cooperação judiciária surgiu formalmente no Código de Processo Civil de 2015, especificamente, nos artigos 67 a 69 do referido diploma legal. Tal marco não significa que a cooperação judiciária não existisse anteriormente, ainda que de modo informal e sem que assim fosse denominada.

Desde as Ordenações Afonsinas, datadas de 1446, as quais foram uma das primeiras coletâneas de leis promulgadas durante o reinado de Dom Afonso V em Portugal, já existia a figura da cooperação judiciária, ainda que não fosse assim conhecida.

Naquele tempo, havia a figura da Carta Deprecatória, instituto processual que era utilizado para que se realizasse a citação do réu, quando esta deveria acontecer fora do território do rei que a ordenava, ordem essa que era cumprida por um tabelião.

Desde então, a figura da Carta Precatória esteve presente em todos os Códigos de Processo Civil do nosso ordenamento jurídico, quais sejam, o de 1939, o de 1973 e, por fim, o de 2015, estando previsto este último nos artigos 260 e seguintes.

Juntamente com as Cartas Precatórias surgiram as Cartas Rogatórias, cuja função era e, ainda é, estabelecer a cooperação entre os Poderes Judiciários de países diferentes, sendo dotada de caráter internacional. Ainda que a carta rogatória sirva somente como um instrumento viável para o cumprimento de decisões em território estrangeiro, não deixa de ser um ato de cooperação.

Visto isso, verifica-se que o instituto da cooperação judiciária não é uma novidade jurídica, mas a ele faltava dar o nome e a importância devida, buscando assim ampliar sua aplicação, conceituando-o, buscando entender sua natureza jurídica e, principalmente, colocando-o em prática.

Fredie Didier Jr. conceitua a Cooperação Judiciária Nacional como sendo:

> [...] um complexo de instrumentos e atos jurídicos pelos quais os órgãos judiciários brasileiros podem interagir entre si, com tribunais arbitrais ou órgãos administrativos,

> com o propósito de colaboração para o processamento e/ou julgamento de casos e, de modo mais genérico, para a própria administração da justiça, por meio de compartilhamento ou delegação de competências, prática de atos processuais, centralização de processos, produção de prova comum, gestão de processos e de outras técnicas destinadas ao aprimoramento da prestação jurisdicional.[3]

Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão define Cooperação Judiciária como sendo "um poder/dever de ampla interação entre juízos pelos meios mais eficazes para possibilitar a gestão adequada e eficiente de atos processuais."[4].

Conceituamos Cooperação Judiciária como um *instrumento jurídico de natureza processual, que busca a interação entre órgãos do Poder Judiciário ou não, com a função de desburocratizar a prática de atos processuais, com a finalidade de alcançar maior eficiência jurisdicional, respeitando o devido processo legal e a duração razoável do processo*.

A expressão "ou não" se faz necessária para que fique claro que a cooperação não está adstrita somente aos órgãos do Poder Judiciário, sendo possível a prática de cooperação interinstitucional, como veremos no decorrer do presente trabalho.

2. ESPÉCIES DE COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA

Podemos dizer que a cooperação judiciária é gênero, composta por 3 (três) espécies, sendo elas: jurisdicional, administrativa e interinstitucional. Esta classificação é imprescindível para que possamos compreender melhor como o instituto da cooperação judiciária funciona, e o seu alcance no dia a dia da prática jurisdicional.

2.1. JURISDICIONAL

A cooperação jurisdicional consiste na prática de atos de cooperação entre órgãos do Poder Judiciário, independentemente de sua competência, instância ou graus de jurisdição, conforme preceitua o artigo 67 do Código de Processo Civil[5].

Importante destacar que a cooperação pode abranger a prática de qualquer ato processual, não tendo a legislação estabelecido qualquer limitação, de forma que é possível que a cooperação aconteça para citação e intimação de uma parte ou testemunha, colheita de provas em conjunto, como por exemplo a prova pericial, o julgamento em conjunto de causas idênticas, etc.

Ao falarmos da cooperação jurisdicional, não podemos deixar de falar da expressão contida no artigo 67 do CPC, que diz: "[...] incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores".

Muito já se discute o alcance do verbo "dever", já que o termo "cooperação", cujo significado é ato ou efeito de cooperar, em tese, pressupõe uma faculdade do magistrado e servidores, enquanto o verbo "dever" pressupõe uma obrigação, o que, para alguns, iria de encontro ao conceito de cooperar, argumentando-se que não seria possível impor a prática da cooperação judiciária aos magistrados e servidores.

---

3 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional: Esboço de uma teoria para o Direito brasileiro*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 51-52.

4 ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Fundamentos da Cooperação Judiciária Nacional. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, Ano 14, v. 21, n. 3, p. 452, set.-dez. 2020.

5 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). "Art. 67 Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores.".

No entanto, tais argumentos não se sustentam pelo simples fato de as normas de Processo Civil serem, em sua maioria, cogentes, com exceção daquelas que podem ser afastadas pelas partes, mas não pelos magistrados. Desta forma, o dever de cooperação instituído pelo Código de Processo Civil não pode deixar de ser observado e aplicado, quando possível.

Assim, perfeita é a utilização do verbo "dever", para que fique claro aos destinatários da norma processual de que não se trata de uma faculdade, mas, sim, de um poder-dever, cuja inobservância deve ser devidamente fundamentada, da mesma forma que o pedido de cooperação deve ser realizado de forma fundamentada, objetiva e imparcial[6].

Conforme disposto no Código de Processo Civil e na Resolução n. 350 do CNJ, a cooperação judiciária nacional poderá ser instrumentalizada por meio do auxílio direto, dos atos concertados, atos conjuntos, ou quaisquer outros meios adequados, com a observância das garantias fundamentais do processo, e devem estar devidamente documentados nos autos, bem como deve ser comunicada às partes do processo.

Como já citado anteriormente, o legislador optou por não limitar os atos processuais que podem ser objeto de cooperação, não havendo, portanto, um rol taxativo. Desta forma, *a contrario sensu*, temos que o rol previsto no artigo 69 do CPC e no artigo 6º da Resolução 350 do CNJ é exemplificativo, tendo o CNJ ressaltado que outros atos, para além daqueles previstos, podem ser consensualmente definidos entres os órgãos cooperantes.

Importante explicarmos em que consiste cada uma das formas de cooperação previstas no artigo 69 do CPC. No inciso I, o legislador trouxe a figura do auxílio direto, que consiste na solicitação do ato de cooperação pelo Juízo/órgão solicitante, diretamente ao Juízo/órgão solicitado, podendo ser ato jurisdicional ou não. Importante destacar que o auxílio direto é uma importante ferramenta para a desburocratização dos atos processuais, podendo ser utilizada, inclusive, para os atos citatórios e intimatórios, resultando numa maior celeridade processual.

No inciso II, temos a "reunião e apensamento de processos", modalidade de cooperação não menos importante, que transcende os conceitos de conexão e continência.

A reunião de processos visa, além de evitar decisões conflitantes, minimizar o uso dos recursos em processos repetitivos. A cooperação judiciária afasta qualquer dúvida, no que diz respeito à reunião de processos repetitivos, nos quais existam questões afins, passando a ser possível a reunião dos processos em que o interesse público se sobreponha.

Exemplo recente e de grande relevância, acerca da reunião de processos, é o acordo de cooperação celebrado entre o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e outros tribunais estaduais, entre os quais o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para a reunião das ações coletivas propostas em face da 123 Milhas, no Juízo da 15ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG.

Dentre todos os fundamentos para a celebração do referido acordo de cooperação, destaca-se a necessidade de reunião de todas as pretensões de natureza coletiva que estão tramitando pelo país em um único Juízo, para que assim se possa chegar a uma gestão adequada dos conflitos e evitar decisões divergentes.

Além do TJERJ, diversos outros tribunais formalizaram o mesmo acordo de cooperação, o que demonstra uma excelente aceitação e operacionalização da cooperação judiciária nos tribunais brasileiros.

Assim, verifica-se que, não sendo verificado prejuízo às partes, bem como maior eficiência processual, a reunião de processos poderá acontecer, mesmo nas hipóteses em que haja modificação de competência.

6 BRASIL. Art. 5ª, inciso II, da Resolução n. 350, de 27 de outubro de 2020, e posteriores alterações do Conselho Nacional de Justiça.

Para Alexandre Freitas Câmara[7], é possível que a reunião e apensamento dos processos distribuídos a Juízos distintos se dê de forma temporária, para a colheita de prova pericial que seja comum e, depois, os processos sigam seu curso regular e de forma individual.

No inciso III, o legislador trouxe a "prestação de informações", que consiste na solicitação de informações que estejam em poder do solicitado, e que sejam relevantes ao exercício das funções do solicitante. Ressalta-se que as informações podem ser de cunho jurídico ou não, e podem ser estendidas a outros órgãos e instituições, ainda que não pertencentes ao sistema Judiciário.

Por fim, no inciso IV, temos a previsão dos "atos concertados entre os juízes cooperantes", que nada mais são do que a prática de atos de cooperação em conjunto, definidos de comum acordo, com a finalidade de estabelecer procedimentos para a prática de atos processuais.

Os atos concertados, conforme previsto no artigo 69, § 2º, do CPC, poderão estabelecer procedimentos para a prática de citação, intimação ou notificação de ato; obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos; efetivação de tutela provisória; efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas; facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial; centralização de processos repetitivos; execução de decisão jurisdicional.

Relevante esclarecer que a legitimidade para propor atos de cooperação não está restrita aos magistrados e servidores, podendo as partes, não só requerer a realização de ato de cooperação, como, também, requerer esclarecimentos e solicitar ajustes em atos de cooperação que já tenham sido realizados.

Embora não haja uma formalidade a ser obrigatoriamente observada, com o intuito de facilitar a compreensão do instituto e disseminar sua utilização, o CNJ estabeleceu modelos exemplificativos para pedidos de auxílio direto, despachos conjuntos e atos concertados, todos nos anexos da Resolução n. 350.

2.2. ADMINISTRATIVA

Embora não haja previsão expressa da cooperação judiciária no âmbito administrativo no Código de Processo Civil, a simples leitura do artigo 67 do CPC nos remete à possibilidade da prática de cooperação também de natureza administrativa, ao verificar que o legislador previu a prática de cooperação entre os servidores.

Ainda que os magistrados sejam servidores públicos[8], o legislador fez questão de diferenciá-los dos demais servidores, ao fazer constar na norma processual as duas denominações.

Desta forma, pressupõe-se que os servidores são partes legítimas para proceder com atos de cooperação, em âmbito administrativo, que independam de ordem judicial para seu estabelecimento e cumprimento.

Nessa esteira, o Conselho Nacional de Justiça, de forma expressa, tratou de reconhecer a extensão da prática de cooperação aos setores administrativos, como podemos verificar no artigo 1ª, *caput*, da Resolução n. 350 do CNJ, como se vê a seguir:

---

7 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. Barueri (SP): Atlas, 2023, p. 169-170.

8 Existe controvérsia na doutrina quanto à conceituação de agentes políticos e quais funções teriam essa natureza jurídica. O entendimento majoritário é de que agente político abrange somente aqueles que ocupam lugar de destaque dentro da estrutura do Estado, onde se concentra a responsabilidade pelas decisões políticas fundamentais. Esse entendimento é defendido por José dos Santos Carvalho Filho, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diógenes Gasparini, seguidos por Rafael Carvalho Rezende Oliveira. Em caminho contrário, segue Hely Lopes Meirelles, que defende o entendimento de que o magistrado seria agente político, e não um servidor público. Tal entendimento se sustentaria pela independência funcional dos magistrados, como membro do Poder Judiciário. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 781).

> Art. 1º Esta Resolução dispõe sobre a cooperação judiciária nacional, para a **realização de atividades administrativas** e para o exercício das funções jurisdicionais, abrangendo as seguintes dimensões: (grifo nosso)
> I – a cooperação ativa, passiva e simultânea entre os órgãos do Poder Judiciário, no âmbito das respectivas competências, observados o princípio do juiz natural e as atribuições administrativas; e
> II – a cooperação interinstitucional entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições e entidades, integrantes ou não do sistema de justiça, que possam, direta ou indiretamente, contribuir para a administração da justiça.

Corroborando a norma processual e a Resolução 350, do CNJ, no IX Fórum Permanente de Processo Civil, realizado em março de 2018, foi aprovado o Enunciado 670, com a seguinte redação: "(Art. 67 a 69) A cooperação judiciária pode efetivar-se pela prática de atos de natureza **administrativa** ou jurisdicional." (grifo nosso).

A cooperação no âmbito administrativo pode destinar-se a atos de gestão de vara, organização judiciária, administração de recursos humanos e materiais de serventia, treinamento de servidores, organização do depósito de bens apreendidos, desenvolvimento dos sistemas eletrônicos integrados, disposição de servidores, etc., podendo ainda acontecer entre um órgão jurisdicional e um administrativo, como bem ensina Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão[9].

Certo é que toda demanda de rotina administrativa poderá ser objeto de cooperação entre os órgãos jurisdicionais, sempre que o ato de cooperação puder ser uma alternativa que venha a beneficiar as rotinas de trabalho, trazendo, assim, eficiência para o dia a dia do trabalho administrativo, o que, por consequência, trará também eficiência na entrega jurisdicional.

2.3. INTERINSTITUCIONAL

A cooperação interinstitucional, como o próprio nome já diz, é aquela que acontece entre instituições diferentes, que componham ou não o sistema de Justiça, mas que possam contribuir de alguma forma para a execução da estratégia nacional do Poder Judiciário, de aprimorar a administração da Justiça, bem como a celeridade e a efetividade jurisdicional[10].

Esta modalidade de cooperação está prevista no art. 1º, inciso II, e no art. 16, ambos da Resolução n. 350 do CNJ. Certamente, assim como o rol de atos de cooperação não é taxativo, o rol presente no artigo 16 da referida resolução também não é, podendo os atos de cooperação interinstitucional alcançarem instituições que não façam parte do sistema do Poder Judiciário nacional.

A título de exemplo, o CNJ, em 23 de agosto de 2021, publicou a Recomendação n. 104, na qual restou estabelecida orientação para que os tribunais celebrassem acordos de cooperação com os Ministérios Públicos, Defensorias Públicas, Procuradorias, Seccionais da OAB e Polícias, que se situassem nos territórios de suas competências, com o intuito de maximizar a eficiência das comunicações de atos processuais.

9 ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Op. cit., p. 453.

10 BRASIL. Resolução n. 350/2020, do CNJ: "Art. 16. A cooperação interinstitucional poderá ser realizada entre quaisquer instituições, do sistema de justiça ou fora dele, que possam contribuir para a execução da estratégia nacional do Poder Judiciário, promover o aprimoramento da administração da justiça, a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional, dentre as quais: I - Ministério Público; II - Ordem dos Advogados do Brasil; III - Defensoria Pública; IV - Procuradorias Públicas; V - Administração Pública; e VI - Tribunais arbitrais e árbitros.".

Assim como o pedido de cooperação se estende a outras instituições, este também poderá ser feito entre o árbitro e o Poder Judiciário, e, neste sentido, foi aprovado o Enunciado n. 5 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "(Art. 69, § 3º) O pedido de cooperação jurisdicional poderá ser realizado também entre o árbitro e o Poder Judiciário.".

3. A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução 350, estabelecendo diretrizes e procedimentos acerca da cooperação judiciária nacional, determinou que todos os tribunais deveriam designar um ou mais magistrados, para atuarem como juízes de cooperação[11].

Tratou de disciplinar, ainda, a função desses magistrados, bem como os limites da sua atuação, além de reconhecer a possibilidade de cumulação da função de magistrado de cooperação com as demais funções jurisdicionais.

No art. 14 da referida Resolução, restaram estabelecidas algumas atribuições específicas, bem como a obrigatoriedade de se registrar em arquivo eletrônico os atos que forem praticados pelos magistrados no exercício da atividade ligada à cooperação.

Os tribunais, além de terem que disciplinar a função do magistrado de cooperação, tiveram que criar seus próprios núcleos de cooperação judiciária, com a função de sugerir diretrizes gerais, harmonizar rotinas e procedimentos de cooperação, devendo ainda consolidar os dados e as boas práticas[12].

Em decorrência das citadas determinações, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 8 de maio de 2021, editou a Resolução TJ/OE/RJ nº 08/2021, criando o seu Núcleo de Cooperação Judiciária, o NUCOOP.

Na referida resolução, o TJERJ regrou a atuação dos magistrados e servidores e as formas de cooperação, seguindo as previsões constantes no Código de Processo Civil e na aludida Resolução do Conselho Nacional de Justiça.

Ressalta-se que, de modo inovador, o Tribunal de Justiça fluminense atribuiu à carta precatória um caráter subsidiário[13], levando em consideração a informalidade dos atos de cooperação. Tal feito é de suma importância para o Direito Processual Civil moderno, alcançando o entendimento do que se busca com a cooperação nacional, que é a máxima eficiência na entrega da prestação jurisdicional e a duração razoável do processo.

O Núcleo de Cooperação Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro está vinculado à Presidência do Tribunal, e é composto por um Desembargador, um Juiz Coordenador e um Juiz de Cooperação para cada subnúcleo instituído.

Como forma de melhor organizar e distribuir as funções inerentes ao núcleo de cooperação, o TJERJ criou oito subnúcleos, designando um Juiz de Cooperação para cada um deles.

---

11 BRASIL. Resolução n. 350/2020, do CNJ: "Art. 12 Cada tribunal, por seus órgãos competentes, designará um(a) ou mais magistrados(as) para atuarem como Magistrados(as) de Cooperação, também denominados(as) de ponto de contato.".

12 BRASIL. Resolução n. 350/2020, do CNJ: "Art. 17. Os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais, os órgãos da Justiça Militar da União, os Tribunais de Justiça e os Tribunais de Justiça Militar deverão constituir e instalar, em sessenta dias, pondo em funcionamento em até noventa dias, Núcleos de Cooperação Judiciária, com a função de sugerir diretrizes gerais, harmonizar rotinas e procedimentos de cooperação, consolidar os dados e as boas práticas junto ao respectivo tribunal.".

13 BRASIL. Resolução n. 08/2021, do TJERJ: "Art. 5º [...] § 2º. Por força da regra da informalidade dos atos de cooperação prevista no art. 69, *caput*, do Código de Processo Civil, a expedição de cartas precatórias e de ordem terá caráter subsidiário, e só deverá ocorrer nos casos em que não se consiga realizar o ato para o qual se faz necessária a cooperação judiciária de outro modo.".

Os subnúcleos foram divididos por comarcas, sendo eles:

1º Subnúcleo, que abrange a comarca da Capital e suas respectivas regionais;

2º Subnúcleo, que abrange as comarcas de Niterói, Itaboraí, Maricá, Rio Bonito, São Gonçalo e Silva Jardim;

3º Subnúcleo, que abrange as comarcas de Teresópolis, Petrópolis, Paraíba do Sul, São José do Vale do Rio Preto, Três Rios, Sapucaia, Nova Friburgo, Bom Jardim, Cachoeiras de Macacu, Cantagalo, Carmo, Cordeiro, Duas Barras, Sumidouro, Santa Maria Madalena, São Sebastião do Alto e Trajano de Morais;

4º Subnúcleo, que abrange as comarcas de Duque de Caxias, Belford Roxo, Guapimirim, Japeri, Magé, Nilópolis, Nova Iguaçu, Mesquita, Queimados e São João de Meriti;

5º Subnúcleo, que abrange as comarcas de Volta Redonda, Barra Mansa, Barra do Piraí, Pinheiral, Porto Real/Quatis, Resende, Itatiaia, Rio das Flores, Valença, Vassouras, Engenheiro Paulo de Frontin, Mendes, Miguel Pereira, Paracambi, Paty do Alferes e Piraí;

6º Subnúcleo, que abrange as comarcas de Campos dos Goytacazes, Cambuci, Carapebus/Quissamã, Conceição de Macabu, Macaé, São Fidélis, São Francisco de Itabapoana, São João da Barra, Itaperuna, Bom Jesus do Itabapoana, Italva/Cardoso Moreira, Itaocara, Laje do Muriaé, Miracema, Natividade, Porciúncula e Santo Antônio de Pádua;

7º Subnúcleo, que abrange as comarcas de Itaguaí, Angra dos Reis, Mangaratiba, Parati, Rio Claro e Seropédica;

8º Subnúcleo, que abrange as comarcas de Cabo Frio, Araruama, Armação de Búzios, Arraial do Cabo, Casimiro de Abreu, Iguaba Grande, Rio das Ostras, São Pedro da Aldeia e Saquarema.

A criação dos subnúcleos facilitou a comunicação com as comarcas mais longínquas, permitindo o acesso a cada uma delas de forma mais direta, por meio do juiz de cooperação responsável, dando assim maior efetividade nas comunicações e respostas a eventuais pedidos de cooperação.

No primeiro biênio (2021/2022), ainda de forma tímida, verificou-se um aumento gradativo nos pedidos de cooperação que passaram a ser recebidos de diversos tribunais, o que levou a administração do Tribunal a montar uma estrutura física, com servidor próprio, estabelecendo procedimentos a fim de atender com maior presteza e celeridade os pedidos que são realizados. Com isso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro se tornou referência, quando o assunto é Cooperação Judiciária.

No *site*[14] do TJERJ, podemos encontrar um formulário para "Envio de Solicitação", bem como a sua composição atual, além das resoluções citadas neste trabalho.

Em pesquisa junto ao referido núcleo, verificou-se que, no primeiro biênio (2021/2022), foram movimentados 487 (quatrocentos e oitenta e sete) processos administrativos que tinham como objeto a cooperação judiciária, tais como, auxílio no cumprimento de cartas precatórias, recambiamento de presos de uma unidade federativa para outra, pedido de providências, informação para instrução de processos judiciais e administrativos, entre outros.

Ainda no primeiro biênio, foram realizados importantes atos de cooperação, como, por exemplo, o Ato Concertado de Cooperação Jurisdicional com o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 1ª Região, que tem por finalidade identificar as demandas que deferirem o processamento de recuperação judicial, de forma que o TRT da 1ª Região possa fornecer a lista completa de processos que tramitam contra a empresa em recuperação judicial.

No mesmo ato concertado, ficou acertado que, após a emissão das listas de processos trabalhistas de credores da empresa em recuperação judicial, poderão ser instaurados procedimentos para a reunião das execuções que estejam em tramitação no referido Tribunal Regional do Trabalho.

14 Disponível em: https://portaltj.tjrj.jus.br/web/nucleo-de-cooperacao/pagina-inicial. Acesso em: 19 jul. 2023.

O ato concertado em questão tem grande relevância, considerando-se o tempo que se demora, usualmente, para montar o quadro de credores trabalhistas das empresas que entram em recuperação judicial. Colocando em prática o ato concertado, ambos os tribunais conseguem acelerar a tramitação dos seus respectivos processos, trazendo, não só celeridade processual, mas, também, eficiência e eficácia jurisdicional.

Por iniciativa dos juízes das Varas de Família da Comarca da Barra da Tijuca, foi realizado Ato Concertado com a finalidade de reunir processos de uma mesma entidade familiar que tenham sido distribuídos para varas diferentes, num único Juízo, visando assim evitar decisões conflitantes, já que as demandas de família, normalmente, versam sobre questões que estão interligadas, não sendo razoável que um Juízo resolva a questão da guarda e alimentos, enquanto outro resolva a questão da convivência, quando um só Juízo pode, de forma mais segura, resolver todas as demandas que envolvam determinado núcleo familiar.

Verifica-se, com a análise dos dados acima indicados, que a cooperação no TJERJ tem sido tratada com a devida importância, o que certamente irá contribuir para que outros tribunais o tenham como exemplo, e passem a realizar a cooperação e a vivenciar os benefícios que dela resultam.

CONCLUSÃO

Ao analisar o instituto da cooperação judiciária, pudemos constatar que esta é uma ferramenta processual de grande valia para os operadores do Direito, incluindo as partes, que são os que mais reclamam da morosidade do Poder Judiciário.

Sabemos que a morosidade processual não é resultado da ineficiência do Judiciário, mas, sim, do grande volume de processos em tramitação, associado à pouca força de trabalho (se compararmos com o número de processos em andamento no Judiciário) e à burocracia para cumprimento de atos processuais praticados de forma ineficiente, que acabam por permitir o prolongamento das ações por meses ou anos.

A cooperação judiciária surgiu para dar um respiro ao Poder Judiciário e demais órgãos, que podem dela se valer para dar celeridade ao processo, de forma eficaz, sem deixar de respeitar os princípios basilares do processo civil.

No entanto, apesar de ser um grande aliado, ainda é pouco difundido dentro do sistema judiciário, até mesmo pelo desconhecimento do instituto, por parte de magistrados e servidores.

Concluímos o presente trabalho afirmando que, além da quebra da cultura enraizada, de que todos os atos processuais precisam obedecer à mesma forma de décadas atrás, quando sequer se falava em processo eletrônico, é necessário difundir o instituto dentro dos tribunais, de forma que magistrados e servidores enxerguem a potência nele existente, e o quanto a cooperação pode ser uma aliada, e não mais um protocolo a ser seguido.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Fundamentos da Cooperação Judiciária Nacional. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, Ano 14, v. 21, n. 3, set.-dez. 2020.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2015.

BRASIL. Relatório NUCOOP/TJRJ. Disponível em: https://portaltj.tjrj.jus.br/web/nucleo-de-cooperacao/pagina-inicial. Acesso em: 19 jul. 2023.

BRASIL. Resolução n. 350 do Conselho Nacional de Justiça. DJE/CNJ nº 349/2020, 29 out. 2020.

BRASIL. Resolução TJ/OE/RJ n. 08, 10 maio 2021. DJE/TJRJ – Ano 13 – n. 161/2021, 11 maio 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. Barueri (SP): Atlas, 2023.

DIDIER JR., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional: Esboço de uma teoria para o Direito brasileiro*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio do Passo (coord.). *Grandes temas do Novo CPC*. Cooperação judiciária nacional, v. 16. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO