

REVISTA  
Judiciária,  
DO PARANÁ



ISSN 2316-4212

REVISTA  
**Judiciária,**  
DO PARANÁ

**Diretor**

Joatan Marcos de Carvalho

**Editor**

Luiz Fernando de Queiroz

11

[www.revistajudiciaria.com.br](http://www.revistajudiciaria.com.br)

Revista Judiciária do Paraná – Ano XI – n. 11 – Maio 2016  
Versão digital: [www.revistajudiciaria.com.br](http://www.revistajudiciaria.com.br)  
Periodicidade: Semestral (novembro e maio)  
Realização: Associação dos Magistrados do Paraná – Amapar

**EDITOR RESPONSÁVEL**

Luiz Fernando de Queiroz

**COORDENAÇÃO DE CONTEÚDO**

Geison de Oliveira Rodrigues  
Pollyana Elizabethe Pissaia

**REVISÃO**

Dulce de Queiroz Piacentini  
Noeli do Carmo Faria

**PRODUÇÃO GRÁFICA**

Jéssica Regina Petersen

**DIAGRAMAÇÃO**

Josiane C. L. Martins

**CAPA**

Priory

**FOTO DA CAPA**

Jubal S. Dohms

**Edição, Publicação e Distribuição**

EDITORA BONIJURIS LTDA.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

41 3323-4020 / 0800-645-4020

[sac@bonijuris.com.br](mailto:sac@bonijuris.com.br)

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)  
Index Consultoria em Informação e Serviços Ltda.

Revista Judiciária do Paraná / Associação dos Magistrados do  
Paraná.— v. 1, n. 1— , (jan. 2006)— . — Curitiba :  
AMAPAR, 2006.

Semestral

ISSN 2316-4212

1. Poder Judiciário – Paraná. 2. Juízes – Paraná.

CDD (20. ed.) 347.8162  
CDU (2. ed.) 347.96(816.2)

1ª tiragem: 500 exemplares

## REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ

### CONSELHO EXECUTIVO

PRESIDENTE	Frederico Mendes Junior
DIRETOR	Joatan Marcos de Carvalho
MEMBROS	Denise Krüger Pereira Evandro Portugal Fernanda Karam de Chueiri Sanches Rosana Andriguetto de Carvalho

EDITOR RESPONSÁVEL Luiz Fernando de Queiroz

### CONSELHO EDITORIAL

Albino de Brito Freire  
Anita Zippin  
Cláudia Lima Marques  
Clèmerson Merlin Clève  
Edson Ferreira Freitas  
Fernando Antônio Prazeres  
Francisco de Oliveira Cardoso  
Ives Gandra da Silva Martins  
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho  
Jorge de Oliveira Vargas  
José Laurindo de Souza Netto  
José Sebastião Fagundes Cunha  
José Wanderlei Rezende  
Juarez Cirino dos Santos  
Laurentino Gomes  
Luiz Edson Fachin  
Luiz Fernando Tomasi Keppen  
Manoel Caetano Ferreira Filho  
Mário Frota  
René Ariel Dotti  
Ricardo Hasson Sayeg  
Roberto Portugal Bacellar  
Teresa Arruda Alvim Wambier

## **APOIO INSTITUCIONAL**

**Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR**

([www.tjpr.jus.br](http://www.tjpr.jus.br))

**Escola da Magistratura do Paraná – EMAP**

([www.emap.com.br](http://www.emap.com.br))

**Escola Judicial da América Latina – EJAL**

([www.ejal.org](http://www.ejal.org))

**Rede Latino-Americana de Juízes – REDLAJ**

([www.redlaj.net](http://www.redlaj.net))

# ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ – AMAPAR

## DIRETORIA

PRESIDENTE

Frederico Mendes Junior

1º VICE-PRESIDENTE

Nilce Regina Lima

2º VICE-PRESIDENTE

Laryssa Angélica Copack Muniz

3º VICE-PRESIDENTE

Aurênio José Arantes de Moura

4º VICE-PRESIDENTE

Luiz Taro Oyama

5º VICE-PRESIDENTE

João Maria de Jesus Campos Araújo

6º VICE-PRESIDENTE

Geraldo Dutra de Andrade Neto

APOIO E VALORIZAÇÃO AO MAGISTRADO

Sigurd Roberto Bengtsson

1º SECRETÁRIO

Márcio José Tokars

2º SECRETÁRIO

Roberto Antonio Massaro

1º TESOUREIRO

César Ghizoni

2º TESOUREIRO

Michela Vechi Saviato

DIRETORES EXECUTIVOS

Eduardo Casagrande Sarrão

Diego Santos Teixeira

Nicola Frascati Junior

Fábio André Santos Muniz

Fernando Bueno da Graça

Noeli Salete Tavares Reback

Antonio Lopes de Noronha Filho

Luiz Fernando Tomasi Keppen

## DEPARTAMENTOS

SEGURANÇA

Leonardo Bechara Stancioli

BOAS PRÁTICAS

Joeci Machado Camargo

APOSENTADOS

João Maria de Jesus Campos Araújo

ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Carlos Henrique Licheski Klein

ASSUNTOS LEGISLATIVOS

Glauco Alessandro de Oliveira

Antônio José Carvalho da Silva Filho

ASSUNTOS PREVIDENCIÁRIOS

Marcos Antonio da Cunha Araujo

COMUNICAÇÃO SOCIAL – DIRETORES

Rogério Ribas

Marcelo Pimentel Bertasso

CONVÊNIO

Francisco Carlos Jorge

CULTURAL – DIRETOR

Noeval de Quadros

CULTURAL – MEMBROS

Ivanise Maria Tratz Martins

Flavia da Costa Viana

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

Oswaldo Canela Junior

DIVULGAÇÃO E REVISTA

Joatan Marcos de Carvalho

ESPORTES

Davi Pinto de Almeida

ESPORTES – ATLETISMO

Roger Vinicius Pires de Camargo Oliveira

Shaline Zeida Ohi Yamaguchi

ESPORTES – FUTEBOL

Davi Pinto de Almeida

ESPORTE FEMININO

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

INFORMÁTICA

Rui Portugal Bacellar Filho

INTEGRAÇÃO – CURITIBA, RMC E LITORAL

Bruna Cavalcanti de Albuquerque  
Zandomeneco

INTEGRAÇÃO – INTERIOR

Marcelo Pimentel Bertasso

JURÍDICO

Antonio Mansano Neto

DIREITOS HUMANOS

Sérgio Luiz Kreuz

MEMÓRIA E ARQUIVO

Chloris Elaine Justen de Oliveira

MÚTUA

Themis Almeida Furquim Cortes

OBRAS – DIRETOR

Fernando Ferreira de Moraes

OBRAS – VICE-DIRETOR

Luiz Carlos Bellinetti

OUVIDORIA

Suzana Massako Hiram Loreto de Oliveira

PATRIMÔNIO

Marco Vinicius Schiebel

PENSIONISTAS

Marília de Oliveira Viel

PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

Wellington Emanuel Coimbra de Moura

RECURSOS HUMANOS

Erick Antonio Gomes

SERSSOCIAL – DIRETOR

Joel Pugsley

SERSSOCIAL – MEMBROS

José Luiz Dosciati

Gilberto Ferreira

Raul Luiz Gutmann

André Carias de Araújo

SOCIAL – DIRETORA

Beatriz Fruet de Moraes

SOCIAL – VICE-DIRETORAS

Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa

Andrea Fabiane Groth Busato

TÊNIS – DIRETORES

Wilson José de Freitas Junior

André Carias de Araujo

**SEDES**

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Rodrigo Luis Giacomini

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Wendel Fernando Brunieri

GUARATUBA – DIRETOR

João Maria de Jesus Campos Araújo

GUARATUBA – VICE-DIRETOR

Marcos Antonio da Cunha Araújo

LONDRINA – DIRETOR

Ademir Ribeiro Richter

MARINGÁ – DIRETOR

Antonio Mansano Neto

MARINGÁ – VICE-DIRETOR

José Camacho Santos

PILARZINHO – DIRETOR

Leomir Binhara de Mello

PILARZINHO – VICE-DIRETOR

Romero Tadeu Machado

PIRAQUARA – DIRETOR

Nelson França Pereira

PIRAQUARA – VICE-DIRETOR

Davi Pinto de Almeida

PONTA GROSSA – DIRETORA

Noeli Salette Tavares Reback

PONTA GROSSA – VICE-DIRETORA

Heloisa da Silva Krol

## CONSELHO FISCAL

### PRESIDENTE

Jederson Suzin

### MEMBROS

Jeane Carla Furlan

Giovanna Rechia de Sá

Marcel Ferreira dos Santos

Marcos Antônio de Souza Lima

Ricardo Henrique Ferreira Jentzsch

Ricardo Luiz Gorla

Walter Ligeiri Junior

### SUPLENTES

Beatriz Fruet de Moraes

Branca Bernardi

Fabício Voltaré

Juliano Albino Mânica

Marcelo Quentin

## COMISSÃO DE PRERROGATIVAS

### PRESIDENTE

Carlos Eduardo Mattioli Kockanny

### MEMBROS DA COMISSÃO

Carlos Henrique Licheski Klein

Alexandre Gomes Gonçalves

Oswaldo Soares Neto

Ariel Nicolai Cesa Dias

## EMAP

### DIRETOR GERAL

Francisco Cardozo Oliveira

### SUPERVISOR PEDAGÓGICO

Clayton de Albuquerque Maranhão

### COORD. GERAL DE CURSOS

Rodrigo Fernandes Lima Dalledone

### CURITIBA – DIRETOR

Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

### CURITIBA – VICE-DIRETOR

Eduardo Novacki

### CASCAVEL – DIRETOR

Leonardo Ribas Tavares

### CASCAVEL – VICE-DIRETORA

Filomar Helena Perosa Carezia

### FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Wendel Fernando Brunieri

### FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Marcos Antonio de Souza Lima

### LONDRINA – DIRETOR

Rodrigo Afonso Bressan

### LONDRINA – VICE-DIRETOR

José Ricardo Alvarez Vianna

### MARINGÁ – DIRETOR

Fabio Bergamin Capela

### PONTA GROSSA – DIRETOR

Hélio César Engelhardt

### PONTA GROSSA – VICE-DIRETOR

Gilberto Romero Periotto

## **JUDICEMED**

PRESIDENTE

Frederico Mendes Junior

VICE-PRESIDENTE

Luciano Carrasco Falavinha Souza

DIRETOR FINANCEIRO

Luís Carlos Xavier

DIRETOR ADMINISTRATIVO

Nicola Frascati Junior

CONSELHO FISCAL – PRESIDENTE

Stewart Camargo Filho

CONSELHO FISCAL – MEMBROS

Rui Antonio Cruz

José Candido Sobrinho

CONSELHO FISCAL – SUPLENTE

Michela Vechi Saviato

CONSELHO GESTOR

Antonio Renato Strapasson

Hayton Lee Swain Filho

Shiroshi Yendo

Antonio Loyola Vieira

## **ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ**

[www.amapar.com.br](http://www.amapar.com.br)

Rua Alberto Folloni, 541/543 – Juvevê

CEP: 80.540-000 – Curitiba – Paraná

Fone: (41) 3017-1600 / (41) 3017-1623

## **ENVIO DE ARTIGOS PARA A REVISTA**

[www.revistajudiciaria.com.br](http://www.revistajudiciaria.com.br)

# APRESENTAÇÃO

## A dinâmica da mudança

O direito, assim como as suas manifestações, a doutrina, a jurisprudência e todas as demais decorrências dessa ciência são expressões da vida que vem se enraizando no processo civilizatório desde épocas imemoriais.

E, assim como os demais fatos sociais, o direito está sujeito às mudanças dos tempos e dos eventos pelos quais historicamente passa a humanidade.

Como se sabe, nada é permanente; muda a sociedade, mudam os hábitos, os costumes, as práticas, os saberes e, conseqüentemente, as leis, suas interpretações e os modos e meios de sua aplicação.

Por certo, há uma grande complexidade na transformação do direito posto, já que o fenômeno jurídico não se modifica de forma compartimentada; ao contrário, está permanentemente em interação com o poder, a política, a diplomacia, a tecnologia, a cultura, as artes, enfim, com os demais fenômenos sociais.

Esse contínuo devir age não só em interação interdisciplinar, mas também intradisciplinar, já que na prática social não há descontinuidade entre o fato social e sua normatização; o que existe, comumente, é uma inadequação da norma aos novos modos de vivência e de convivência.

Exemplo disso são as facilidades da tecnologia, como novos aplicativos, tais como o Uber e muitos outros que, embora representem uma evolução em termos de facilidade aos usuários, conflitam com o sistema estabelecido em termos regulatórios e fiscais.

E isto é só uma pequena amostra da complexa e imensa oferta de bens e serviços que o usuário consumidor terá à sua disposição; a Amazon não só está iniciando operações em serviços de *streaming* – a exemplo da Netflix e de outras empresas do ramo –, como sinaliza que em breve iniciará um serviço de entrega de mercadorias e encomendas por *drones*.

O ensino à distância, bem assim a prestação de serviços *online* de toda ordem, interestaduais e internacionais, põem em questionamento questões fiscais, trabalhistas e previdenciárias, entre outras, que repercutem na esfera jurídico-política da sociedade.

Talvez ainda mais complexa seja a normatização, fiscalização e disciplinamento da produção e distribuição de bens impressos em 3D e os fornecimentos/recíprocos de conteúdos – consumidores que também são fornecedores, de bens e valores, tais como de energia elétrica, água e de resíduos e seus tratamentos.

A identidade digital afeta os dados pessoais relativos a toda a esfera jurídica dos cidadãos, sejam os dados médicos (tanto patológicos como estéticos), políticos, religiosos, alimentares, indumentários, turísticos, esportivos, transporte, circulação e tantos outros que podem e já vêm sendo objeto de indevida apropriação e utilização por companhias especializadas.

Como se observa, há um universo de novas possibilidades de bens, serviços, direitos e obrigações de parte a parte, de modo que a produção de novos saberes jurídicos é inexorável; até mesmo a forma de criação, disseminação e aplicação destes saberes estará sujeita a uma nova lógica, a uma nova dinâmica, a novos padrões, enfim a novos paradigmas.

Diante deste enfoque, cabe perguntar: justifica-se a publicação de uma revista jurídica em termos tradicionais? E a resposta é: por que não, se a sua finalidade é exatamente a veiculação de saberes jurídicos. O que não se pode afirmar é por quanto tempo será possível mantê-la em *mídia* convencional; mas, a RJP já é, também, veiculada em mídia digital pelo site [www.revistajudiciaria.com.br](http://www.revistajudiciaria.com.br).

Bem por isso é que agradeço e parablenizo a todos que colaboram para que a nossa revista tenha alcançado a sua décima primeira edição com inquestionável qualidade de conteúdo técnico e editorial.

Parabéns à Associação dos Magistrados do Paraná, à Escola da Magistratura, ao Tribunal de Justiça, à Editora Bonijuris e aos nossos patrocinadores. Especial agradecimento ao Conselho Editorial e aos autores e colaboradores.

Boa leitura.

Maio de 2016

**Joatan Marcos de Carvalho**

Diretor da RJP

# SUMÁRIO

## ANÁLISE

1. O magistrado na sociedade – Reconhecer o verdadeiro papel do juiz constitucional na sociedade comum – O que efetivamente subsidiará as atividades judicantes? ..... 17  
*Miguel Kfouri Neto*

## DOCTRINA

2. Os novos embargos de declaração ..... 33  
*Teresa Arruda Alvim Wambier*
3. Aspectos relevantes sobre a audiência de apresentação do preso ..... 47  
*José Laurindo de Souza Netto*
4. Metáforas e pensamentos de Néelson Hungria ..... 59  
*René Ariel Dotti*
5. Mediação e direito fraterno em um cenário de litígios: o diálogo como instrumento de fomento na administração de conflitos e na promoção da cidadania ativa ..... 63  
*Tauã Lima Verdan Rangel*
6. Tutelas provisórias na Lei 13.105/15 – Novo Código de Processo Civil ..... 93  
*Carlos Alberto Del Papa Rossi*
7. União Europeia – Política de consumidores ..... 125  
*Mário Frota*
8. Law and style – First conjectures about juridical stylistics ..... 139  
*Maria Francisca Carneiro*
9. A (i)moralidade da colaboração premiada frente ao imperativo categórico kantiano – Uma análise filosófica ..... 151  
*Marcio Guedes Berti*

10. Breves notas sobre a audiência, sua evolução e previsão legal: das ordenações ao novo CPC/2015 .....	167
<i>Gisele Leite</i>	
<i>Denise Heuseler</i>	
11. Puntos relevantes de la interpretación jurídica .....	199
<i>Ivo Zanoni</i>	
12. A tutela do meio ambiente por meio da ação popular como garantia do estado democrático .....	207
<i>Vinicius Pinheiro Marques</i>	
<i>Ângela Issa Haonat</i>	
<b>EM DESTAQUE</b>	
13. Saneamento do processo no CPC/2015 .....	241
<i>Gelson Amaro de Souza</i>	
<b>JURISPRUDÊNCIA</b>	
14. Ementário do TJPR .....	273
Administrativo, 275	
Civil, 279	
Criminal, 283	
Processo Civil, 286	
Tributário, 289	
15. Súmulas do TJPR .....	293

# ANÁLISE



# O magistrado na sociedade – Reconhecer o verdadeiro papel do juiz constitucional na sociedade comum – O que efetivamente subsidiará as atividades judicantes?

**Miguel Kfoury Neto<sup>1</sup>**

Desembargador do TJPR

Nosso estimado amigo e colega ARIEL NICOLAI CESA DIAS encaminhou-me o tema sobre o qual versaria esta nossa conversa<sup>2</sup>: “O Magistrado na Sociedade – reconhecer o verdadeiro papel do juiz constitucional na sociedade comum – o que efetivamente subsidiará as atividades judicantes?”

Antes de mais, se, acaso, os meus estimados vitaliciandos esperam respostas lapidares, modelos perfeitos e acabados, verdades inquestionáveis, sinto decepcioná-los. Esta, mais que uma conversa, é uma provocação. Quem sabe, ao final, cada um de nós possa resumir, em breves linhas, qual seria o modelo ideal de magistrado. Referir-me-ei ao juiz estadual, de primeiro grau, esse que está no *front*, na trincheira, na linha de fogo – e de quem se espera a primeira decisão (que, na maioria das vezes, torna-se definitiva).

A rigor, o tema proposto poderia redundar numa bela dissertação de mestrado... Aqui e agora, procuraremos tão só elaborar um esboço, ideias lançadas – estou certo – em terreno fértil, os corações e mentes desses jovens juízas e juízes, que dentro em breve, na sequência normal da carreira, ditarão os destinos do Judiciário paranaense.

Busquei na estante algumas obras, selecionei passagens que entendo convidar-nos à reflexão e as trouxe para exame.

Na realidade, verifico existirem, nesse enunciado que nos foi proposto, no mínimo, cinco assuntos diferentes, a exigir abordagens também diferenciadas, peculiares a cada uma das indagações.

A primeira diz respeito ao *magistrado na sociedade*. Ontem, o juiz sempre sério, compenetrado, taciturno, sisudo, curvado sob o peso e gravidade da função – respeitado por trabalhar sem descanso, luz do escritório em sua casa acesa até altas horas, de quem se dizia, quando todos os homens usavam chapéu: “o juiz inspira tanto respeito que, quando se passa por ele e não se tira o chapéu, este sai sozinho da cabeça...”

Contemporaneamente, vemos um juiz, em regra, mais descontraído, jovem, menos austero, que não encara a enorme responsabilidade do cargo como um fardo, mas com a mesma seriedade, pois tem plena consciência do que a sociedade dele espera.

E no futuro? Como estabelecer diferentes modelos de atuação (cível, crime, família, juizados especiais, fazenda, infância e juventude, execuções penais, registros públicos, jurisdição eleitoral)? Em que se assemelham e em que medida se distanciam essas investidas específicas? É imprescindível o preparo prévio do juiz, para atuar em vara de família ou de infância e juventude, o domínio de conhecimentos básicos de psicologia, por exemplo? Juiz jovem, sem encargos familiares, no verdor da idade: até que ponto (e se) caminham juntos o amadurecimento pessoal e o exercício da função de julgar? Há necessária correlação entre ambos os fenômenos?

O saudoso ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, na introdução da coletânea por ele coordenada<sup>3</sup>, registra:

Como já tive oportunidade de assinalar, é bom que sonhemos. Mais que navegar, é preciso sonhar. Exercitar os ideais, usar a tecnologia dos novos tempos, aproximar o amanhã. Só assim teremos a Justiça segura, rápida e menos onerosa que buscamos, recordando que no centro de tudo está o Juiz, com suas grandezas e fraquezas, o homem feito à imagem e semelhança do Criador. Sonhar com o juiz do futuro, como sonhava Carpenter: ‘... cavalheiresco, hábil para sondar o coração humano, enamorado da ciência e da Justiça, ao mesmo tempo insensível às vaidades do cargo, arguto para

descobrir as espertezas dos poderosos do dinheiro, informado das técnicas do mundo moderno, no ritmo desta era nuclear, onde as distâncias se apagam e as fronteiras se destroem, onde, enfim, as diferenças entre os homens logo serão simples e amargas lembranças do passado.

Na sua coluna dominical no site *Conjur*, o desembargador Vladimir Passos de Freitas discorreu sobre o “Bom juiz Magnaud”, que viveu na França de 1848 a 1926<sup>4</sup>. Presidia um pequeno tribunal, distante de Paris, em Château-Thierry. Seus admiradores, ainda hoje, exaltam sua honra, interesse, vocação e uso da equidade nos julgamentos. Seus detratores, todavia, propalavam que Magnaud não respeitava as leis, era populista e excedia os limites da função judicial. Suas decisões formavam uma “*jurisprudência sentimental*”. Magnaud era clemente e atencioso com os fracos e humildes, enérgico e severo com os opulentos e poderosos. O desembargador Vladimir reproduz a advertência de Jean Cruët: “*quando o juiz se deixa levar pelo sentimento, a lide degenera em loteria, ninguém sabe como cumprir a lei, a coberto de condenações forenses.*” Algumas decisões de Magnaud podem ser consideradas premonitórias, avançadas no tempo, outorgaram direitos que somente muitas décadas depois seriam reconhecidos.

O autor exemplifica: “Vejam algumas decisões do juiz Magnaud, mas sempre com foco no contexto histórico. No fim do século XIX e início do século XX, a Justiça da França, e a do Brasil também, era muito mais rigorosa que nos tempos atuais.

Em 1º de abril de 1897, um cidadão, guarda particular, necessitando de uma certidão de boa conduta para ser confirmado como funcionário público, formula requerimento perante o prefeito. Este, por motivos pessoais, políticos ou privados, nega a certidão. A vítima dirige uma petição ao Tribunal Civil, pedindo indenização por danos patrimoniais e morais. Todavia, na França existe o Contencioso Administrativo e à Justiça Civil não cabe julgar os atos da administração. Magnaud concluiu de forma diversa. Reconheceu sua incompetência para mandar expedir a certidão. Mas, afirmando ser competente para decidir no aspecto civil, condenou o prefeito a pagar 500 francos de indenização.

Em 4 de março de 1898, ao julgar Luisa Ménard, que era ré confessa do furto de um pão de uma padaria, registrou Magnaud nos seus considerandos que ela tinha um filho de dois anos, que estava procurando emprego sem sucesso e que uma sociedade organizada deveria ter solução para alguém que não pode dar de comer ao seu filho. Assim, absolveu-a com base no artigo 64 do Código Penal, que fala em insanidade mental ou coação irresistível. Esta sentença, que teve imensa repercussão em toda a França, foi confirmada em grau de apelação.

Em 17 de junho de 1898, coube a Magnaud julgar um caso de violência de um padrasto contra uma enteada de apenas dois anos. Segundo a acusação, em 13 de março daquele ano, o pai desferiu na criança vários socos na cabeça e em outras partes de seu corpo, causando-lhe equimoses e feridas que sangravam no dia seguinte. Magnaud rejeitou as alegações da defesa, no sentido de que o agressor apenas exercia o seu direito de correção e educação, condenou-o a um ano de prisão e encaminhou a menor para a assistência pública. Na época o poder de pais e padrastos era absoluto e ferir menores era algo aceito pela sociedade e pelos tribunais.

Em 21 de junho de 1899, Magnaud sentenciou que um marido não pode desfrutar os produtos da sociedade conjugal se não suporta os ônus dela. Na França do século XIX o marido tinha total domínio sobre os bens da mulher, mesmo que esta os tivesse recebido por doação ou herança de sua família. Um cidadão, identificado como C, deixou seus bens em testamento para os seus netos e uma pensão de 1.400 francos para sua filha, que era casada com F. Este, alegando ser marido e administrador por lei dos bens de sua esposa, reclamou parte da pensão deixada, inclusive atrasados. Magnaud, contrariando a lei em vigor, decidiu que ele a nada tinha direito, porque, em 20 anos de casado, jamais se preocupou com a sorte de sua mulher.

Magnaud, magnânimo e inovador, com seus constantes apelos à equidade, serviria de paradigma para os magistrados? Em certa medida, sim. Todavia, e a inferência é óbvia, a postura imutável, para sempre beneficiar a parte economicamente mais fraca, nem sempre representa a justiça do caso.

A segunda indagação refere-se a “reconhecer o verdadeiro papel do juiz”. Qual seria esse conjunto de atividades? O juiz gestor de processos? O juiz que decide os conflitos? O juiz agente de transformação benéfica da sociedade? O juiz líder (líder de quem – dos servidores do foro, apenas?) Do quê – da atividade essencialmente forense – ou deveria espraiair sua liderança e valer-se da credibilidade ínsita ao cargo para motivar ações junto à sociedade, em busca do bem comum? Para quê – estimular sua equipe, para atingir a melhor qualidade possível no trabalho afeto ao Judiciário – ou ampliar essas fronteiras para além do serviço estritamente forense? O juiz gerente de linha de montagem, cujo produto final é a decisão?

Já em 1983, Sidnei Beneti, hoje ministro aposentado do STJ, afirmava que “o juiz deve ser encarado como um gerente de empresa, de um estabelecimento. Ter sua linha de produção e o produto final, que é a prestação jurisdicional”<sup>5</sup>.

Luiz Flávio Gomes elenca os diversos modelos de magistrados (positivista-legalista, alternativista, autoritário, técnico-burocrático e constitucionalista) e conclui: “O juiz constitucionalista tem consciência do seu natural engajamento político. Não aceita o discurso da ‘neutralidade’. É crítico. Pugna por um modelo democrático de Estado, tem consciência do valor da sua independência e possui profundo engajamento ético com a cultura dos ‘direitos e garantias fundamentais’.” Prega, por fim, o abandono do modelo técnico-burocrático, em prol do juiz constitucionalista – o juiz ideal do modelo democrático e independente<sup>6</sup>.

Terceira indagação contida no tema sugerido: o que vem a ser o *juiz constitucional*? Seria o juiz “*garantista*”, tão incensado, sobretudo pelos advogados criminalistas? Aquele que, por exemplo, levando a noção de *direitos fundamentais* às últimas consequências, diante das condições precárias de um presídio, não vendo atendidas suas solicitações de transferência dos presos ou reformas nas celas, põe em liberdade todos os encarcerados, independentemente dos crimes cometidos? Ou o juiz realista, que interpreta o direito à luz da realidade social? O juiz

Já são idos os tempos dos juízes que se limitavam a pôr fim às pilhas de processos que, dia a dia, se avolumam à sua frente

ativista, que decide à luz de uma norma inexistente, mas que ele próprio formula, para o caso concreto? Ou o juiz protagonista, inovador, independente, que julga observando a absoluta supremacia das normais constitucionais? O juiz que abandona o excessivo formalismo e se apega ao direito material, aos fatos, à realidade sócio-econômico-cultural, ao momento histórico? Aquele que abandona abstrações e pesquisa o direito da parte – e jamais se abala a espiolhar nulidades, a procurar formas de não conhecer desse direito? O juiz que simplifica, que despreza o hermetismo, a linguagem rebuscada, as estereis demonstrações de erudição, as dispensáveis citações de doutrina estrangeira, a utilização de teorias intrincadas para expressar conhecimentos simples, até simplórios?

A ministra Nancy Andrichi, ao prefaciá-la obra de Luiz Flávio Gomes<sup>7</sup>, em 1997, identificava *“a atual tendência de reconhecer no juiz não um mero aplicador de leis que, paulatinamente, perde a capacidade de se sensibilizar, mas, sim, um pacificador social, preocupado com o resultado de sua decisão e com a melhora da Instituição e, por fim, profundamente entrelaçado com o universo dos direitos e garantias fundamentais”*. E, mais à frente: *“Já são idos os tempos dos juízes que se limitavam a pôr fim às pilhas de processos que, dia a dia, se avolumam à sua frente. É chegado o tempo daqueles que, bravamente, defendem a Justiça, reconhecendo que é morosa e distante dos cidadãos e, sabedores das suas incontestes falhas, trabalham pela sua integração à sociedade e contribuem para a melhoria de toda a estrutura judicial.”*<sup>8</sup>

Quarta indagação: o que vem a ser *“sociedade comum”*? O conceito abrange todos os estamentos sociais? Onde e para qual sociedade o juiz deve atuar?

Todos sabemos que o juiz, ao longo da sua carreira, atua em sociedades (comunidades ou aglomerados urbanos) de pequeno, médio e grande porte. Como o juiz, que viveu toda sua vida na Capital, por exemplo, deve preparar-se para atuar na pequena cidade interiorana? Conhecer as máximas de experiência, os conhecimentos do senso comum, principalmente ligados à atividade econômica preponderante (zona agrícola, saber a época do plantio, da colheita, da entressafra, as peculiaridades relativas à mão de obra, do escoamento da safra, cotação

dos produtos, preço da arroba do boi, se a pecuária predominar, quanto custa um bezerro, quantas arrobas tem o boi ou a vaca, em idade de corte, interessar-se por detalhes que, cedo ou tarde, serão submetidos à sua cognição, a fim de dirimir controvérsias), a linguagem, as expressões idiomáticas regionais, até as peças do vestuário (saber o que é uma *guaiaca*, por exemplo, ou que a testemunha, tendo o crime ocorrido numa serraria, quando se refere a *fita* ou *circular*, está falando de tipos de serra elétrica, utilizadas no beneficiamento de madeira. Mas *circular*, em cidades do norte do Paraná, é a denominação dada ao transporte coletivo urbano...). Essas sociedades comuns, diferentes em costumes e, até mesmo, no que toca à organização urbana, exigem atuações distintas – juízes de entrância inicial, intermediária e final: modelos necessariamente diversos de contato com a sociedade na qual judica.

Quinto questionamento: “*subsídios efetivos à atividade judicante*”. Condições materiais à disposição do juiz, imprescindíveis ao bom exercício do seu trabalho. Subministrar aos jovens juízes normas deontológicas em consonância com os dias atuais. As recomendações usualmente transmitidas aos magistrados em início de carreira. Fazer com que o jovem juiz se sinta respaldado pelos colegas mais antigos, caso uma situação inusitada surja – e para a qual nem sempre dispomos de solução pronta e adequada. Recomendar aos magistrados, em início de carreira, a complementação da teoria, que já comprovaram possuir, ao longo de dificultoso concurso público, com boas práticas. Lembrar, sempre, a advertência de Tesheiner: “Uma boa teoria serve à prática; a prática, sozinha, serve ao caos.”

Nalini, ao abordar o tema da formação do juiz<sup>9</sup>, traça o perfil do *juiz ideal*, não sem antes questionar a própria existência de um *padrão de julgador, perfil idealizado*, que reflita expectativa de conduta *do solucionar institucional de conflitos*. O autor realça que a adoção de um paradigma talvez seja inviável – além do grande subjetivismo aí envolvido. Mesmo assim, Nalini indica características inerentes ao *bom juiz* – agrupadas em quatro vertentes: a técnica, a ético-institucional, a cívico-política e a humanista.

A vertente técnica relaciona-se ao preparo, à qualificação para o exercício adequado da função de julgar. Conhecer a ciência jurídica,

jamais deixar de estudar, atualizar-se, aperfeiçoar-se, ter o absoluto domínio do seu ofício de julgador. A distribuição da verdadeira justiça tornar-se-á, assim, opção de uma vida inteira. É necessário que o juiz tenha uma visão ampla do sistema.

O mesmo Nalini, em sua obra “Ética para um Judiciário transformador”<sup>10</sup>, observa que a ética do juiz não difere, essencialmente, daquela exigida nas demais profissões. Mas o exercício dos princípios éticos, na magistratura, deve ser levado ainda mais a sério. Propala-se a existência de uma nova ética – sem, contudo, dispensar o contexto das dezoito virtudes tradicionais, elencadas por André Comte-Sponville, importantes para o juiz e para todos os seres humanos: *polidez, fidelidade, prudência, temperança, coragem, justiça, generosidade, compaixão, misericórdia, gratidão, humildade, simplicidade, tolerância, pureza, doçura, boa-fé, humor e amor*<sup>11</sup>. Mas admite haver novo elenco de atributos que ingressam na formação da nova justiça – e, por que não dizer, dos novos juízes. Após, Nalini passa a enunciar o decálogo a ser observado pelos julgadores contemporâneos: I – Criatividade; II – Inovação; III – Liderança; IV – Produtividade; V – Excelência; VI – Eficiência; VII – Conectividade; VIII – Clareza; IX – Singeleza; X – Humildade.

I – *Criatividade* – A criação de uma nova ideia envolve quatro etapas: preparação, incubação, iluminação (clique, *insight*) e verificação. O excesso de decisões interlocutórias aumenta o desalento de quem confia na justiça. As práticas cartorárias (os fluxos, no TJ), praxes consolidadas e refratárias a alterações. A função do juiz é reduzir a carga de iniquidades, buscar fórmulas para se aperfeiçoar a prestação jurisdicional. O Judiciário deve participar da construção de uma nação justa, fraterna e solidária, abandonar o funcionamento arcaico e anacrônico. Para tanto, é necessário o envolvimento efetivo dos integrantes do Judiciário. O jurista – forçoso é convir – é fruto de uma formação superada. A busca de criatividade pressupõe formação multidisciplinar. O juiz deve dialogar, sempre, com seus servidores. Às vezes, o juiz se torna um *seven-eleven*, trabalhando incansavelmente das 7 da manhã às 11 da noite, sem grandes resultados quanto à produtividade. Por isso, deve substituir o excesso de trabalho por ideias que privilegiem a racio-

nalidade, o fluxo menos burocrático, que excluam o retrabalho – sem nunca esquecer que a menor distância entre dois pontos continua a ser uma reta.

Também, em nome da racionalidade no serviço, não deve o juiz se transformar no famigerado juiz *TQQ* – alusão jocosa àquele magistrado que comparece ao fórum somente às terças, quartas e quintas-feiras...

Criatividade e ousadia são conceitos conexos. O juiz deve olhar com interesse todas as etapas do trabalho judiciário e facilitar a vida de quem procura a tutela jurisdicional.

O juiz  
inovador é um  
apaixonado  
pelo seu  
trabalho

II – *Inovação* – O juiz brasileiro precisa perseguir a inovação. O caminho para a inovação é a criatividade. Sempre haverá um modo melhor de se fazer as coisas. Substituir a modelagem antiga por novos modelos. O juiz deve procurar ser um líder inovador. Dialogar com os servidores, motivar a todos para que apresentem ideias e sugestões inovadoras. O juiz inovador é um apaixonado pelo seu trabalho. No ano de 1992, em curso patrocinado pela Escola Nacional da Magistratura, realizado em Guaratuba, na nossa colônia de férias, o desembargador Kazuo Watanabe alertava para o fato de o Judiciário não poder ingressar no novo milênio como uma instituição desnecessária, posta em uma prateleira cada vez mais alta – e inacessível – da história. Para sobreviver no mundo cruel da competitividade, as empresas precisam inovar (lembrem o caso das eletrônicas japonesas e das americanas, do Vale do Silício). Cinco passos para o estabelecimento de estratégias de inovação: 1. Perceber e reconhecer as dificuldades, escolhendo por isso mudar (o povo está satisfeito com o Judiciário? Não. Temos que mudar. Aí começa o processo de inovação); 2. Entender a diferença entre *puxar* e *empurrar*, quando se trata de mudança. O juiz chama para si a responsabilidade de mudar (puxa); CNJ, ao fixar metas, dá um empurrão – e faz com que os juízes se movimentem. O juiz, então, é *empurrado*, ou forçado a mudar; 3. Estabelecer metas – não é preciso esperar que o CNJ fixe metas. O juiz tem condições de fixá-las para si e para sua equipe; 4. Prestar contas sobre o esforço de mudança –

ninguém chega sozinho ao êxito da inovação. Trabalho em equipe e aferição de resultados são inarredáveis; 5. Criar rituais para reforçar a mudança.

III – *Liderança* – Líder é um sonhador que tem um parafuso a mais. A vida é sonho (Calderón de La Barca). Walt Disney proferiu: “sonhar, acreditar, criar e fazer”. Devemos saber conciliar, no Judiciário, tradição e ousadia. Juiz precisa ser líder, líder criativo e inovador. Liderar a equipe da sua unidade judiciária – os servidores – mas buscar, ainda, o apoio dos advogados, Ministério Público, peritos... O líder deve ser positivo, enérgico, focado nos benefícios organizacionais, intelectual e analítico, planejador, comunicador, ético, honesto e provido de senso de humor. O líder deve ser um motivador. A liderança do juiz, no meio forense, logo será reconhecida pela comunidade. Há um *site* ([www.cursos24horas.com.br](http://www.cursos24horas.com.br)) com a opção de curso de chefia e liderança. Ensina e estimula a motivar sua equipe.

IV – *Produtividade* – perseguir o escopo da duração razoável do processo. Quanto tempo deve durar uma ação de usucapião? E de reparação de danos? E de cobrança? E a reintegração de posse? Seria possível fixar durações médias e razoáveis, desde que não surjam intercorrências outras, para cada espécie de demanda?

V – *Excelência* – Excelência (não é o pronome de tratamento...) em crescimento pessoal, em aperfeiçoamento contínuo de suas habilidades. Todos devem investir nos seus talentos – e o juiz mais do que ninguém.

VI – *Eficiência* – é a capacidade de uma causa produzir um efeito. *Eficiência* é a produção do máximo de resultado com o mínimo de dispêndio. *Eficácia* é a segurança do bom resultado. *Efetividade* é a capacidade de atingir o efeito real. Existe uma intensificação nos resultados eficientes. O resultado há de ser obtido do modo menos oneroso.

VII – *Conectividade* – O juiz moderno deve estar conectado, valer-se de todos os recursos da informática, da internet, mídias sociais, blogs, correio eletrônico, apps – tudo, mediante utilização racional e responsável, transforma-se em ferramentas úteis para várias finalidades, no Judiciário.

VIII – *Clareza* – Linguagem clara e acessível. Escorreita, mas sem rebuscamento. O juiz deve ler e reler o que escreve. Evitar lugares-comuns. Adotar estilo límpido e de fácil compreensão. Ser direto. Referir-se às pessoas pelos prenomes – e não pela repetição enfadonha de requerente/requerido, noticiante/noticiado, querelante/querelado, autor/réu.

IX – *Singeleza* – A simplicidade é uma grande virtude. Reduzir desperdício de tempo, simplificar fórmulas, adotar a cultura da singeleza, tornar mais simples, mais singelo, o que não deve ser necessariamente complexo. Longas citações de autores estrangeiros (no idioma de cada um!) devem ser evitadas. Assim como a reprodução de dezenas de ementas (quando a citação de um ou dois precedentes paradigmáticos, em síntese, já bastaria). Jamais complicar quando se pode ser simples.

X – *Humildade* – Ser humilde é ter noção de suas próprias limitações. Não se confunde com servilismo, submissão ou covardia. Devemos ser o que somos. Nem mais, nem menos. Jamais ter constrangimento em sanar alguma dúvida com um servidor (que, quanto ao assunto em questão, pode ter carga de conhecimentos superior à do juiz). Repelir o autoritarismo, a soberba e a onipotência. Viver dignamente e tratar a todos com dignidade. Leveza e humor, gerenciar o estresse, tirar férias verdadeiras. Vez por outra, espairecer.

Para concluir, o juiz, não há dúvida, cumpre papel relevantíssimo na sociedade contemporânea – que vai muito além da mera atividade relacionada ao ato de impulsionar e decidir litígios.

Decisões tempestivas e repassadas do mais elevado senso de justiça fazem com que o destinatário da jurisdição, mais e mais, reconheça a enorme importância de um Poder Judiciário independente e apto a cumprir seu papel constitucional.

Do magistrado atual espera-se a apreensão de múltiplos conhecimentos, para além do Direito. Mas, sobretudo, espera-se que o juiz dos nossos dias sinta a pulsação da sociedade e saiba dar respostas adequadas, no âmbito de nossas múltiplas atribuições, às expectativas daqueles que têm, no Judiciário, sua derradeira esperança.

Em suma, dar tudo de si para que o **povo sempre confie em seus juízes.**

## Notas

1. Miguel Kfouri Neto. Desembargador do TJPR. Professor dos Cursos de Graduação, Especialização e Mestrado em Direito do UniCuritiba – e da Escola da Magistratura do Paraná. Mestre e Doutor, concluiu Pós-Doutorado (especialidade: Ciências Jurídico-Civis) junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
2. Texto básico da palestra ministrada aos juízes vitaliciandos do Estado do Paraná, em Foz do Iguaçu (setembro/2015).
3. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O juiz*, p. 7.
4. FREITAS, Vladimir Passos de. O bom juiz Magnaud. Segunda Leitura, *Conjur*, 08.3.2009.
5. BENETI, Sidnei Agostinho. *A conduta do juiz*, p. 12.
6. GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura...*, p. 161-162.
7. GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão...*, p. 7.
8. Ob. cit., p. 8.
9. NALINI, José Renato. *Formação jurídica*, p. 123.
10. NALINI, José Renato. *Ética para um Judiciário transformador*. São Paulo: RT, 2011.
11. NALINI, José Renato. Ob. cit., p. 10.

## Referências

- AMORIM, Edgar Carlos de. *O juiz e a aplicação das leis*. 2. ed. Rio: Forense, 1992.
- ANDRADE, Lédio Rosa de. *Introdução ao direito alternativo brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- ATAÍDE JR., Vicente de Paula. *O novo juiz e a administração da justiça*. Curitiba: Juruá, 2006.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria. *El control democrático del Poder Judicial en España*. Curitiba: Moinho do Verbo Ed., 1999.
- BENETI, Sidnei Agostinho. *Da conduta do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Código de Ética da Magistratura*, 2008.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. (Trad.: Maria Luiza de Carvalho) 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: RT, 1997.
- MOURA BITTENCOURT, Edgard de. *O juiz*. Campinas: Millenium, 2002.
- NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: RT, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Ética para um Judiciário Transformador*. São Paulo: RT, 2011.

- \_\_\_\_\_. *Ética geral e profissional*. São Paulo: RT, 1997.
- \_\_\_\_\_. (Coord.) *Curso de Deontologia da Magistratura (VV.AA.)*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- \_\_\_\_\_. *A Rebelião da Toga*. Campinas: Millenium, 2006.
- \_\_\_\_\_. (Coord.) *Formação jurídica (VV.AA.)*. São Paulo: RT, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Recrutamento e preparo de juízes*. São Paulo: RT, 1992.
- ROSA, Eliézer. *A Voz da Toga*. 3. ed. Goiânia: AB Ed., 1999.
- SILVA, Octacílio Paula. *Ética do magistrado à luz do direito comparado*. São Paulo: RT, 1994.
- STUMPF, Juliano da Costa. *Poder Judiciário: morosidade e inovação*. Dissertação de Mestrado – FGV-Rio. Porto Alegre: TJRS, 2008.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) *O juiz – Seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo (VV.AA.)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- VIEIRA, José Luiz Leal. *Um novo desafio para o Judiciário: o juiz líder*. Dissertação de Mestrado – FGV-Rio. Porto Alegre: TJRS, 2008.



# DOCTRINA



## Os novos embargos de declaração

**Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>1</sup>**

Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP

FINALMENTE, ENTROU EM VIGOR O NCPC em 18 de março de 2016. Pode-se dizer que se trata de um código que, em muitos pontos, apenas respondeu às necessidades que vinham sendo sentidas pelo operador do direito. Um desses pontos é justamente a disciplina dos embargos de declaração.

O novo Código esclarece a dúvida que chegou a existir à luz do CPC/1973 e diz claramente serem cabíveis embargos de declaração contra todo e qualquer pronunciamento do juiz, seja decisão interlocutória, sentença, decisão de relator, de órgão colegiado etc. Pode-se afirmar ser recurso interponível até mesmo de pronunciamento desprovido de conteúdo relevantemente decisório. O legislador de 2015, assim, corrigiu imperfeição do art. 535, I, CPC/1973, que se referia tão somente à sentença e ao acórdão como pronunciamentos suscetíveis de serem impugnados por meio dos embargos de declaração.

Sabe-se, quanto aos recursos em geral, que a noção de interesse de agir liga-se à sucumbência. No entanto, considerando-se as características peculiares dos embargos de declaração, não existe necessidade de que a decisão impugnada tenha gerado, para o recorrente, gravame ou prejuízo.

Todos aqueles a quem a decisão atinge, direta ou indiretamente, podem apresentar os embargos de declaração: réu, autor, assistentes simples ou litisconsorciais, o Ministério Público etc. Com efeito, os embargos de declaração servem para *revelar* decisão que já deveria ter sido proferida antes. Assim, e por isso, até mesmo o vencedor tem *interesse* em que a decisão seja clara, completa e não contraditória. O interesse em recorrer, no caso dos embargos, não nasce da sucumbência.

Os embargos de declaração eram, e continuam sendo, recurso de *fundamentação vinculada*, o que significa dizer que só podem ser interpostos nas expressas situações previstas em lei. As hipóteses de cabimento foram expressamente alargadas, para que se passasse a admitir os embargos em hipóteses em que a jurisprudência dominante já vinha admitindo.

Cabiam e continuam cabendo quando há *obscuridade* ou *contradição*. Diz-se que a decisão é obscura quando não se pode compreender o sentido do que foi decidido. Há casos em que a obscuridade é tamanha que leva à impossibilidade de obediência à ordem judicial. A obscuridade pode estar no relatório, na fundamentação ou na parte decisória propriamente dita; ou, ainda, na relação entre estes elementos.

A decisão *contraditória* é a que contém elementos racionalmente inconciliáveis. A contradição, desta forma, confunde-se com a incoerência interna da decisão. Da mesma forma que a obscuridade, a contradição interna pode estar no relatório, na fundamentação, na parte decisória propriamente dita, ou, ainda, na relação entre estes elementos.

Há também a contradição externa, que ocorre quando o conteúdo do acórdão e sua respectiva ementa são incoerentes entre si. Ainda, fala-se em contradição entre o teor dos votos proferidos e o teor do acórdão. Por outro lado, a contradição que porventura exista entre a decisão e os *elementos do processo* não enseja a interposição de embargos de declaração.

A hipótese mais frequente de interposição dos embargos de declaração, todavia, é a *omissão*. Ocorre omissão quando faltam quaisquer elementos essenciais à decisão (relatório, fundamentação e parte decisória propriamente dita). Pode haver omissão em apenas um dos capítulos da decisão. A interpretação conjunta das regras contidas no art. 489 e § 1º do art. 943 do NCPC nos leva a afirmar que a ausência da ementa também é vício que enseja a interposição de embargos de declaração. Voltaremos a este tema mais à frente.

A norma expressa do NCPC indica que a omissão pode dizer respeito a ponto ou questão “sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento”. Andou bem o NCPC, a nosso ver de maneira muito positiva, ao acrescentar as matérias sobre as quais o *juiz deveria*

*ter-se manifestado de ofício*, encerrando discussões havidas em relação ao texto do CPC/1973, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a respeito da possibilidade de o juiz conhecer de *matéria de ordem pública* no bojo dos embargos de declaração, ainda que não tenha relação alguma com a matéria impugnada.

O fato de os embargos de declaração terem efeito devolutivo restrito levantou a questão a respeito de ser ou não possível o órgão julgador conhecer de uma nulidade, sem que esta tivesse sido abrangida pelos limites do efeito devolutivo em sua dimensão horizontal (= o que se impugnou) do recurso de embargos de declaração. À luz do CPC/1973 isto já era possível, segundo a jurisprudência dominante<sup>2</sup>, e, agora, o NCPC expressamente admite essa hipótese, de forma a realizar, de modo inequívoco, o princípio da economia processual.

**Quando o juiz resolve o caso à luz de um conceito vago, seu dever de fundamentação é mais denso**

Os vícios da *obscuridade* e da *contradição* são normalmente defeitos internos à decisão, salvo quando a hipótese for de haver contradição entre *acórdão* e *ementa*. É claro, como dissemos, que a falta de qualquer dos elementos da decisão – relatório, fundamentação ou parte decisória propriamente dita – caracteriza-se como omissão para fins de interposição dos embargos de declaração. Porém, no que diz com a omissão relativa às matérias sobre as quais o juiz deve se manifestar a requerimento das partes, o NCPC traz norma analítica, no tocante à forma como a decisão judicial deve ser fundamentada, que merece abordagem específica.

Sabe-se que o relatório é parte integrante da fundamentação da decisão. É, em verdade, uma espécie de “pré-fundamentação”, visto que é o relatório que imprime sentido à fundamentação da decisão. Assim, sua ausência ou incompletude gera nulidade, passível de ser corrigida com a interposição dos embargos declaratórios<sup>3</sup>.

Há três espécies de vícios intrínsecos das sentenças ligados à fundamentação, que, a bem da verdade, se reduzem a um só, em última análise: (i) ausência de fundamentação; (ii) deficiência de fundamentação; e (iii) ausência de correlação entre fundamentação e decisório.

As três espécies, de rigor, se reduzem à *ausência de fundamentação*, vício que gera a *nulidade da sentença ou da decisão*. Esse entendimento realiza de forma plena a garantia constitucional de que as decisões judiciais devem ser *motivadas*.

O art. 489, § 1º, do NCPC, que trata da fundamentação da decisão judicial, estabelece os requisitos mínimos, uma espécie de *standard* mínimo de qualidade da fundamentação, sem o qual a decisão se considera *não fundamentada*. Essa norma endossa a concepção acima referida – desde há muito temos sustentado ser correta – no sentido de que *sentença inadequadamente fundamentada é sentença não fundamentada*.

O § 1º do art. 489 estabelece, em seis incisos, hipóteses em que *não se considera fundamentada qualquer decisão judicial*. Trata-se de fundamentação juridicamente inexistente. Diz, por exemplo, ser necessário que se expliquem os *motivos* pelos quais o magistrado elegeu determinada norma para aplicar ao caso concreto, não bastando que indique a lei. Trata-se, evidentemente, de exigência que há muito existe, à luz da Constituição Federal. Não basta mera referência à lei aplicada, deve-se explicar porque é aquela a lei que incide no caso concreto. A mesma exigência apresenta-se, e de forma mais intensa, quando da aplicação de *conceitos jurídicos indeterminados*: deve o magistrado demonstrar o liame entre a *norma eleita* e o *caso concreto*. E isso se torna mais agudamente necessário justamente porque o emprego de *conceitos vagos* ou *indeterminados* enseja discussões a respeito de sua correta interpretação no contexto dos casos concretos. São conceitos que não dizem respeito a objeto fácil, imediato e prontamente identificável no mundo dos fatos. Assim, quando o juiz resolve o caso à luz de um conceito vago, seu dever de fundamentação é mais denso.

Esses conceitos frequentemente aparecem na formulação de dispositivos legais, de *princípios jurídicos* e de *cláusulas gerais*. Conceitos vagos são aqueles sobre cujo real sentido se discute, pois não são precisos. São, por exemplo, expressões como “meios de comunicação idôneos” ou “bom pai de família”. “Cláusulas gerais” são normas jurídicas verbalmente formuladas com o uso de conceitos vagos e fortemente carregadas de peso axiológico, como, por exemplo, a “função social da propriedade”. Princípios jurídicos são normas jurídicas, também de

formulação verbal aberta, que podem ou não estar positivadas, como, por exemplo, o princípio da isonomia.

As *cláusulas gerais*, ao lado dos *princípios jurídicos* e dos *conceitos vagos*, são elementos característicos do direito contemporâneo, que estão cada vez mais presentes nos textos das leis e nas discussões jurídicas. São *poros*, através dos quais o direito se comunica com a realidade. Um direito com estas feições, como é o direito brasileiro, pretende abranger a realidade que há hoje e a que está por vir, integrando um sistema aberto e flexível, desempenhando o papel de *janela aberta* para a mobilidade social e para a velocidade com que as coisas ocorrem no mundo de hoje. São técnicas que, a rigor, devem ser mescladas com as técnicas tradicionais do nosso sistema, equilibrando assim o grau de insegurança trazido pela aplicação dessas técnicas, admissível num certo grau que não resulte em convulsão social.

Essa incerteza, concretizada em decisão de conteúdos absolutamente diferentes, gera a reflexão sobre qual deve ser o real alcance dessas cláusulas. E nesse cenário, a *qualidade da fundamentação da decisão judicial ganha relevo*, pois a relação da norma aplicada ao caso concreto não se revela com a mera leitura da lei.

Considera-se também *omissa* a decisão que não faz alusão à tese firmada em julgamento de casos repetitivos, ou seja, incidente de resolução de demandas repetitivas ou recursos especial e extraordinário julgados no regime do art. 1.036 do NCPC, ou em incidente de assunção de competência “aplicável” ao caso sob julgamento. Com o termo *aplicável*, o NCPC faz referência à necessidade de que os precedentes sejam respeitados, dando força mais expressiva à jurisprudência consolidada nos tribunais e a certos precedentes especificamente referidos na lei cujo respeito é obrigatório.

Ademais, e é impossível deixar de perceber isso, o legislador trata a decisão judicial proferida nessas circunstâncias como regra jurídica que deve (ou não) ser “aplicada”, usada, para decidir o caso concreto. Fica evidente o reconhecimento por parte do legislador de 2015 da *força criativa da jurisprudência*.

Outro entendimento já consolidado na jurisprudência à luz do Código de 1973 é a possibilidade da interposição dos embargos de

declaração para a correção de *erro material*<sup>4</sup>, que agora é norma expressa.

Considera-se *erro material* todo erro evidente, no sentido de ser facilmente verificável por qualquer *homo medius* e que, obviamente, não tenha correspondido à intenção do juiz. Em havendo qualquer dificuldade em demonstrar a percepção do erro, este descaracteriza-se como erro material, e como tal não pode ser corrigido por mera petição ou pela interposição de embargos de declaração.

O prazo para interposição dos embargos declaratórios foge à uniformização dos prazos recursais trazidas pelo NCPC e é de cinco dias, conforme *caput* do art. 1.023 do NCPC. Os embargos não se sujeitam a preparo, uma vez que são recurso voltado a corrigir decisões ditas *defeituosas*. Ou seja, as partes têm direito à prestação jurisdicional clara, completa e não contraditória e sem erros materiais. Portanto, com os embargos de declaração, a parte obtém, do Judiciário, decisão que deveria ter sido proferida desde o início. Logo, não faria sentido sujeitar a interposição dos embargos de declaração ao recolhimento de preparo.

O magistrado deve, também, segundo o que já se decidia na jurisprudência à luz do CPC de 1973, proporcionar ao embargado a possibilidade de responder ao recurso, quando os embargos forem daqueles capazes de gerar alteração da decisão. Desta exigência já tinha se apercebido tanto a doutrina como a jurisprudência do CPC/1973<sup>5</sup>.

A bem da verdade, os embargos de declaração não têm vocação de gerar alteração da decisão impugnada, tendo em vista que uma vez corrigidas as contradições, esclarecidas as obscuridades, feitas as necessárias complementações, corrigidos os erros materiais e conhecidas as matérias de ordem pública, tem-se a decisão como deveria ter sido originalmente proferida. Portanto, os embargos não têm, como regra, o condão de modificar a decisão recorrida. Contudo, em alguns casos esse efeito pode ocorrer, *excepcionalmente*.

Em nosso entender são três as situações em que os embargos de declaração podem ter efeito modificativo ou infringente: (i) quando o efeito modificativo for efeito secundário decorrente das hipóteses comuns de cabimento dos embargos de declaração<sup>6</sup>; (ii) quando houver correção de *erro material*; ou ainda (iii) quando for o caso de decreta-

ção de *nulidade absoluta*, de ofício ou a requerimento das partes, formulado nos próprios embargos declaratórios. Nesses três casos, necessariamente, deve haver contraditório, levando-se em conta a nova lei e a posição que já prevalecia nos tribunais concernente ao CPC de 1973.

O NCPC encerra discussões levantadas na jurisprudência atual a respeito de, quando houver embargos de declaração da decisão do relator, este decidir monocraticamente ou levar o julgamento ao órgão colegiado (art. 1.024, § 2º). A jurisprudência majoritária se firmou, de acordo com o CPC de 1973, a nosso ver, equivocadamente, no sentido de os embargos deverem ser decididos pelo órgão colegiado<sup>7</sup>.

Outro problema que o NCPC resolve, com o disposto no § 3º, é a tendência, no nosso entender equivocada, da jurisprudência que se formou no sentido de não se considerarem cabíveis os embargos de declaração contra decisões monocráticas proferidas pelos tribunais superiores<sup>8</sup>. Nesse sentido, por entender que só são cabíveis os embargos de declaração de decisões colegiadas e, portanto, recebendo os embargos de declaração como agravo regimental, são as decisões: STF, EDcl no ARE 779.621/CE, 2ª T., j. 10.12.2013, v.u., rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 03.02.2014, e STJ, EDcl no REsp 764.303/DF, 6ª T., j. 19.09.2013, v.u., rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, *DJe* 27.09.2013.

Na verdade, o *caput* do art. 1.022, no sentido de que cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial, deveria ser a solução para esta situação. No entanto, apesar de não ser a melhor solução aquela encontrada pelos tribunais superiores de *converter* os embargos de declaração em agravo interno, o que corriqueiramente acontecia quando em vigor o CPC de 1973 era a não admissão do recurso por ausência de preenchimento dos requisitos próprios do agravo (impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada). Assim, andou bem o legislador de 2015 quando concedeu prazo de cinco dias ao recorrente para que adequasse os requisitos do recurso em que se transformará (art. 1.024, § 3º).

**Considera-se erro material todo erro evidente, no sentido de ser facilmente verificável por qualquer *homo medius* e que não tenha correspondido à intenção do juiz**

Há regras, no NCPC, com a nítida finalidade de combater tendência jurisprudencial, no nosso sentir equivocada, que se consolidou na direção de considerar *precoce* o recurso principal interposto quando a parte contrária anteriormente interpôs embargos de declaração, devendo o recurso principal, para ser conhecido, ser ratificado<sup>9</sup>. Evidentemente, porém, se o julgamento dos embargos de declaração não alterar a conclusão do julgamento anterior, ou se os embargos forem rejeitados, não há razão em se exigir *ratificação* das razões do recurso ou a sua complementação (art. 1.024, § 5º).

Há um outro ponto em que o NCPC transformou em letra da lei tendência que durante muito tempo predominou na jurisprudência do STF. O novo regime dos embargos de declaração torna *dispensável* a volta do processo à instância *a quo* quando houve embargos de declaração não admitidos ou rejeitados no mérito, caso, segundo o tribunal *ad quem*, os embargos devessem ter sido admitidos e providos. Neste caso, os elementos que deveriam, conforme o recorrente, integrar a decisão, pois eram imprescindíveis para a configuração da questão federal ou da questão constitucional (prequestionamento), serão considerados “fictamente” integrantes do acórdão.

Em vigor o CPC de 1973, ocorria com frequência que a primeira ofensa à lei que dava ensejo à interposição de recursos especial fosse justamente a não supressão da omissão por embargos de declaração no tribunal *a quo*. Em seguida, no próprio recurso especial, formulava o recorrente outro pedido, decorrente da ilegalidade da decisão de mérito proferida pelo 2º grau de jurisdição. Frequentemente o STJ determinava o retorno dos autos ao tribunal *a quo* para que este suprisse a omissão, ficando prejudicado o resto do recurso. Uma vez suprida a lacuna, deveria manejar-se outro recurso especial, agora reiterando o pedido de correção da ilegalidade da decisão de mérito<sup>10</sup>.

O STF, a seu turno, usualmente não determinava a volta do processo ao juiz *a quo*, tendendo a decidir no sentido de considerar suficiente a iniciativa da parte em interpor o recurso de embargos de declaração (o STF entende que é possível, por meio da sua Súmula 356, prequestionar fictamente acórdão: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso ex-

*traordinário, por faltar o requisito do prequestionamento*”). Esta última tendência foi prestigiada pelo legislador de 2015.

A regra trazida pelo NCPC diz respeito principalmente à hipótese de *omissão*, embora possam-se, em tese, configurar hipóteses em que seja possível ao tribunal superior ter por “corrigida” a contradição ou a obscuridade, sem determinar a volta dos autos. A lei diz: “consideram-se *incluídos*” (g.n.). Todavia, é claro que se trata de uma *possibilidade*. O órgão *ad quem* age como se estivesse dando provimento aos embargos, considerando que o embargante de declaração tem direito àquilo que pede, quando isso for possível, materialmente, não gerando prejuízo.

Então, por exemplo, no acórdão de 2º grau não há menção à questão de ser caso de intervenção do MP. As partes discutiram sobre este ponto, mas no acórdão o tribunal decidiu o mérito sem tocar na questão. Nos embargos, pleiteia-se que o tribunal se manifeste expressamente sobre não se ter determinado a intimação do MP. Embargos rejeitados, tem o tribunal *ad quem* plenas condições de julgar o recurso especial aplicando o dispositivo ora comentado. Nem sempre, entretanto, isso acontece.

O novo dispositivo também diz respeito a matéria fática: o art. 1.024, § 4º, menciona *elementos*. Hoje não mais se discute que os recursos excepcionais também se prestam para a correção da subsunção, ou seja, da *adequação* da solução jurídica encontrada à situação fática retratada no processo. Os tribunais superiores, de fato, não reveem provas, mas reveem fatos, na medida em que estejam *descritos* no acórdão impugnado. O encarte desacertado dos fatos no quadro normativo leva a uma solução desacertada, e isto pode ser corrigido pelos recursos excepcionais, porque se trata de *quaestio iuris*.

O encaixe dos fatos sob a norma, ou seja, o processo dito subsuntivo ou de qualificação dos fatos, consiste em matéria essencialmente jurídica. Se o processo de qualificação se dá de modo equivocado, tudo o que se lhe segue equivocado será.

Em outros termos, se a função do recurso especial e do recurso extraordinário é fundamentalmente a de verificar a existência de ilegalidades e inconstitucionalidades, e todos os casos em que os fatos foram *qualificados* erradamente, tendo-se-lhes aplicado norma diferente da

quela que, na verdade, deveria ser aplicada, *deveriam* ser reavaliados pelos tribunais superiores no bojo desses recursos. Mas o erro ou o acerto na aplicação da lei não pode ser avaliado, se se desconhecem os fatos sobre os quais foi aplicada.

O conhecimento dos fatos acerca dos quais versa a decisão pode ocorrer de dois modos. *Ou se conhece dos fatos por meio da descrição que deles há na própria decisão – e é só esse o modo por meio do qual se permite levar os fatos aos tribunais superiores em recurso especial ou extraordinário – ou por meio da análise das provas que constam dos autos.*

Julgando o recurso especial ou o recurso extraordinário, a ilegalidade ou a inconstitucionalidade consistente na solução normativa ter sido “escolhida” equivocadamente só pode ser corrigida se compararem os *fatos tais quais descritos na decisão sob foco com a solução normativa que se deu àqueles fatos naquela mesma decisão.* Essa é a regra geral, com algumas peculiaridades (e que sofreu algumas *variações* de significado ao longo da história do nosso direito).

Embora a reavaliação da subsunção seja, em si mesma, uma questão de direito, quando, para reavaliá-lo seu erro ou o seu acerto, precisa o tribunal obter dados que não constam expressamente da decisão proferida pelo órgão *a quo*, mas dos autos, diz-se, *tecnicamente*, que se está diante de uma questão de fato. Essa é a razão que leva a que a parte possa, *por meio dos embargos de declaração*, pedir que se *complete* a descrição do quadro fático que ficou comprovado nos autos, para provocar em REsp ou em RE a reavaliação do processo subsuntivo. Pedindo o embargante que se coloquem fatos 1, 2 e 3 no acórdão recorrido e respondendo o tribunal *a quo* que a referência a esses fatos não é relevante para se avaliar o acerto da decisão, pode o tribunal superior, se preenchidos os demais pressupostos, *considerar incluídos no acórdão* os fatos 1, 2 e 3.

Finalmente, a lei esclarece que os embargos de declaração são desprovidos de efeito suspensivo. O efeito suspensivo dos embargos de declaração era um problema que, à luz do CPC de 1973, gerava acirradas discussões na doutrina com os naturais reflexos na jurisprudência dos tribunais superiores, agora resolvidos pelo novo Código.

A expressão *efeito suspensivo* é, de certo modo, equívoca, porque se presta a fazer supor que só com a interposição do recurso *passem* a ficar

tolhidos os efeitos da decisão, como se *até esse momento* estivessem eles a manifestar-se normalmente. Mas, rigorosamente, mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato *ainda* ineficaz, e a interposição apenas *prolonga* semelhante ineficácia.

A ausência de efeito suspensivo dos recursos está cada vez mais presente nos códigos de processo civil modernos, sendo marcada a tendência a ampliarem-se as exceções à regra de que, normalmente, os recursos devem ser recebidos em ambos efeitos. A bem da verdade, admitirem-se recursos *sem efeito suspensivo* é decorrência necessária da autoridade que se deve atribuir desde logo às decisões do Estado.

Mesmo em relação aos recursos que têm efeito suspensivo, a regra não é absoluta e a situação pode ser manipulada pelas partes. Pense-se no exemplo da apelação. O *caput* do art. 1.012 é inequívoco ao afirmar que a apelação terá efeito suspensivo, porém o disposto no § 1º possibilita que em certas hipóteses algumas sentenças produzam efeito imediatamente, bem como o § 4º ressalva que em casos de risco de dano grave ou difícil reparação a eficácia poderá ser suspensa. Esse exemplo demonstra que as partes conseguem manipular os efeitos das decisões, de forma a fazer com que produzam efeito imediatamente (nos casos em que a lei prevê o contrário) ou deixem de produzir efeitos quando normalmente – de acordo com a literalidade da lei – produziriam.

No entanto, o tipo de efeito suspensivo que os embargos podem ter não equivale ao da apelação, como dissemos. Trata-se de outra espécie de efeito suspensivo. Existem recursos que realmente fazem cessar os efeitos que *já estão ocorrendo no plano dos fatos*.

É o efeito que decorre da *interposição do recurso* somada a um *pedido da parte* nesse sentido e faz com que cesse a eficácia da decisão, como acontece quando da interposição de agravo de instrumento. A ineficácia decorre da decisão de provimento do agravo, diferentemente da apelação, que apenas *prolonga* o estado de ineficácia que já existia antes da interposição do recurso.

**A ausência de efeito suspensivo dos recursos está cada vez mais presente nos códigos de processo civil modernos**

No caso do efeito suspensivo do agravo de instrumento, caso este seja improvido, a decisão volta a produzir os efeitos que produzia antes. A decisão sujeita a apelação que tenha efeito suspensivo, só por isso já não produz efeitos; a decisão sujeita a agravo produz efeitos desde logo, que cessam, se houver interposição do recurso *somada a pedido expresso de cessação de efeitos* que seja deferido.

Por fim, importa repisar aqui que esse efeito de cuja incidência se está cogitando nada tem a ver com a interrupção do prazo para os demais recursos, gerada pela interposição dos declaratórios: salvo no caso de inadmissibilidade dos embargos de declaração por *intempestividade*, os embargos de declaração interrompem o prazo para interposição dos demais recursos, para ambas as partes, seja qual for seu intuito. Isso porque a intempestividade é considerada uma *causa diferenciada* de inadmissibilidade do recurso, tendo em vista os critérios objetivos em que se baseia. Nos demais casos de inadmissibilidade, ainda mais quando se trata de recurso de fundamentação vinculada, a avaliação da inadmissibilidade envolve inevitável dose de subjetividade, implicando o exame, ainda que superficial, do mérito. E no caso da intempestividade, é certo que esta pode ser verificada independentemente de fatores subjetivos.

Julgados os embargos, *ambas* as partes terão o *prazo por inteiro* para interporem os demais recursos. Entretanto, isto não se aplica ao prazo que tem a parte contrária para embargar de declaração. Ou seja, para a interposição dos embargos de declaração, o prazo é *comum* para ambas as partes. Porém, uma vez julgados os embargos, é claro que as partes podem embargar de declaração, agora da nova decisão.

No entanto, parcela da doutrina e da jurisprudência adota posição mais liberal e, como a parte não pode ser prejudicada diante da *dúvida objetiva*, deve prevalecer sempre a interpretação que mais favoreça o recorrente.

A lei se refere expressamente às razões que justificariam o pedido da parte no sentido de se atribuir efeito suspensivo aos embargos declaratórios: (i) probabilidade de provimento do recurso somado ao risco de dano grave ou de difícil reparação; ou (ii) fundamentação relevante. O primeiro caso envolve justamente os pressupostos típicos das providências de natureza cautelar, e, neste ponto, remetemos o leitor aos

comentários aos arts. 305 e seguintes do NCPC. Por fundamentação relevante considera-se, por exemplo, a real impossibilidade de cumprimento da decisão, dada a gravidade do vício (omissão, contradição ou obscuridade) que a macula; outro exemplo de fundamento relevante é quando por meio dos embargos de declaração a parte pleiteia a integral reforma da decisão (como consequência natural de uma das hipóteses legais de interposição do recurso ou como resultado do reconhecimento de um vício ligado à matéria de ordem pública).

Uma análise geral das alterações trazidas pelo NCPC no que diz respeito aos embargos de declaração revela, inequivocamente, que os novos embargos são melhores do que os do CPC de 1973, já que a nova disciplina sepulta antigas discussões e atribui a este recurso um potencial mais visível de gerar maior rendimento para o processo.

## Notas

1. Teresa Arruda Alvim Wambier. Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora Visitante na Universidade de Cambridge – Inglaterra (2008, 2011 e 2015). Professora Visitante na Universidade de Lisboa (2011). Diretora de Relações Internacionais do IBDP. Vice-Presidente do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Executive Secretary General da International Association of Procedural Law. Membro Honorário da Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile. Membro Honorário do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro do Instituto Panamericano de Derecho Procesal, do Instituto Português de Processo Civil, da Academia de Letras Jurídicas do Paraná e São Paulo, do IAPPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM. Membro do Conselho Consultivo da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná – CAMFIEP. Membro do Conselho Consultivo RT (Editora Revista dos Tribunais). Coordenadora da Revista de Processo – RePro, publicação mensal da Editora Revista dos Tribunais. Advogada.
2. A orientação predominante do STJ já era no sentido de que o juiz ou o Tribunal deve conhecer de matéria de ordem que não tenha sido objeto dos embargos de declaração, de ofício ou por provocação das partes (STJ, EDcl no AgRg no REsp 982.011/SC, 6ª T., j. 19.09.2013, v.u., rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, *DJe* 27.09.2013; STJ, REsp 1.225.624/RJ, 2ª T., j. 18.10.2011, v.u., rel. Min. Castro Meira, *DJe* 03.11.2011; STJ, AgRg no REsp 1.103.473/RS, 5ª T., j. 14.06.2011, v.u., rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 28.06.2011).

3. STJ, REsp 101.845/RJ, 3ª T., j. 24.06.1997, v.u., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 22.09.1997.
4. STJ, EDcl no REsp 1.273.643/PR, 3ª T., j. 11.09.2013, v.u., rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 01.10.2013; STJ, EDcl no REsp 1.334.533/PE, 2ª T., j. 17.09.2013, v.u., rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* 24.09.2013.
5. STJ, AgRg no REsp 1488613/PR, 2ª T., j. 07.05.2015, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 13.05.2015.
6. STJ, EDcl no AgRg no Ag 1.410.715/RS, 3ª T., j. 10.09.2013, v.u., rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 16.09.2013.
7. STJ, EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl no Ag 1270856/RJ, 3ª T., j. 26.05.2015, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJe* 02.06.2015.
8. STJ, EDcl nos EDcl no REsp 1410943/SP, 2ª T., j. 04.09.2014, rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 22.09.2014.
9. STJ, AgRg no AREsp 621.365/RJ, 4ª T., j. 16.04.2015, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 27.04.2015. A matéria, inclusive é sumulada pelo STJ: “*É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação*”. (Súmula 418).
10. STJ, AgRg no Ag 1113494/SP, 2ª T., j. 19.05.2009, rel. Min. Castro Meira, *DJe* 29.05.2009.

# Aspectos relevantes sobre a audiência de apresentação do preso

**José Laurindo de Souza Netto<sup>1</sup>**

Pós-doutor com estágio de pós-doutorado na Universidade Degli Studi di Roma “La Sapienza”

## 1. Introdução

O PRESENTE ESTUDO EXPLORA ALGUMAS FACETAS DA AUDIÊNCIA de custódia, também aqui denominada audiência de apresentação do preso. Tem como objetivo desconstruir argumentos que sustentam a falta de obrigatoriedade da audiência no ordenamento jurídico brasileiro, bem como mostrar perspectivas e desafios para os aplicadores do direito na utilização deste procedimento, sobretudo no tocante aos limites da cognição do juiz e os impactos na fundamentação dos decretos prisionais.

## 2. Considerações iniciais sobre a audiência de apresentação

A audiência de apresentação consiste no direito de toda pessoa presa, detida ou retida, de ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz, para que se resolva sobre a sua prisão. A garantia está prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi aprovada pelo Brasil por meio do Decreto 678/92, publicado no Diário Oficial de 9 de novembro de 1992, momento em que entrou em vigor. O art. 7º, item 5, que ali se encontra, prevê que “*toda pessoa presa, detida ou*

*retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais*”. Além da previsão do Pacto de São José, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 9º, item 3) contém disposição análoga.

A audiência de custódia harmoniza-se perfeitamente com o devido processo legal e com a perspectiva humanitária do direito penal e do processo penal, direção interpretativa imposta pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais, pois permite a efetivação de direitos fundamentais dos presos.

A imposição da audiência está inserida, sobretudo, no contexto da concretização do direito a uma fundamentação substantiva, não só do decreto da prisão preventiva, como também das medidas cautelares alternativas a ela, devidamente adequada aos ditames constitucionais da presunção de inocência e da proporcionalidade.

Nesta conjuntura, a expectativa que recai sobre a audiência de custódia é não só de impedir atos de maus tratos ou tortura, mas principalmente de possibilitar uma discussão mais humana e adequada sobre a legalidade e necessidade da prisão preventiva, reduzindo o número de pessoas presas preventivamente sem necessidade e aprimorando a fundamentação das prisões.

## 2.1 O procedimento

A audiência de custódia é um instrumento judicial, mas extraprocessual (ou pré- processual), que possibilita a oitiva pessoal do acusado logo após a sua prisão em flagrante.

É interessante notar ainda que já existe no sistema processual penal brasileiro a previsão de apresentação do preso ao juiz dentro do procedimento do *habeas corpus*, insculpido no artigo 656<sup>2</sup> do Código de Processo Penal, que também pode ser utilizada analogicamente para a audiência de apresentação.

Esse dispositivo foi elaborado em período de exceção imposto pelo então presidente Getúlio Vargas. Ora, se numa época de supressão de direitos já havia a possibilidade de apresentação ao juiz, com muito mais razão impõe-se hoje, com as exigências do estado democrático de direito.

O Projeto de Lei 554/2011, que visa a inserir no Código de Processo Penal o prazo máximo de 24 horas para a apresentação do preso à autoridade judicial após efetivada sua prisão em flagrante pela autoridade policial competente, já estabelece detalhadamente o procedimento da audiência de custódia.

Mantido o rito de lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial e o seu encaminhamento ao magistrado, a nova previsão legislativa determina que, em até 24 horas da lavratura do auto, o preso seja conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 do Código e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judiciária tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

Estabelece-se igualmente que o juiz ouvirá o Ministério Público, o qual poderá, caso entenda necessário, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, e, em seguida, ouvirá o preso. Após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310 do Código. A oitiva do órgão ministerial será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão, a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos, e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

Em atenção à ampla defesa, a oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não tiver ou não o indicar, na de defensor público, e na do membro do Ministério Público, os quais poderão inquirir o preso sobre os temas acima citados, bem como se manifestar previamente à decisão judicial que decretar a prisão preventiva.

Na impossibilidade, devidamente certificada e comprovada, de a autoridade judiciária realizar a inquirição do preso quando da sua apresentação, a autoridade custodiante ou o delegado de polícia, por

**Em atenção à ampla defesa, a oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não tiver ou não o indicar, na de defensor público**

meio de seus agentes, tomará recibo do serventuário judiciário responsável, determinando a juntada nos autos neste último caso, retornando com o preso e comunicando o fato de imediato ao Ministério Público, à Defensoria Pública e ao Conselho Nacional de Justiça. Tendo em vista a necessidade de garantir os direitos fundamentais da pessoa presa, a audiência de custódia deverá ser obrigatoriamente realizada no primeiro dia útil subsequente, devendo a autoridade custodiante, sob pena de responsabilidade, reapresentá-lo na data indicada.

### **3. A obrigatoriedade da audiência de apresentação do preso**

Apesar do potencial da audiência de custódia para o aprimoramento do nosso sistema penal e processual penal, o reconhecimento da aplicabilidade da audiência no ordenamento jurídico brasileiro vem sofrendo resistências por parte dos tribunais.

#### **3.1 Valor supralegal e eficácia imediata do Pacto de São José da Costa Rica**

A jurisprudência que entende pela não obrigatoriedade da audiência de apresentação argumenta que não há previsão legal no ordenamento jurídico interno ou orientação dos tribunais superiores que imponha a sua realização.

Como se vê, a resistência à audiência de custódia está calcada em um positivismo nacionalista, que remonta à antiga crença de que os direitos constantes dos tratados de direitos humanos deveriam estar obrigatoriamente em normas internas para gozarem de aplicabilidade.

Não se desconhece que, a partir do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, o Supremo Tribunal Federal resolveu antiga controvérsia e estabeleceu o valor supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional 45, colocando-os hierarquicamente abaixo da Constituição e acima da legislação ordinária. Não se olvida, entretanto, que, independentemente da solução que se

tenha dado ao *status* dos tratados – supralegal, constitucional ou emenda constitucional –, eles integram o ordenamento jurídico brasileiro em hierarquia privilegiada, remetendo o intérprete à sua análise obrigatória. Em outras palavras, o valor supralegal conferido ao Pacto de São José da Costa Rica é suficiente para conferir densidade normativa para a efetividade da previsão da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, sem a necessidade de previsão em legislação infraconstitucional.

Além disso, é cediço que a Constituição prevê, no artigo 5º, § 1º, a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, que não podem ter sua aplicação postergada para depender de acolhimento expresso por parte do parlamento brasileiro, pois sua eficácia independe de lei regulamentadora.

O jurista Valério Mazzuoli vai mais além, asseverando que não só através de lei devem ser implantados os direitos fundamentais:

Não somente por disposições legislativas podem os direitos previstos na Convenção Americana restar protegidos, senão também por medidas “de outra natureza”. Tal significa que o propósito da Convenção é a Proteção da pessoa, não importando se por lei ou por outra medida estatal qualquer (v.g., um ato do Poder Executivo ou do Judiciário, etc.). Os Estados têm o dever de tomar todas as medidas necessárias a fim de evitar que um direito não seja eficazmente protegido.<sup>3</sup>

Em que pese a Constituição brasileira silenciar sobre a obrigatoriedade do controle de convencionalidade, o juiz, que se destaca neste contexto, como representante do poder Judiciário, tem a obrigação de não só conhecer a proteção internacional, mas aplicá-la, não podendo se furtar de realizá-lo.

A abertura constitucional aos direitos humanos, a partir do art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, traz ao operador do direito brasileiro um desafio hermenêutico, pois inclui nas etapas interpretativas, além da já conhecida filtagem constitucional, a concretização das previsões internacionais.

A efetividade desta norma está calcada igualmente nos mecanismos de proteção internacional, os quais permitem a responsabilização internacional do Estado por violações de direitos humanos. Não é à toa que a Corte Interamericana já fez recair sobre Estados-partes da comunidade americana a obrigação da realização da audiência, como se observa, por exemplo, nos precedentes *Acosta Calderón v. Equador* e *Tibi v. Equador*<sup>4</sup>.

### **3.2 O reconhecimento da obrigatoriedade da audiência de apresentação pelo Supremo Tribunal Federal**

Atento, sobretudo, à centralidade dos direitos fundamentais e às condições do sistema penal brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, nas duas oportunidades que teve de se manifestar sobre o assunto, já declarou a constitucionalidade da audiência de custódia, impondo sua realização a todos os tribunais.

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, cujo objetivo é ver superada uma situação de sistemática afronta a preceitos fundamentais da Constituição Federal no âmbito do sistema carcerário brasileiro, denominada de “estado de coisas inconstitucional”, incluindo entre as exigências a efetivação da audiência de custódia.

Em decisão liminar na referida ação, que foi concedida parcialmente, deu-se início a uma série de medidas para compatibilizar o aparelho punitivo penal brasileiro com as garantias fundamentais previstas não só na Constituição como também nos tratados internacionais de direitos humanos, obrigando a realização da apresentação do custodiado ao juiz.

O ministro Marco Aurélio, relator da ação, determinou aos juízes e tribunais que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas alternativas à privação de liberdade; que passem a realizar, em até 90 dias, audiências de custódia, com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; que considerem, fundamentadamente, o quadro

dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; e que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão. A União, o relator impôs que se libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, abstando-se de realizar novos contingenciamentos<sup>5</sup>.

A corte reconheceu ainda, na ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil registrada sob n. 5.240<sup>6</sup>, em voto da relatoria do ministro Luiz Fux, a constitucionalidade do provimento paulista que disciplinou em âmbito local a audiência, sob o fundamento de que haveria a concretização do direito fundamental previsto no Pacto de São José da Costa Rica.

### **3.3 Os efeitos da desconformidade do processo com a obrigatoriedade da audiência de custódia**

A audiência de custódia está prevista em nosso ordenamento desde a publicação do Decreto 678/92 no Diário Oficial de 09 de novembro de 1992, mas não vinha sendo aplicada até então.

Contudo, mesmo que a desconformidade dos processos com a previsão do tratado gere, em tese, a nulidade, entende-se que é possível resolver a questão com a modulação de seus efeitos, aproveitando-se a audiência de instrução e julgamento, quando já designada, para que se decida a respeito da prisão preventiva ou da aplicação das medidas alternativas com fundamentação substantiva.

Assim, diante da possibilidade de realização próxima da instrução, quando o réu será devidamente e oportunamente levado à presença da autoridade judiciária, acompanhado ainda de seu defensor, a audiência de custódia deve ser realizada na mesma ocasião, momento em que o magistrado deverá decidir sobre a necessidade da prisão preventiva, ou mesmo atribuir outra medida cautelar, prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal, tendo em vista os critérios de necessidade e adequação.

Esta foi a solução encontrada na decisão proferida no *Habeas Corpus* 1402573-3, de Paranaguá, de minha autoria, julgado em 17 de setembro de 2015<sup>7</sup>.

#### 4. Desafios e perspectivas para os aplicadores do direito

Vive-se na realidade brasileira o fenômeno da *baixa constitucionalidade* da aplicação do direito, mormente nas decisões que decretam as prisões preventivas. Não são raras as hipóteses vivenciadas na prática judiciária em que são identificadas decisões desprovidas de motivação substancial.

Em virtude do caráter abstrato de algumas hipóteses dos requisitos da prisão cautelar, como a garantia da ordem pública, a custódia prisional vem sendo utilizada sem que haja efetiva necessidade.

O fenômeno da banalização da prisão preventiva pode ser atestado diante de dados estatísticos no Brasil, que apontam para o aumento de 1.250% num período de doze anos do número de presos preventivamente, totalizando patamar elevadíssimo e desequilibrado de 41% dos aprisionados<sup>8</sup>. Se não bastasse, mais de 37%<sup>9</sup> dos réus submetidos à prisão provisória não são sequer condenados, o que revela o uso abusivo da prisão preventiva pelo judiciário brasileiro.

A resistência à aplicação da audiência de custódia e a pouca utilização das medidas alternativas à prisão é decorrente desta cultura do encarceramento, estabelecida na jurisdição brasileira, sobretudo na conversão do flagrante em prisão preventiva *ex officio*.

A audiência de custódia está intimamente ligada com a legalidade e a qualidade da motivação da decisão que decreta a prisão preventiva, pois possibilita-se, com a presença do Ministério Público e a defesa, uma análise mais profunda e fundamentada sobre o cabimento, no caso concreto, da medida extrema da segregação cautelar.

A observância da audiência de custódia contribui para a redução da superpopulação carcerária e para uma melhora qualitativa na motivação dos decretos prisionais, pois substitui o juízo perfunctório de cognição sumária dos elementos contidos nos autos de prisão em flagrante, possibilitando à jurisdição uma motivação lastreada não só num espectro fático mais amplo, mas também no contraditório.

O encontro com o acusado permite ao magistrado a compreensão mais aguçada do contexto e da necessidade da prisão, de forma mais humanizada e completa que a mera leitura da descrição dos dados do

auto de prisão em flagrante, conforme era previsto no art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal.

#### 4.1 Os limites da cognição na audiência de custódia

Outro desafio que se impõe aos aplicadores do direito é o limite da cognição realizada na audiência. Neste primeiro momento de contato do magistrado com o preso, não deve haver, a princípio, qualquer incursão no mérito da causa julgada.

Neste sentido, o Projeto de Lei 554/2011, que visa a incorporar a audiência ao Código de Processo Penal, dispõe que a oitiva realizada na audiência de apresentação não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão, a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos, e os direitos assegurados ao preso e ao acusado<sup>10</sup>. Em outras palavras, a produção de prova, nos termos do projeto, fica adstrito a casos excepcionalíssimos, como no caso de tortura, ou de provas irrepetíveis (*ad perpetum rei memoriam*), sob pena de violação do contraditório e da presunção de inocência.

A audiência de custódia possui finalidades limitadas, circunscritas à formação do convencimento do magistrado com vistas a cumprir os comandos emanados do art. 310 do Código de Processo Penal, relativos à prisão preventiva. Consequentemente, deve-se encarar de maneira restrita as possibilidades de produção probatória, pois haveria distorção da finalidade da audiência e em desfavor do acusado.

Cabe ao magistrado zelar sobretudo pelo direito à não autoincriminação do preso na audiência, impedindo, se necessário, que os demais participantes da audiência também não o façam.

### 5. Conclusão

A audiência de custódia apresenta-se, assim, como garantia que potencializa a efetividade de uma série de direitos fundamentais do preso, inserindo-se no contexto de humanização da dogmática penal e de sua conformidade com os direitos fundamentais.

A obrigatoriedade da audiência de custódia apresenta-se como obviedade exegética da ordem constitucional brasileira e do sistema criminal constituído sob seus limites. Com efeito, a efetividade e a aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais, dos quais a audiência de custódia é exemplo, gozam de posição de centralidade do ordenamento jurídico, independentemente de sua fonte legislativa.

A opinião refratária à validade dos tratados internacionais de direitos humanos continua refém da clausura normativa já superada formal e materialmente pela Constituição Federal. Neste contexto, portanto, fundamental é transformar a cultura jurídica tradicional, por vezes resistente à proteção internacional dos direitos humanos, a fim de que se realize o controle de convencionalidade.

A audiência de custódia, por romper a barreira entre o juiz e o preso, permite uma análise concreta e humanizada sobre as condições reais da prisão, dando sustentação à compreensão crítica da realidade, postura que se impõe para a efetivação da garantia da motivação substancial dos decretos prisionais, bem como à racionalização da aplicação das prisões.

Propicia-se, com isso, um espaço de imunização da jurisdição contra a banalização das prisões preventivas, impactando nos índices de população carcerária e de prisões ilegais.

## Notas

1. José Laurindo de Souza Netto. Pós-doutor com estágio de pós-doutorado na Universidade Degli Studi di Roma “La Sapienza”. Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Graduação do Curso de Direito do Grupo Uninter e do Curso de Mestrado da UNIPAR. Ex-membro do Conselho Nacional de Polícia Criminal e Penitenciária. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ/PR) na 5ª Câmara Criminal.
2. Art. 656. Recebida a petição de *habeas corpus*, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que *este lhe seja imediatamente apresentado* em dia e hora que designar. Parágrafo único. Em caso de desobediência, será expedido mandado de prisão contra o detentor, que será processado na forma da lei, e o juiz providenciará para que o paciente seja tirado da prisão e apresentado em juízo.

3. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 723.
4. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_129\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf)  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf). Acesso em 27/10/2015.
5. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150828-06.pdf>. Acesso em 27/10/2015.
6. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5240%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/lxjyskt>. Acesso em 27/10/2015.
7. *Habeas corpus* – Tráfico de drogas – Artigo 33 da Lei 11.343/2006 – Prisão em flagrante convertida em preventiva – Audiência de custódia – Modulação dos efeitos – Determinação de realização de audiência custódia na mesma oportunidade da audiência de instrução e julgamento marcada para o próximo dia 08 de outubro – Custódia cautelar – Motivação idônea – Indicação de elementos concretos a justificar a medida – Aplicação das medidas cautelares do Art. 319 do CPP – Inviabilidade – Ordem conhecida e parcialmente concedida por unanimidade.1. Em sede de modulação de efeitos, entendo que o magistrado deve aproveitar a ocasião da audiência de instrução e julgamento já designada para o próximo dia 8 de outubro, para realização da audiência de custódia, oportunidade em que deverá rever a necessidade da prisão preventiva, e analisar de forma fundamentada o não cabimento de outra medida cautelar, prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal, tendo em vista os critérios de necessidade e adequação (TJPR - 5ª C. Criminal – HCC – 1420573-3 – Paranaguá – Rel.: José Laurindo de Souza Netto – Unânime – J. 17.09.2015).
8. Dados do Conselho Nacional de Justiça. Cf. Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, 2014. (doc. 8). Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/imagens/imprensa/pessoas\\_presas\\_no\\_brasil\\_final.pdf](http://www.cnj.jus.br/imagens/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf). Acesso em: 26/06/2015.
9. Ministério da Justiça e IPEA. A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas, 2014. (doc. 10). Disponível em: <http://pt.slideshare.net/justicagovbr/a-aplicao-de-penas-e-medidas-alternativas>. p. 7.
10. Art. 306, § 6º, do Projeto de Lei 544/15.

## Referências

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas* – DMF, 2014. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/imagens/imprensa/pessoas\\_presas\\_no\\_brasil\\_final.pdf](http://www.cnj.jus.br/imagens/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf). Acesso em 27/10/2015.

- Congresso Nacional. *Projeto de lei do Senado 544/2011*. Autoria. Senador Antonio Carlos Valadares. Disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acesso em 27/10/2015.
- Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Acosta Calderón v. Equador*. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_129\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf). Acesso em 27/10/2015.
- Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Tibi v. Equador*. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf). Acesso em 27/10/2015.
- CUNHA, J.S. Fagundes. *O processo penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica*. Curitiba: Juruá, 1997.
- LEWANDOWSKI, Ricardo. *Audiência de custódia e o direito de defesa*. Folha de São Paulo. Opinião. A3. Tendências e Debates. 20/10/2015.
- LOPES JR., Aury e PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal*. Disponível em [http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=209](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209). Acesso em 27/10/2015.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA e IPEA. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*, 2014. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/justicagovbr/a-aplicacao-de-penas-e-medidas-alternativas>. Acesso em 29/06/2015.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- OLIVEIRA, Gisele Souza de Oliveira [et ali]. *Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas* (Lei 12.403/2011). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SOUZA NETTO, José Laurindo. *A motivação inadequada da decisão que decreta a prisão preventiva como elemento do estado de exceção*. Artigo aprovado para publicação por ocasião do 1º Simpósio Internacional CONSINTER (Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação) a ser realizado em Barcelona nos dias 6, 7 e 8 de outubro de 2015. Em fase de publicação.
- SOUZA NETTO, José Laurindo. *A jurisdição constitucional como elemento potencializador da efetividade dos direitos humanos*. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*. Ano 3 (2014), n. 2, 1535-1558. Disponível em [www.ibd-fdul.com](http://www.ibd-fdul.com). Acesso em 27/10/2015.
- STF. Supremo Tribunal Federal. ADPF 374. Decisão Liminar. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150828-06.pdf>. Acesso em 27/10/2015.
- STF. Supremo Tribunal Federal. ADIN 5420. Decisão Liminar. Relator Ministro Luiz Fux. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%20ESCL+A%2E+E+5240%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/lxjyskt>

# Metáforas e pensamentos de Nélson Hungria\*

**René Ariel Dotti<sup>1</sup>**

Advogado e Professor Titular de Direito Penal

ESTE ARTIGO É DEDICADO AO DR. CLEMENTE HUNGRIA, filho do imortal penalista e aos jovens e talentosos criminalistas que ainda não haviam conhecido os antológicos *Comentários ao Código Penal*.

A teoria e a prática do direito criminal em nosso país não conheceram expressão mais fulgurante de mestre e humanista. Nos mais diversos e longínquos mundos da realidade e da imaginação dos casos criminais, ele foi – e continua sendo pela obra imortal – o personagem, o ator e o espectador da *divina comédia da existência*. Infernos, purgatórios e paraísos, todos os cenários dantescos da vida cotidiana foram esculpidos e interpretados em suas lições.

A imensa obra de Nélson Hungria é um dos modelos ambulantes da vida, da paixão, da morte e da ressurreição da palavra como sagração e canto da condição humana.

Os seus antológicos *Comentários ao Código Penal* constituem a reencenação da aventura da existência, assim como o fizeram as sagradas escrituras. Com uma diferença, porém: os profetas que falam através das páginas de sua imensa obra não são os místicos que flutuam sobre a realidade. São as criaturas de carne e osso que escrevem, dirigem, interpretam e montam a representação da vida.

Seguem alguns extratos de metáforas e pensamentos que ilustram a exegese do art. 1º do Código Penal, cuja redação original foi mantida pela reforma da Parte Geral pela Lei 7.209/84. Os fragmentos vêm dos *Comentários ao Código Penal*, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. I tomo I, p. 13 e s.:

A fonte única do direito penal é a norma legal. Não há direito penal vagando fora da lei escrita. Na Alemanha nacional-socialista, ao invés do ideal marxista da *massa*, fala-se, para servir ao ferrenho anti-individualismo de Hitler, no interesse do *povo*, que é defendido como 'comunhão indissolúvelmente ligada pelo sangue e pelo território' ou como 'única grandeza política', de que o Estado é forma natural; mas o resultado é o mesmo: o indivíduo reduzido à expressão mais simples. Não há direitos individuais em si mesmos. Os postulados mais fundamentalmente insculpidos na consciência jurídica universal foram renegados como *superstições* maléficas, incompatíveis com o que por lá se chama o *novo Estado*, mas que, na realidade, não é mais que o retorno ao omissis hiperestatismo dos tempos medievais. Siegart, professor da famosa Universidade de Goettingen, assim formula o versículo do novo *Evangelho*: 'Devemos seguir as proclamações do *Führer* como linhas de direção, a mostrar-nos, dentro do espírito nacional-socialista, o justo caminho para o reconhecimento e solução das concretas situações de fato'. O *Mein Kampf* (esse livro que Jacques Banville justamente qualifica de *bric-à-brac* de ideias pueris e charlatanices, em uma linguagem desconcertante de pedantismo) é a Bíblia do nacional-socialismo, é a craveira por onde têm de medir-se a alma e o pensamento alemães. O invocado 'espírito do povo' não quer dizer o que o povo pensa na realidade, mas o que deve pensar segundo a *Führung*, isto é, a *orientação do Chefe*... É de ver-se como os juristas de Hitler, na crítica do direito penal tradicional, cuidam de emprestar vulto a míseros grãos de areia. E outra ridícula *teia de aranha* a que procuram pendurar-se os penalistas do nazismo é o caso da 'fraude praticada sobre os aparelhos telefônicos automáticos'. A supressão do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, quer na Rússia, quer na Alemanha, não é mais que mero luxo de prepotência Na pressa de se coçarem de pruridos

alheios, aqueles que, entre nós, vozeiam as ideias partejadas na crise epiléptica dos países europeus, não se dão ao trabalho de passá-las pelo crivo da meditação e ponderação que nos permite a tranquilidade remansosa em que vivemos. Não percebem eles que um direito penal fora ou além das leis não seria um avanço, mas um recuo da civilização jurídica. Seria uma contramarcha aos crepusculares tempos medievais, em que o indefinido *arbitrio judicial* escreveu páginas que ainda hoje envergonham a humanidade.

## Notas

- \* Texto ampliado do original divulgado no *Boletim do IBCCrim*, edição de maio de 2014, p. 4.
- 1. René Ariel Dotti. Advogado e Professor Titular de Direito Penal, foi membro da comissão redatora dos projetos que se converteram nas Leis 7.209 e 7.210, de 1984 (Reforma da Parte Geral do Código Penal e Lei de Execução Penal). Foi distinguido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do estado com a Comenda Mérito Judiciário do Estado do Paraná (2015) e com a Medalha Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados (2007).



# Mediação e direito fraterno em um cenário de litígios: o diálogo como instrumento de fomento na administração de conflitos e na promoção da cidadania ativa

**Tauã Lima Verdan Rangel<sup>1</sup>**

Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense

**Resumo:** É fato que, no território nacional, o sistema jurídico estabelecido privilegia, sobremaneira, o enfrentamento entre as partes envolvidas no litígio, agravando, comumente, conflitos inúteis, alongando as batalhas e fomentando o confronto causador da lide. Há uma ofuscante valoração do dualismo ganhador-perdedor que permeia o sistema processual adotado, no qual, imperiosamente, existe a imprescindibilidade de se estabelecer uma vítima e um responsável pelo acontecimento do conflito. Não bastasse a ótica adversarial que torna os limites do caderno processual um verdadeiro campo de batalhas, a morosidade da marcha do processo tem o condão de desencadear nefastos desgastes, comprometendo, por vezes, o discernimento dos antagonistas. No sistema vigente, a conflituosidade tende a emoldurar os procedimentos judiciais. Os litigantes, em decorrência dos mecanismos agasalhados na legislação processual, são obrigados, comumente, a apresentar motivos justificadores à existência do dissenso, buscando se colocar em situação de vítima e a parte *ex-adversa* como culpada pela

ocorrência do conflito, utilizando, por vezes, de argumentos que são hipertrofiados e que não refletem, em razão do grau de comprometimento psicológico dos envolvidos, a realidade existente, aguçando ainda mais a beligerância entre eles. Diante de tal cenário, o escopo do presente artigo está assentado em promover um exame do diálogo como importante mecanismo condutor da administração do conflito, pautando-se, para tanto, nas balizas sustentadoras da *mediação* e do *direito fraterno*, notáveis instrumentos no fomento da cidadania ativa e no empoderamento dos atores para o alcance de um consenso capaz de refletir seus anseios.

## **1. Comentário introdutório: da superação da estadia à edificação da cidadania ativa**

EM UM PRIMEIRO COMENTÁRIO, cuida destacar que, em sede de teoria constitucional contemporânea, *cidadão* é o indivíduo que detém vínculo jurídico com o Estado. “É portador de direitos e deveres por uma determinada estrutura legal (Constituição, leis) que lhe confere, ainda, a nacionalidade” (Benevides, 1994, p. 7). Cidadãos, portanto, são, em tese, livres e iguais perante a lei, porém são considerados súditos em relação ao Estado. Neste aspecto, nos regimes democráticos, compreende-se que os cidadãos participaram ou aceitaram o pacto estruturante da nação ou, ainda, de uma nova ordem jurídica. Por sua vez, no quadro da democracia liberal, o termo *cidadania* corresponde ao conjunto das liberdades individuais – os denominados direitos civis de locomoção, pensamento, expressão, integridade física, associação etc. Denota-se, neste primeiro contato, que a cidadania advém da construção e reconhecimento dos direitos humanos de primeira dimensão. “Os direitos de primeira geração [dimensão] ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade” (Bonavides, 2007, p. 563), aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição

perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

A edificação da democracia social introduziu, àqueles direitos do indivíduo, os direitos trabalhistas, também nomeados de direitos a prestações de natureza social reclamados ao Estado, tais como educação, saúde, seguridade e previdência. Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão “são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal” (2007, p. 564). Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da história é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. “Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais”, como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004, p. 47).

Em ambos os casos o cidadão, nesta concepção, é titular de direitos e liberdades em relação ao Estado e a outros particulares – mas permanece situado fora do âmbito estatal, não assumindo qualquer titularidade quanto a funções públicas. Mantém-se, assim, a perspectiva do constitucionalismo clássico: direito do homem e do cidadão são exercidos frente ao Estado, mas não dentro do aparelho estatal (Benevides, 1994, p. 8).

Ora, o cidadão, além de ser alguém que é capaz de exercer direitos, cumpre deveres ou goza de liberdades em relação ao Estado, assim como é titular, mesmo que parcialmente, de uma função ou poder público. Com efeito, a possibilidade de participação direta no exercício do poder político confirma o ideário de soberania popular como elemento imprescindível ao delineamento da democracia. Mais que isso, é verificável o reforço da importância de se somarem direitos políticos aos direitos

sociais, porquanto aqueles favorecem a organização para a reclamação desses. Nesta toada, como bem destaca Chauí (1984), a cidadania pode ser definida pelos princípios da democracia, traduzindo-se, necessariamente, em conquista e em consolidação social e política. Benevides (1994), em arremate ao esposado, aponta que a cidadania reclama instituições, mediações e comportamentos próprios, substancializando-se na criação de espaços sociais de lutas (movimentos sociais, sindicais e populares) e na definição de instituições permanentes para a expressão política, tais como partidos, legislação e órgãos do poder público.

Do apresentado, há que se distinguir a cidadania passiva – “aquela que é outorgada pelo Estado, com a ideia moral do favor e da tutela” (Benevides, 1994, p. 8) – da cidadania ativa, aquela que empodera o cidadão como portador de direitos e deveres, mas, fundamentalmente, criador de direitos para abrir novos espaços de participação política. Assim, a cidadania ativa, a partir da concepção exposta, reclama, em sede do território nacional, uma substancial ampliação dos direitos políticos para possibilitar a participação direta do cidadão no processo das decisões de interesse público. Todavia, o exercício da cidadania ativa não pode estar limitado apenas a uma atuação na esfera política institucional, reclamando plurais arenas de materialização. Neste passo, há que se reconhecer, também, que a existência de espaços públicos independentes das instituições do governo, do sistema partidário e das estruturas do Estado é condição imprescindível à democracia contemporânea e ao exercício da cidadania ativa. “Como intermediações entre o nível do poder político e as redes da vida cotidiana, esses espaços públicos requerem simultaneamente os mecanismos da representação e da participação” (Vieira, s.d., p. 9).

Salta aos olhos, portanto, que ambos são fundamentais para a existência da democracia nas sociedades complexas, eis que, consoante Melucci (1988), os espaços públicos são pontos de conexão entre as instituições políticas e as demandas coletivas, entre as funções de governo e a representação de conflitos. Nesta linha, a edificação dessa esfera social-pública, na condição de participação social e política dos cidadãos, passa pela existência de entidades e movimentos não governamentais, não mercantis, não corporativos e não partidários. Ora, tais entidades

e movimentos são privados por sua origem, mas públicos por seu escopo. Eles promovem a articulação entre esfera pública e âmbito privado como nova forma de representação, perseguindo alternativas de desenvolvimento democrático para a sociedade. Segundo Vieira (s.d.), as organizações da sociedade civil que cumprem funções públicas percebem sua prática inovadora na articulação de uma nova esfera pública social, sendo consideradas precursoras de uma nova institucionalidade emergente. Verifica-se, assim, que o Estado, o mercado, as corporações e os partidos não seriam suficientes para a articulação e ampliação da esfera pública em sua integralidade, nem seriam adequados para a estruturação de uma nova institucionalidade social-pública. Ao reverso, a pressão advinda de uma esfera social-pública emergente é que poderia reformar e democratizar efetivamente o Estado, o mercado, as corporações e os partidos:

Os chamados novos movimentos sociais – movimentos ecológicos, feministas, de minorias, de consumidores etc. – se organizaram de forma autônoma fora dos partidos políticos, pois sentem-se (*sic*) afugentados pela forma piramidal, burocrática e profissional das lutas político-partidárias. Em suma, essas entidades e movimentos da sociedade civil, de caráter não governamental, não mercantil, não corporativo e não partidário, podem assumir um papel estratégico quando se transformam em sujeitos políticos autônomos e levam a bandeira da ética, da cidadania, da democracia e da busca de um novo padrão de desenvolvimento que não produza a exclusão social e a degradação ambiental (Vieira, s.d., p. 10).

Tecidos estes comentários, há que se ressaltar, segundo a visão apresentada por Garcia (2009), que o Brasil é um país que concentra inúmeras peculiaridades, sejam elas históricas, climáticas, geográficas, culturais e étnicas. Contabiliza-se, dentro das variegadas singularidades, a relação construída entre governantes e governados, porquanto o Brasil não é uma nação de direitos conquistados, mas sim de direitos concedidos. Desta feita, percebe-se que, desde o Brasil colônia até os dias atuais, a relação entre a população e detentores do poder se carac-

terizou pela constante subordinação e pelo excesso de autoritarismo. Com ênfase, “o Estado brasileiro é caracterizado por políticas paternalistas e populistas, assimiladas como formas de concessões e benefícios oferecidos pelo governante a seus cidadãos” (Andrade; Castro; Pereira, 2012, p. 185).

A trajetória histórica nacional revela que a democracia e a cidadania tiveram uma formação dessemelhante da encontrada em outras partes do globo, porquanto, no território nacional, em primeiro lugar vieram os direitos sociais, em seguida direitos políticos e, por fim, os direitos civis. Cuida salientar que a implementação de cada um desses direitos não ocorreu de forma ideal e satisfatória, eis que parcela dos direitos supramencionados permanece inacessível a uma grande parte da sociedade brasileira. Ao lado disso, Paulo Fronzaglia (2007) acrescenta, ainda, que os fatos que marcaram a trajetória histórica brasileira funcionaram como obstáculo para a formação de uma cultura cívica consolidada. Carvalho (2001) explica que o Brasil pode ser enquadrado entre aqueles países que desenvolveram sua cidadania “de cima para baixo”, porquanto os grandes marcos históricos se deram sem revolução social e política. Essa precariedade de participação se reflete até nos dias atuais, sendo tímido o papel desempenhado pela sociedade civil.

Denota-se, no Brasil, em consonância com as ponderações apresentadas por Moura e Silva (2008), o predomínio de perspectivas que conferem maior destaque ao Estado, na condição de ator e protagonista na estruturação da vida social, subsistindo, assim, uma concepção “estatista”, conferindo ao Estado a capacidade de iniciativa e de condução da dinâmica sociopolítica e da modernização do país, incumbindo aos atores não estatais um papel de coadjuvantes na arena da cidadania. “No Brasil não predomina uma tradição de vida civil ativa, o que fortalece a premissa de que o Estado sempre assumiu uma postura central na relação entre poder público e sociedade” (Andrade; Castro; Pereira, 2012, p. 186). Em uma perspectiva adicional, denota-se que o poder público não é garantidor dos direitos de todos, mas sim de grupos econômicos e de cidadãos que com ele edificam uma rede clientelista de distribuição particularista de bens públicos. Assim, é denotável que a cultura “estatista” favorece uma visão corporativa dos interesses coletivos.

Consoante Carvalho (2007), a ausência de ampla organização autônoma da sociedade faz com que os interesses corporativos prevaleçam. “Assim, a representação política não funciona. No Brasil, diversos fatos da história da administração pública propiciaram o fortalecimento de uma ‘estadania’” (Andrade; Castro; Pereira, 2012, p. 186). Nesta linha de exposição, a crescente desigualdade social do país fomenta a consolidação de uma cultura pouco favorável à atuação coletiva e aos valores igualitários, essenciais à democracia.

Ribeiro (2007), por sua vez, destaca que a democracia vindica a participação de todas as pessoas dotadas de autonomia moral, o que demanda um grau razoável de independência e segurança econômica. Assim, Ribeiro defende a ideia de que no Brasil predomina uma “democracia representativa excludente”, em que poucos desfrutariam da real condição de cidadania.

Cuida reconhecer que a superação da estadania supramencionada não se dá apenas nas raias da representatividade política, mas ganha pungência em um sistema processual que valoriza a ideologia estruturada no binômio ganhador-perdedor<sup>2</sup>. É possível, contudo, adiantar que uma sociedade democrática é caracterizada pela existência de cidadãos capazes de solucionar, com habilidade, os problemas e embates sociais, decorrentes do convívio com outros indivíduos, em especial quando o fenômeno judicializante que vigora no Brasil obsta a pacificação social e a manutenção dos laços de convivência contínua, estando voltado para o julgamento mecânico das lides e atendimento de metas. Tal capacidade, com efeito, decorre da estruturação de uma educação associada ao desenvolvimento da acepção estrutural de cidadão, enquanto integrante da vida pública, e por meio da prática cotidiana da participação livre e experiente da cidadania. “Participação e cidadania são conceitos interligados e referem-se à apropriação pelos indivíduos do direito de construção democrática do seu próprio destino” (Nascimento, 2010). Ora, é verificável que ambos estão umbilicalmente

**A crescente  
desigualdade social  
do país fomenta a  
consolidação de  
uma cultura pouco  
favorável à atuação  
coletiva e aos  
valores igualitários,  
essenciais à  
democracia**

atrelados, porquanto a cidadania só é substancializada na presença de uma participação social entendida enquanto ação coletiva e o seu exercício consciente, voluntário e conquistado. Nesta esteira, a construção de uma vivência democrática transparente reclama uma gestão que se alicerce na inclusão da comunidade em geral, assegurando, por extensão, a igualdade de participação, tal como possibilite a expressão das ideias que possam ser discutidas em momento de deliberação coletiva.

Assim, é imprescindível o exercício da comunicação, eis que quando os indivíduos passam a ter oportunidade plena de interagir, debater e deliberar a respeito dos problemas concretos que a comunidade apresenta diariamente, é desenvolvida a capacidade de lidar com estes problemas, bem como de convergir esforços para a sua resolução. Ao lado disso, não se pode olvidar que em um procedimento tão livre e autocorretivo de intercomunicação, o surgimento de conflitos entre os indivíduos é algo inevitável, principalmente considerando que cada um tem seu modo de encarar as necessidades, fins e consequências, tal como tolerar níveis de desgaste. Com realce, a solução para tais conflitos está jungida na cooperação amigável, sendo que as controvérsias devem ser convertidas em empreendimentos cooperativos, nos quais as partes aprendam possibilidades de se expressar. A gestão democrática e participativa de conflitos requer o desenvolvimento de um olhar de cada espaço como um elo de resolução das pendências e colisões de interesses, interpelando os envolvidos e os demais integrantes da comunidade à participação e ao envolvimento nesse procedimento.

## **2. O sistema adversarial brasileiro e o acirramento da litigiosidade entre os atores processuais**

Em um primeiro comentário, faz-se notório destacar que o *conflito* é algo intrínseco à condição humana, tendo o seu nascedouro desde os primórdios da formação da sociedade e se consolidando com as pretensões adversas apresentadas pelos indivíduos em contínua convivência. Neste sentido, o conflito materializa o dissenso, decorrendo das expectativas, valores e interesses contrariados. “Embora seja contingência da

condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga”, como complementa Vasconcelos (2012, p. 19). Desta feita, é oportuno assinalar que a percepção do *conflito* experimentada pela sociedade contemporânea transmuda a parte como adversária apenas por apresentar objetivos distintos e dissonantes, tal como responsabiliza aquela como causadora do conflito, sendo, portanto, a raiz do problema que atenta contra a pacificação social, devendo, pois, ser expurgado. Ao lado disso, a partir de uma perspectiva puramente legal, “o conflito é resultado de uma violação da lei ou de uma desobediência a um padrão, fato que lhe confere uma aversão social”, conforme pondera Foley (2011, p. 246).

Corriqueiramente, é verificável uma conjunção de esforços, por vezes sobre-humanos, para concentrar todo o raciocínio e elementos probatórios na busca insaciável de alcançar novos fundamentos para fortalecer o posicionamento unilateral, com o objetivo único de enfraquecer e destruir os argumentos apresentados pela parte *ex-adversa*. O crítico cenário descrito é plenamente observável, especialmente em processos judiciais, nos quais o desgaste das pessoas diretamente afetadas pelo litígio é ofuscante, quer em razão da morosidade, quer em decorrência do comprometimento psicológico daqueles na questão discutida. A visão tradicional, que envolve o conflito como sendo algo ruim, é tão arraigada na sociedade contemporânea que obsta os envolvidos de analisarem a questão de forma madura, compartilhando a responsabilidade sobre ela, antes promovendo uma constante busca em transferir “ao outro” a culpa pelo surgimento e o agravamento do litígio. Ao invés de envidar esforços para tratar a mazela com estratégias sóbrias e racionais, a abordagem tradicional do dissenso concentra todos os empenhos em identificar e punir o culpado pelo surgimento do conflito. Foley, neste sentido, anota:

No sistema judicial oficial, o conflito é solucionado por meio da aplicação do ordenamento jurídico ao caso concreto. O processo é o palco no qual interesses são dialeticamente confrontados sob uma aura adversarial que confere ao conflito uma dimensão de dispu-

ta. O vencedor da demanda encontra satisfação de seus interesses materiais e o derrotado, em geral, sente-se injustiçado. Não há um processo de compreensão das origens e das circunstâncias em que se situa o conflito, tampouco se verifica uma participação na busca de uma solução criativa capaz de contemplar os reais interesses em disputa (2011, p. 248).

Desta sorte, seguindo as ponderações apresentadas por Pinho e Paumgarten (s.d.), a explosão de litigiosidade que caracteriza, de maneira geral, as sociedades contemporâneas é dotada de elevada complexidade, sendo, sem dúvida, alimentada, de maneira abundante, por sistemas extremamente normativos, que de forma isolada, sem a intervenção do Poder Judiciário, não conseguem prevenir o surgimento e, por vezes, o agravamento do conflito. Mais que isso, é experiência peculiar de países com ordenamento jurídico pouco efetivo e diminuta credibilidade social, o que dificulta o conhecimento ou confunde a população, tornando, comumente, verdadeiro obstáculo ao cumprimento de tal arcabouço jurídico. Ademais, há que reconhecer que a litigiosidade encontra caudalosa fonte na resistência da sociedade ao desenvolvimento e emprego da autocomposição dos conflitos, seja por uma cultura demandista/adversarial ou em razão da atuação do Poder Judiciário, que, em um contínuo processo de inchaço, não admite a perda do controle e poder sobre a sociedade, culminando em uma sobrecarga e no exaurimento da capacidade produtiva jurisdicional.

O sistema jurídico em vigor apresenta como robusto aspecto a confrontação entre as partes em litígio, agravando, corriqueiramente, conflitos inúteis, alongando as batalhas e fomentando o confronto entre os envolvidos no dissenso causador da lide. Trata-se da valoração do dualismo perdedor-ganhador estimulado pelo sistema processual adotado, no qual, imperiosamente, a morosidade do processo acarreta desgaste ainda maior, comprometendo, por vezes, o discernimento dos envolvidos para uma abordagem madura da questão. No sistema vigente, pautado na conflituosidade que caracteriza os procedimentos judiciais, os litigantes são obrigados, comumente, a apresentar motivos justificadores à existência do dissenso, buscando se colocar em situação de vítima e

a parte *ex-adversa* como culpada pela ocorrência do conflito, utilizando, por vezes, de argumentos que são hipertrofiados e que não refletem, em razão do grau de comprometimento psicológico dos envolvidos, a realidade existente, aguçando ainda mais a beligerância entre eles.

Ademais, a tônica desenvolvida na liturgia processual, pragmática, engessada, voltada à satisfação de índices e metas estabelecidos com o único intento de promover a materialização do direito fundamental e constitucional à duração razoável do processo, mascara um sistema ineficiente, no qual não se trata o problema (o conflito), mas tão somente coloca-se fim a mais um processo, atendendo às expectativas frias e débeis de finalização de processos. Ora, é crucial destacar que o apostilado processual não se resume a uma sequência lógica de peças que observam um rito previamente estabelecido, culminando, em sede de primeiro grau, com a prolação de uma sentença que, por excelência, encerra a prestação jurisdicional. Ao reverso, trata-se de um compêndio que reflete, habitualmente, as angústias e anseios dos pugnantes, os quais, mais que o pronunciamento do Estado-juiz, buscam o tratamento do conflito, das causas ensejadoras e consequências decorrentes do dissenso, de maneira a abreviar uma situação que causa desgaste emocional, psicológico e físico.

O estado emocional alimenta as polaridades e atalha a percepção do interesse comum, camuflando-o sob a falsa perspectiva de atingir apenas o interesse individual, mantendo-se incólume aos efeitos reflexos advindos do desgaste proporcionado pela gestão ineficiente da adversidade em causa. Como bem destacam Moraes e Spengler (2008, p. 54), “o conflito transforma o indivíduo, seja em sua relação um com o outro, ou na relação consigo mesmo, demonstrando que traz consequências desfiguradas e purificadoras, enfraquecedoras ou fortalecedoras”. Partindo da premissa de que o conflito interpessoal não tem solução, é possível estabelecer diretrizes sóbrias que busquem solucionar as disputas pontuais, os confrontos específicos, dispensando ao dissenso um aspecto positivo. Com efeito, trata-se da premissa de utilizar o conflito como algo positivo para aqueles que estão inclusos nele, permitindo amadurecimento na administração e empoderamento na edificação de consensos. Acerca do tema, é oportuno colacionar as anotações de Vasconcelos:

O conflito não é algo que deva ser encarado negativamente. É impossível uma relação interpessoal plenamente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas. Por mais afinidade e afeto que exista em determinada relação interpessoal, algum dissenso, algum conflito estará presente. A consciência do conflito como fenômeno inerente à condição humana é muito importante. Sem essa consciência tendemos a demonizá-lo ou a fazer de conta que não existe. Quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções autocompositivas. Quando o demonizamos ou não o encaramos com responsabilidade, a tendência é que ele se converta em confronto e violência.

O que geralmente ocorre no conflito processado com enfoque adversarial é a hipertrofia do argumento unilateral, quase não importando o que o outro fala ou escreve. Por isso mesmo, enquanto um se expressa, o outro já prepara uma nova argumentação. Ao identificarem que não estão sendo entendidas, escutadas, lidas, as partes se exaltam e dramatizam, polarizando ainda mais as posições (2012, p. 19-20).

Com efeito, a solução transformadora do conflito reclama o reconhecimento das diferenças e do contorno dos interesses comuns e contraditórios, subjacentes, já que a relação interpessoal está calcada em alguma expectativa, valor ou interesse comum. Já restou devidamente demonstrado que a visão tradicional não produz os resultados ambicionados, já que a eliminação do conflito da vida social é algo que contraria a existência e interação em sociedade. O mesmo pensamento vigora com a premissa de que a paz social só pode ser alcançada, essencialmente, com a erradicação do conflito; ao reverso, a paz é um bem precariamente conquistado por pessoas e sociedades que apreendem a abordar o conflito de forma consciente e madura, dispensando um tratamento positivo, em prol do crescimento e amadurecimento dos envolvidos, e não como elemento de destruição.

Segundo Foley (2011, p. 246), toda situação conflituosa deve ser analisada como uma oportunidade, na proporção em que possibilita

a veiculação de um processo transformador. Ora, os conflitos são detentores de sentidos e, quando compreendidos, as partes neles envolvidas têm a possibilidade de desenvolver e transformar a sua vida. Logo, como são elementos constituintes da vida humana, não podem ser concebidos como exceção, mas sim como mecanismos oriundos da coexistência em sociedade que permite o amadurecimento dos envolvidos e, por vezes, a alteração da ótica para analisar as situações adversas a que são submetidos. Neste passo, conceber o conflito como uma aberração social é contrariar a própria essência do convívio em sociedade, no qual indivíduos complexos, com entendimentos e posturas variadas e plurais, em convívio contínuo, tendem a apresentar interesses opostos, os quais, inevitavelmente, entram em rota de colisão.

É imperiosa a ressignificação do vocábulo “conflito”, adequando-o à realidade contemporânea, de modo que não seja empregado apenas em um sentido negativo, mas sim dotado de aspecto positivo, permitindo aos envolvidos o desenvolvimento de uma análise madura e sóbria da questão, de modo a enfrentar o dissenso como algo corriqueiro e integrante da vida em sociedade e não como uma exceção a ser combatida. Ressignificar o conflito, neste cenário, é extrair a moldura tradicional que desencadeia incessante busca para determinar o culpado e demonizá-lo, e assegurar que haja o tratamento dos motivos e causas que provocam os dissensos, propiciando a estruturação cultural de uma nova visão do tema.

### **3. O direito fraterno como alicerce teórico dos métodos extrajudiciais de tratamento de conflitos**

Diante das ponderações apresentadas até o momento, importa estabelecer uma crítica à oferta monopolista de justiça que foi incorporada no interior do sistema de jurisdição, delegado a receber e a regular uma escalada de conflitualidade. Entretanto, o que culminou em altos índices de ineficiência do sistema de jurisdição está arrimado no crescimento vertiginoso das expectativas e das perguntas a isso referidas. “Em sentido técnico, chama-se explosão da litigiosidade, possuindo

muitas causas, nunca analisadas com profundidade. O fato é que a atenção sempre esteve mais voltada para os ‘remédios’ (no sentido de constantes reformas nas normas)” (Spengler, 2006, p. 51), em detrimento da abordagem das causas da litigiosidade crescente, que, tradicionalmente, encontra tradução na linguagem jurídica e que se dirige à jurisdição sob a forma irrefreável de procedimentos judiciais.

Ao lado disso, é cristalino que a regulação dos conflitos, dentro de uma sociedade, se transforma no tempo e no espaço, estabelecendo-se os *remédios* a serem aplicados, sendo que a ineficácia em sua aplicação desencadeia a novação equivocada de que a causa é a falta de recursos estruturais, materiais e pessoais, além de outros. Ora, o remédio age apenas sobre a ferida existente, não atacando a causa desencadeadora. É justamente nesse cenário, impulsionado pela cultura adversarial abordada anteriormente, que o problema tende a ser agravado, porquanto reafirma uma cultura pautada na ideologia do ganhador-perdedor e alimentada pela rivalidade geradora do litígio. Assim, em busca do estabelecimento de uma resposta, na grande maioria dos conflitos, ocorre a demanda processual, em que, como dito algures, a arena da litigiosidade ganha contornos mais robustos e as partes processuais passam a se encarar como rivais.

Resolver a lide judicialmente, porém, significa recorrer ao magistrado e atribuir a ele o poder de dizer quem ganha e quem perde a demanda. É oportuno consignar, em tal cenário, o fortalecimento da *estadania* e o enfraquecimento da cidadania ativa, na qual os participantes da querela possuem um comportamento amadurecido apto a conduzir a administração do litígio e, em conjunto, apresentar soluções. “Vai nesse sentido a afirmativa de que quando se vai ao juiz se perde a face, uma vez que, imbuído do poder contratual que todos os cidadãos atribuem ao Estado, sendo por ele empossado, o magistrado regula os conflitos graças à monopolização legítima da força” (Spengler, 2006, p. 52).

Em alinhamento com as ponderações apresentadas até o momento, cumpre assinalar que a proposta fraterna substancializa, segundo as ponderações apresentadas por Ghisleni e Spengler (2011), o embasamento teórico da mediação e dos demais métodos extrajudiciais de tratamento

de conflitos sociais, porquanto insere uma parcela de complexidade no primado do justo sobre o bom, buscando estabelecer contornos dessemelhantes daqueles que tendem a emoldurar as relações. Sem embargo, há que sustentar, também, que ao postulado da fraternidade está atrelado, imperiosamente, o ideário de amizade, “na medida em que prevê a ‘comunhão de destinos derivada do nascimento e independente das diferenças’” (Ghisleni; Spengler, 2011, p. 24). Para Elígio Resta (2004), o *direito fraterno* compreende um modelo de direito que abandona a tradicional visão fechada da cidadania e passa a olhar em direção à nova forma de cosmopolitismo que não é representada pelo mercado, mas pela necessidade universalista de respeito aos direitos humanos que vai se impondo ao egoísmo ou pelos poderes informais que à sua sombra governam e decidem.

Entretanto, é imprescindível destacar que o vocábulo *fraternidade*, em tal contexto, possui um sentido vagamente anacrônico, porquanto, quando comparada a outros ideais presentes no cenário da revolução iluminista, pode ser considerado dotado de menor proeminência, eis que a fraternidade permaneceu inédita e não resolvida em relação aos demais temas da liberdade e da igualdade. Mais que isso, a fraternidade indicava apenas um dispositivo de etérea solidariedade entre as nações; guardando maior vinculação com os princípios de um direito internacional nascente, que a deixava intacta, tal como pressupunha uma comunidade política assentada nos corolários dos Estados nacionais, porém sua solidificação é capaz de inaugurar uma nova oportunidade no tratamento de conflitos (Resta, 2004, p. 9-12).

Dessa forma, a vinculação entre direito e fraternidade, além de ser uma tentativa de valorizar uma possibilidade diferente, recoloca em destaque um modelo de regra da comunidade política: modelo não vencedor, mas possível. Destarte, é um trecho do direito vivo que não deve ser analisado sempre como o direito vencedor. Ora, por meio do

**A vinculação  
entre direito e  
fraternidade  
recoloca em  
destaque um  
modelo de regra  
da comunidade  
política: modelo  
não vencedor,  
mas possível**

binômio em comento retorna um modelo *convencional* de direito, “‘jurado conjuntamente’ entre irmãos e não imposto, como se diz, pelo ‘pai senhor da guerra.’ Jurado conjuntamente, mas não produzido por um ‘conluio’” (Ghisleni; Spengler, 2011, p. 25). Em decorrência disso, é decisivamente não violento, ou seja, capaz de não se apropriar da caracterizadora violência pertencente ao *querer combater*. Em arremate, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Michele Paumgartten (s.d.) evidenciam que um dos pilares mais relevantes do direito fraterno encontra consolidação sob o alicerce de uma sociedade humana, retratando um direito não violento, despido da beligerância e dos enfrentamentos desnecessários, buscando, doutro viés, a inclusão e a ruptura do binômio ganhador-perdedor/amigo-inimigo, convenção arraigada do processo judicial tradicional.

É oportuno, ainda, apontar que o direito fraterno encontra sustentação nos direitos humanos, que se estabeleceram com o decurso da história da humanidade e que possuem aspecto de universalidade, eis que são aplicados a todos os cidadãos. Ao lado disso, os direitos humanos resultaram, por consequência, de múltiplos processos históricos e ainda hoje sofrem alterações em decorrência da globalização mundial. Em complementação, Restá (2004) sublinha que o direito fraterno coincide com o *locus* de reflexão associado ao tema dos direitos humanos, conferindo uma consciência a mais, a saber: a de que a humanidade é apenas um lugar comum, em cujo interior é possível pensar no reconhecimento e na tutela. É necessário, também, estabelecer a diferença existente entre *ser homem* e *ter humanidade*. Há que se destacar, nesta linha de exposição, que o fato de *ser homem* não assegura que haja o sentimento singular de humanidade; a linguagem, com a variabilidade de sentido que encerra, substancializa um infinito observatório dos paradoxos com os quais o ser humano convive.

Ainda no que pertine aos direitos humanos, cabe indicar que, ao mesmo tempo em que eles somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, é em decorrência desta que entram em vigor. Logo, o direito fraterno se apresenta como um instrumento por meio do qual é possível fazer crescer um processo de autorresponsabilização, desde que o reconhecimento do compartilhamento se libere da rivalidade

destrutiva típica do modelo adversarial do sistema processual brasileiro. “Podem ser definidos como o direito inerente a toda e qualquer pessoa, visando à proteção e resguardo da integridade dos cidadãos. O interessante é que os direitos humanos vêm adquirindo cada vez mais solidez com o evoluir da humanidade” (Ghisleni; Spengler, 2011, p. 25), possuindo contornos claramente internacionais em face da criação de normas de proteção internacional da pessoa humana. Ademais, encontram claro liame com a ideia de cidadania, como bem explicita Eligio Resta:

O seu olhar voltado para além do confinamento, para proximidades distantes, requer revogações decisivas daquele “direito de cidadania”, que é, desde sempre, lugar de exclusão através de um *ethnos*. Por isso, a sua forma é aquela dos direitos humanos, contanto que eles sejam esvaziados da metafísica. O olhar vai para a humanidade como um “lugar comum”, e não como a abstração que confunde tudo e mascara as diferenças. Os direitos humanos têm uma dimensão “ecológica”, são espaço no qual as duplas opostas são novamente compreendidas: isto nos leva à conscientização de que os direitos humanos podem ser ameaçados sempre e somente pela própria humanidade; mas podem ser tutelados sempre e somente pela própria humanidade; não por uma natureza, um Deus, um Terceiro, qualquer outra abstração metafísica, mas pelos homens de carne e osso, por nós, na vida quotidiana (2011, p. 134).

O novo modelo de composição dos conflitos que floresce no direito fraterno está centrado na criação de regras de compartilhamentos e de convivência mútua que desbordam dos tradicionais litígios judiciais, arvorando formas de inclusão de proteção dos direitos fundamentais. Em uma seara essencialmente judicial, existem mecanismos extrajudiciais<sup>3</sup> de tratamento das demandas, sendo possível citar a conciliação, a arbitragem e a mediação. Trata-se, portanto, de elementos que possuem como ponto comum serem extrajudiciais, porém não estranhos ao Poder Judiciário, operando na busca da *face* perdida das partes processuais numa relação de cooperação pactuada e convencionada, esta-

belecendo uma *justiça de proximidade* e, sobremaneira, uma filosofia de justiça calcada no modelo restaurativo, que compreende estruturas de composição e gestão do conflito menos autoritariamente decisivo, como observa Resta (2004).

Mais que isso, há que reconhecer que o conflito também se tornará essencialmente prejudicial quando os mecanismos para tratamento são considerados inadequados, por retirar do conflito o que ele tem de melhor, a saber: sua capacidade de gerar a satisfação de interesses e resoluções construtivas. “Quando esses mecanismos são descartados, a função do conflito é a produção de violência ou outros conflitos. A decisão judicial pode interromper ou acelerar o processo de causa e efeito, mas não propicia a mudança necessária para a evolução que o conflito pode provocar” (Pinho; Paumgarten, s.d., p. 8). Ademais, a questão determinante encerrada na função do conflito será a escolha do processo de tratamento para alcançar os resultados buscados. Ora, o processo competitivo adversarial estabelece ganhadores e perdedores, ao passo que o processo cooperativo, assentado na doutrina do direito fraterno, determina apenas ganhadores. “Entende-se até de um modo amplo, que mesmo que a parte vença uma disputa, não logra um conflito construtivo, pois a satisfação de objetivos unilaterais, unicamente individuais, cristaliza o egocentrismo, auxiliam o totalitarismo e provocam com o tempo, consequências sempre destrutivas” (Pinho; Paumgarten, s.d., p. 8).

Em tal trilha de insatisfação, cujo nascedouro está ancorado na insuficiência estatal para atender às demandas sociais e os conflitos de interesse, de maneira geral, está delineado, com entusiasmo, o sistema de métodos alternativos à jurisdição ou *alternative dispute resolution* (ADR) para o tratamento dos conflitos, assentado numa prática discursiva, criando através do diálogo e não da força coercitiva um tratamento para o conflito, cuja legitimidade deste resultado encontra suas bases no próprio processo comunicativo que lhe originou. Assim, com o escopo de avançar no exame da temática, faz-se imprescindível analisar, pormenorizadamente, a mediação como método extrajudicial de tratamento de conflito e a valorização do diálogo na promoção da cidadania ativa.

#### **4. O emprego da mediação em um cenário de litígios: o empoderamento dos indivíduos na administração dos conflitos e a desconstrução da tradicional ideologia processual ganhador-perdedor**

A partir da necessidade de mudança de paradigmas no tocante ao tratamento dispensado ao conflito, é possível, utilizando a definição apresentada por Roberto Portugal Bacellar (2003, p. 174), colocar em voga a mediação, a qual consiste em uma técnica *lato senso* que tem como assento a aproximação das pessoas interessadas no tratamento<sup>4</sup> de um conflito, induzindo-as a encontrar, por meio do estabelecimento de um diálogo, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas. Em mesmo sentido, Vasconcelos (2012, p. 42) descreve mediação como “um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, em ambiente seguro e ambiência de serenidade, com a colaboração de um terceiro [...], expõem o problema, são escutadas e questionadas”, estabelecendo um diálogo construtivo e identificando interesses em comuns, opções e, de maneira eventual, estabelecendo um consenso. Garcia e Verdan apontam:

*A mediação é um meio alternativo simples, essencialmente extrajudicial de resolução de conflitos e efetivo no acesso a justiça. Ocorre quando as partes elegem um terceiro (mediador) alheio aos fatos para conduzi-las à solução do conflito por meio de um acordo sem que haja uma interferência real do mesmo. O objetivo da mediação é responsabilizar os protagonistas, fazendo com que eles mesmos restaurem a comunicação e sejam capazes de elaborar acordos duráveis. A mediação não é instituto jurídico, mas sim, uma técnica alternativa na solução de conflitos que propõe mudanças na forma do ser humano enfrentar seus problemas (2013, p. 13). (grifei).*

Distintamente do sistema adversarial processual que vigora, a mediação busca a estruturação de uma mudança cultural, especialmente no que se refere ao poder dos indivíduos de tomar as decisões que

influenciam a realidade em que se encontram inseridos. Conforme Waltrich e Spengler (2013, p. 172) apontam, a mediação, na condição de espécie do gênero justiça consensual, permite uma acepção ecológica de tratamento dos conflitos sociais e jurídicos, na qual o escopo de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada proveniente de uma sanção legal. A mediação possibilita um tratamento igualitário entre os envolvidos, na condição de seres humanos, observando as características de cada indivíduo, não comportando qualquer forma de julgamento, mas sim fomentando uma compreensão recíproca e uma responsabilidade compartilhada.

Dessa forma, a mediação é considerada, contemporaneamente, como forma ecológica de tratamento dos conflitos sociais e jurídicos, uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. Está assentada na ótica segundo a qual um terceiro neutro tenta, por meio da organização de trocas entre as partes, permitir a estas confrontar seus pontos de vista e procurar, com seu auxílio, uma solução para a divergência que os opõe. “Atualmente a mediação é considerada um salto qualitativo para superar a condição jurídica da modernidade, baseada no litígio e apoiada em um objetivo idealizado e fictício como é o de descobrir a verdade, que não é outra coisa que a implementação da cientificidade como argumento persuasivo” (Spengler, 2006, p. 53). Ora, diz-se dela que é uma forma consensuada de tratamento do litígio, porquanto o terceiro mediador é dotado de um poder de decisão limitado ou não autoritário, ajudando as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um consenso, mutuamente aceitável com relação às questões colocadas em disputa.

Desconstrói-se a figura da vítima e do agressor, do autor e do réu, erigindo, em seu lugar, os “mediandos”, em situação de igualdade e, a partir da edificação de diálogos e responsabilização compartilhada, amadurecidos para promover, culturalmente, a mudança de paradigmas no enfrentamento do conflito, de modo que não há uma busca sedenta pelo estabelecimento do culpado, mas sim pela construção de um consenso proveniente da vontade dos envolvidos. Assim, opondo-se à dogmática processualista tradicional, que busca a eliminação

do conflito por meio da simples emissão de um pronunciamento do Estado-juiz, a mediação, alçada a método transformador de uma cultura adversarial, objetiva o enaltecimento da dimensão afetivo-conflituosa, tratando as origens, as causas e as consequências advindas do conflito:

A visão da mediação transformadora sobre o conflito percebe-o como uma situação-problema comum ao convívio e que deve servir de oportunidade ao amadurecimento das relações. Contrariamente, o poder jurisdicional percebe no conflito a lide judicial a qual deve ser posta termo, visto que reflete algum distúrbio ou quebra da ordem social. A decisão autoritária põe fim à lide processual, permanecendo ou até mesmo piorando o conflito, pois na maioria dos casos a determinação judicial trabalha de forma binária com a ótica de vencedores e perdedores, não satisfazendo muitas vezes o resultado a nenhuma das partes (Bezerra, 2011, p. 219).

Supera-se o ranço tradicional de transferir para o Estado-juiz, de maneira exclusiva, a possibilidade para a resolução dos conflitos, notadamente os inseridos na esfera privada, assegurando, por consequência, o empoderamento dos envolvidos, de modo a desenvolver a cidadania e autonomia para a construção de consensos e para promover a cultura da paz. Trata-se, com efeito, de privilegiar a autonomia da vontade das partes, ao invés de recorrer a um terceiro que decida por eles, sendo que o Estado-juiz é o último recurso, quando todas as vias de negociação fracassaram. Com destaque, o provimento jurisdicional prestado pelo Estado-juiz, comumente, está revestido apenas da técnica processual, pautado na legislação fria e em precedentes jurisprudenciais, poucas vezes envolvendo um olhar sensível para as peculiaridades e nuances que emolduram a situação concreta levada a juízo. Mais uma vez, há que se resgatar que, diante da política de números e estatísticas que passou a inundar o Judiciário, o qual busca incessantemente demonstrar a concreção do acesso à justiça<sup>5</sup> e a duração razoável do processo, o que importa é a finalização de processos, sem que isso necessariamente reflita na construção de consensos entre os dissidentes.

A visão transformativa propiciada pela mediação, consoante Foley (2011, p. 247), permite que o conflito seja encarado como uma oportunidade dúplice, na qual, concomitantemente, há o desenvolvimento e exercício da autodeterminação, consistente no empoderamento<sup>6</sup> dos *mediandos* e na confiança mútua, por meio da motivação à reciprocidade entre os envolvidos na pendenga. Com destaque, a resposta ideal ao conflito não consiste em buscas desenfreadas e beligerantes de extirpá-lo para promover a resolução do problema; ao contrário, o conflito reclama uma gestão madura, a fim de materializar um processo de transformação dos indivíduos nele inseridos. Neste passo, a mudança paradigmática de ótica no tratamento do conflito é responsável por alterar o comportamento dos *mediandos* diante do dissenso, suscitando a responsabilidade compartilhada e solidarizada, de modo a não estabelecer polos antagonistas, mas sim partes complementares:

A mediação, principalmente o enfoque transformador, traça um novo contexto dentro do qual é possível lidar com as diferenças de forma não binária, convocando para estabelecer uma ponte entre um e outro, sem eliminação e sem fusão, entre esses polos de relação. É um convite para se reconhecer o outro e seu co-protagonismo na solução do problema vivenciado por eles. (Soares, 2010, p. 113).

Warat (2001, p. 80-1) já se posicionou no sentido de que a mediação não está cingida a somente o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos, alheia à moldura factual que enquadra o dissenso entre os protagonistas. De igual maneira, a mediação, na condição de método extrajudicial de tratamento de conflitos, não busca como única finalidade a obtenção de um acordo que, corriqueiramente, não reflete substancialmente a vontade das partes nem permite a responsabilização solidária dos envolvidos. Ao reverso, o fito maior é ajudar os interessados a redimensionar a questão, compreendida como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que foram responsáveis por causar a colisão entre as atitudes e os interesses no relacionamento de pessoas com diferentes propósitos. A perspectiva valorada não está assentada no ideário puramente acordista, que concebe o mútuo con-

sentimento como o fim último do processo, o qual transmite o ideário mascarado de tratamento do conflito, colocando fim em mais um número que tramita nos sistemas de gerenciamento de dados dos tribunais de justiça. Ao reverso, a ótica privilegiada está calcada na construção paulatina e imprescindível do consenso, no qual o mediador atua na construção de uma relação alicerçada no diálogo, possibilitando o entendimento de sentidos, a partir da determinação da autonomia e empoderamento dos indivíduos.

Como bem assinala Silva (2004, p. 15), “a base do processo de mediação é a visão positiva do conflito. A ciência desta ensina o conflito como algo necessário para o aperfeiçoamento humano, seja pessoal, comercial, tecnológico, ou outro qualquer”, sensível às complexas e intrincadas realidades apresentadas por cada indivíduo e que contribuíram para a abordagem do conflito. Deve-se destacar, com ênfase, que “a finalidade de todo o processo é a obtenção de um acordo satisfatório para as partes e o desenrolar do mesmo é feito com base na consensualidade” (Rios, 2005, p. 11), eis que tão somente assim são alcançadas as soluções que satisfazem os interesses de ambos os sujeitos. Na mediação, os indivíduos não atuam como adversários, porém como corresponsáveis pela solução da lide, contando com a colaboração do mediador, o terceiro – que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito. Acerca do tema, esclarecem Moraes e Spengler:

Através deste instituto, busca-se selecionar conflitos mediante a atuação de um terceiro desinteressado. Esse terceiro denomina-se mediador e exerce uma função como que de conselheiro, pois pode aconselhar e sugerir, porém, cabe às partes constituir suas respostas. Com auxílio do mediador, os envolvidos buscarão compreender as fraquezas e as fortalezas de seu problema, a fim de tratar o conflito de forma satisfatória. Na mediação, por constituir um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da Jurisdição estatal tradicional, na qual este poder é delegado aos profissionais do direito, com preponderância àqueles investidos nas funções jurisdicionais (2008, p. 134).

É necessário realçar, também, que a mediação, na condição de método de tratamento extrajudicial de conflitos, combate a escalada de desentendimentos decorrentes do moroso e litigioso procedimento adotado no cenário jurídico vigente, não permitindo que as partes alcancem a conflagração extrema, permitida pelo sistema adversarial. “A ideologia ganhador-perdedor vigente no sistema tradicional judiciário é substituída por uma nova abordagem baseada na cooperação entre as partes envolvidas e não na competição” (Santa Catarina, 2004, p. 4). Deste modo, a mediação, apesar de ser método com longo percurso de aplicação, apresenta-se como forma inovadora, no território nacional, de abordagem jurídica e também como alternativa ao sistema tradicional judiciário adotado para tratar os conflitos, nos quais se valoram a cooperação e a disponibilidade em promover a solução, destacando-se, via de consequência, como elementos imprescindíveis para a construção de um consenso entre os mediandos.

É plenamente perceptível que a mediação exige terreno próprio para atuação, em decorrência dos aspectos a que se propõe, notadamente a mudança cultural no tocante ao enfrentamento do conflito, já que suas bases se pautam na busca de um consenso qualitativo que só pode ser alcançado com o tempo e com a mudança cultural das partes que preferencialmente esperam ouvir, atender uma ordem do Estado a tomar uma decisão por si. Sobre tal assunto, Dierle José Coelho Nunes (2011, p. 174) afirma “que existem situações em que os acordos são impostos, mesmo quando sejam inexecutáveis para permitir a pronta ‘resolução do caso’, com a adequação à lógica neoliberal de produtividade”, e isso, por óbvio, não é o que se espera da mediação de conflitos. Neste passo, a mediação propõe a responsabilização dos envolvidos para tratarem o conflito, de maneira que o consenso seja resultante da conjunção de esforços e reflita as vontades dos mediandos, não se traduzindo, via de consequência, em um pronunciamento emanado por um terceiro (Estado-juiz), alheio às nuances e particularidades que emolduram o dissenso.

## **5. Ponderações finais: o diálogo como instrumento de fomento na administração de conflitos e na promoção da cidadania ativa**

Diante do cenário apresentado, é possível pontuar que, conquanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também nomeada de constituição cidadã, assegure, formalmente, o acesso à justiça, há que se salientar que o Poder Judiciário, em decorrência do pragmatismo existente e da visão processual adotada, diariamente frustra a promoção de tal direito. Na realidade, a busca insaciável por diminuição de processos, com emissões de pronunciamentos do Estado-juiz, pautado, regularmente, na distorcida visão do acordo como elemento de satisfação das partes, apenas atende o aspecto quantitativo de índices e dados que procuram demonstrar que o Judiciário, como zeloso e sensível poder constituído, trava uma batalha pela materialização do princípio da duração razoável do processo. A falaciosa cultura acordista, adotada no modelo nacional, não trata o conflito nem as causas que o desencadeiam; ao reverso, fomenta apenas o tradicionalismo adversarial arraigado que, imperiosamente, agrupa os envolvidos em polos distintos, os quais, uma vez infantilizados pelo monopólio na solução dos litígios, transferem ao terceiro, Estado-juiz, a capacidade de gerir o dissenso e determinar, a partir do arcabouço jurídico posto, qual dos litigantes é detentor do direito pleiteado ou mesmo quem ganha e quem perde.

Em oposição à visão negativa de abordagem dos conflitos, a mediação, como método extrajudicial de tratamento dos dissensos, busca promover uma mudança cultural, centrada no empoderamento dos envolvidos, de modo que, a partir do diálogo e amadurecimento dos mediados, seja possível estabelecer uma responsabilização compartilhada, em substituição à figura do culpado, culminando na construção de consensos que decorram, de fato, da confluência da vontade das partes. Mais que isso, há que reconhecer que o diálogo permite uma experiência de aproximação com o outro, criando um cenário de comunhão, espontaneidade de perguntas e respostas, e o ser humano deixa-se ser e dizer para o outro, revelando-se. O diálogo, em um cenário de aguçada

litigiosidade, se apresenta como instrumento dotado de relevante proeminência, permitindo aos mediandos um crescimento pelo falar e pelo ouvir, abandonando a visão tradicional de imposição que é advinda do representante do Estado-juiz.

Não mais vigora a ideologia dualística do ganhador-perdedor, mas sim uma ótica segundo a qual o diálogo estruturado permite que ambos experimentem uma nova percepção do conflito, algo intrínseco e inseparável da convivência em sociedade. A cultura de empoderamento dos indivíduos possibilita que seja desenvolvida uma autonomia participativa que refletirá diretamente na construção dos consensos formados, eis que derivarão da conjunção de esforços e anseios dos envolvidos. Trata-se, com efeito, de reconhecimento e fortalecimento da cidadania ativa como instrumento capaz de conferir amadurecimento aos indivíduos, inclusive na condução e administração do conflito, sem que isso se reflita no fortalecimento da tradicional infantilização social e da estadia. Neste cenário, o consenso é fruto da vontade dos envolvidos, que, uma vez empoderados, logram êxito na gestão do conflito e no melhor mecanismo para tratá-lo, distinguindo-se, via de consequência, do pronunciamento estatal, que, trivialmente, é imposto pelo julgado, alheio às nuances e aspectos caracterizadores dos atores rivais, estando atrelado apenas ao arcabouço jurídico.

Ora, há que reconhecer que em prol da edificação de um sistema focado no empoderamento dos mediandos e no fortalecimento, por consequência, da cidadania ativa, o protagonismo está vinculado àqueles em detrimento do Estado-juiz. Ademais, em tal cenário, inexistente a figura do juiz togado, cuja legitimidade é proveniente do reconhecimento dispensado pelo Estado e pelo sistema burocrático, mas há o mediador, o terceiro imparcial, escolhido consensualmente pelos interessados, cuja legitimação decorre do próprio reconhecimento da comunidade. Ao invés de emanar uma decisão, ele apenas orientará a condução do diálogo, permitindo que os mediandos alcancem o tratamento mais adequado ao conflito existente. É notável, portanto, que, ao conceder protagonismo aos mediandos, o mediador está, por consequência, conferindo reconhecimento à autonomia e amadurecimento daqueles diretamente envolvidos no conflito, inclusive no que toca à

edificação de consensos que reflitam seus reais interesses, em oposição a pronunciamentos judiciais (sentenças e decisões) incapazes de tratar a polêmica, que apenas colocam fim a mais um caderno processual. Assim, a mediação, em tal cenário, se apresenta como instrumento capaz de resgatar a capacidade do indivíduo de se expressar ativamente, manifestando-se na administração dos conflitos em que está envolvido, bem como de permitir que o litígio não seja encarado como algo destrutivo, uma arena de combate, mas sim como um campo de amadurecimento, emancipação e cidadania ativa.

## Notas

1. Tauã Lima Verdan Rangel. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Bolsista CAPES. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais (UFF).
2. Sobre o sistema processual adversarial brasileiro e a ideologia ganhador-perdedor, o artigo aprofundará tal temática na seção 02.
3. Em que pesem os debates existentes sobre a nomenclatura, havendo a denominação métodos alternativos de tratamento de conflitos e métodos extrajudiciais de tratamento de conflitos, no presente a segunda será a empregada, porquanto, para o objeto eleito, confere protagonismo aos envolvidos no conflito, reafirmando as bases de cidadania ativa, autorresponsabilização e autonomia na condução da administração do conflito e na construção de uma resposta que decorra dos anseios de ambos e não calcado na imposição do Estado-juiz fortalecido.
4. Conquanto o autor empregue o termo “resolução”, pelas razões aduzidas em nota anterior, será mantida a expressão “tratamento”, ao abordar os conflitos.
5. No presente, a locução “acesso à justiça” é empregada de maneira restrita como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, enfatizando as críticas do autor às políticas estabelecidas até o momento, materializando o monopólio do Estado em “tratar” os conflitos. Com efeito, acesso à justiça compreende múltiplas ferramentas, dentre as quais a possibilidade dos indivíduos de tratarem os conflitos em que se encontram inseridos, gozando da faculdade de recorrer ao Estado-juiz apenas quando todas as demais possibilidades restarem frustradas.
6. A expressão “empoderamento” é utilizada como um conceito associado à autonomia, desenvolvida em um processo paulatino, amadurecido e consciente de transformação pessoal por meio do qual os indivíduos passam a controlar suas vidas. Com efeito, a expressão “empoderamento” passa a emprestar substância a uma ideologia segundo a qual é possível assegurar que cada indivíduo exerça sua autonomia e autodeterminação de maneira plena, consciente e madura, notada-

mente no tocante ao tratamento dos conflitos e dissensos gerados do convívio em sociedade, a fim de assegurar a responsabilização compartilhada, em detrimento da cultura tradicional que busca identificar culpados e transferir responsabilidades.

## Referências

- ANDRADE, Daniela Meirelles; CASTRO, Carolina Lescura de Carvalho; PEREIRA, José Roberto. Cidadania ou “estadania” na gestão pública brasileira. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, n. 46, v. 01, jan.-fev. 2012, p. 177-190. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v46n1/v46n1a09.pdf>>. Acesso em 16 set. 2015.
- BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e democracia. *Revista Lua Nova*, n. 33, 1994, p. 05-16. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n33/a02n33.pdf>>. Acesso em 16 set. 2015.
- BEZERRA, Tício. A mediação enquanto instrumento de emancipação da cidadania e de democratização da Justiça e do Direito. *Revista Direito & Sensibilidade*, 2011, p. 211-226. Disponível em: <<http://seer.bce.unb.br/index.php/enedex/issue/current>>. Acesso em 16 set. 2015.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. atual. São Paulo: Malheiros Ltda., 2007.
- CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.
- \_\_\_\_\_. Cidadania, estadania, apatia. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, p. 8, 24 jun. 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FOLEY, Gláucia Falsarella. A justiça comunitária para emancipação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas César (org.). *Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.
- FRONZAGLIA, Paulo M.L. Estado, cidadania e políticas de bem-estar no Brasil: uma abordagem histórica. *Revista Mackenzie*, São Paulo, n. 3, B07, 2007.
- GARCIA, Cláudia Moreira Hehr; VERDAN, Tauã Lima. A mediação no novo Código de Processo Civil Brasileiro: críticas à efetivação do Instituto de Composição de Litígios, a partir de uma análise construtiva das tradições *Civil Law* e *Common Law*. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; et al. (org.). *Mediação judicial e garantias constitucionais*. Niterói: Editora do PPGSD, 2013.
- GARCIA, Gustavo S. Prado. *Estadania x cidadania*. Disponível em: <[http://www.pradogarcia.com.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=60&Itemid=7](http://www.pradogarcia.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=60&Itemid=7)>. Acesso em 16 set. 2015.

- GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos a partir do direito fraterno*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.
- MELLUCCI, A. *Social Movements and the Democratization of Everyday Life. Civil Society and the State*. Londres: Verso, 1988.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- MOURA, Joana Tereza Vaz; SILVA, Marcelo Kunrath. Atores sociais em espaços de ampliação da democracia: as redes sociais em perspectiva. *Revista Sociologia Política*, Curitiba, v. 16, n. suplementar, ago. 2008, p. 43-54.
- NASCIMENTO, Vanessa do Carmo. Mediação comunitária como meio de efetivação da democracia participativa. *Âmbito jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 16 set. 2015.
- NUNES, Dierle José Coelho Nunes. *Processo jurisdicional democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele. *O acesso à justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.reajdd.com.br/html/humberto.pdf>>. Acesso em 19 set. 2015.
- RESTA, Elígio. *O direito fraterno*. VIAL, Sandra Regina Martini (trad.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.
- RIBEIRO, Luiz Cesar Queiróz. Desafios da construção da cidadania na metrópole brasileira. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 22, n. 3, set. dez. 2007, p. 525-544. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v22n3/03.pdf>>. Acesso em 16 set. 2015.
- RIOS, Paula Lucas. Mediação familiar: Estudo preliminar para uma regulamentação legal da mediação Familiar em Portugal. *Verbo jurídico*, v. 2, 2005. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com>>. Acesso em 16 set. 2015.
- SANTA CATARINA (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Mediação familiar: Formação de Base*. Florianópolis: 2004, 98 p. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em 16 set. 2015.
- SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur Edições, 2004.
- SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. *Mediação de conflitos ambientais: um novo caminho pra a governança da água no Brasil?* Curitiba: Juruá, 2010.
- SPENGLER, Fabiana Marion. Uma nova abordagem dos conflitos sociojurídicos por meio do Direito Fraterno. *Direito em debate*, n. 26, jul.-dez. 2006, p. 33-56. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/676/393>>. Acesso em 19 set. 2015.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.
- VIEIRA, Liszt. *Cidadania e sociedade civil no espaço público democrática*. Disponível em: <<http://empreende.org.br>>. Acesso em 16 set. 2015.

- WALTRICH, Dheimy Quelem; SPENGLER, Fabiana Marion. Reflexões acerca da mediação comunitária como estratégia prática de cidadania participativa. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, a. 17, n. 25, 2013, p. 161-181. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/546>>. Acesso em 16 set. 2015.
- WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

# Tutelas provisórias na Lei 13.105/15 – Novo Código de Processo Civil

**Carlos Alberto Del Papa Rossi<sup>1</sup>**

Advogado

NESTE RÁPIDO ENSAIO, SEM A PRETENSÃO DE ESGOTAR O TEMA, abordamos vários aspectos das tutelas de urgência trazidas pela Lei 13.105/015 – *novo Código de Processo Civil*. Às vésperas da entrada em vigor do novo *Codex* ainda são muitas as dúvidas que gravitam em torno desse importante assunto. Na medida do possível, e até mesmo por motivos didáticos, tentamos traçar paralelos com as medidas cautelares e a tutela antecipada do Código de 1973, inclusive citando posicionamentos jurisprudenciais, e sempre ressaltando a necessidade de a legislação processual não se distanciar da garantia constitucional de que nenhuma lei pode, não importa a que pretexto, amesquinhar o direito de acesso à efetiva prestação da tutela jurisdicional.

## Introdução

É notório que o Poder Judiciário está mais do que sobrecarregado, o que acaba por impor aos magistrados precárias condições de trabalho diante de excessivo volume. Essa sobrecarga, decorrente da grande quantidade de processos em andamento somados aos que são diariamente iniciados, leva, de modo inevitável, à morosidade da prestação jurisdicional. Isto, lamentavelmente, beneficia não apenas os maus pagadores, mas todas as pessoas que, mesmo cientes de que determinadas condutas são ilícitas, infringem a lei e não respeitam direitos alheios.

Salvo as excepcionalíssimas situações em que se admite a defesa de um direito pelas próprias mãos<sup>2</sup>, e até com o uso de força bruta, o orde-

namento jurídico exige que os conflitos de interesses sejam dirimidos pacificamente. O ideal seria que as pessoas se conduzissem de maneira natural conforme o legalmente regrado. Entretanto, apesar de normas jurídicas disciplinarem como um homem deve se comportar perante os demais, inúmeros e frequentes são os casos de inobservância.

Uma vez ameaçado ou lesado um direito, e não sendo umas das raras situações em que se admite a autotutela, deve o seu titular buscar amparo perante o Estado, a quem incumbe a aplicação do direito aos casos que lhe são apresentados, valendo lembrar que há, conforme o caso, a possibilidade de se optar pela arbitragem.

Dentre a vasta gama de normas jurídicas que integram o direito, uma parte delas regula a atividade do Estado – *jurisdição* – destinada à composição dos conflitos de interesses que frequentemente surgem no seio da sociedade.

Pode-se dizer, assim, que *processo* é o instrumento disponibilizado pelo ordenamento jurídico através do qual o Estado (terceiro imparcial e sem interesse), uma vez provocado, aplica o Direito ao caso concreto, observando uma sequência de atos legalmente regrados<sup>3</sup>. Exercido o direito de ação pelo autor, o Estado instaura o processo, e no seu curso vários atos devem ser praticados pelas partes, pelos órgãos jurisdicionais e por terceiros – tais como escrivães, peritos, assistentes técnicos, contadores etc. Todos esses atos têm como finalidade exclusiva a prestação da tutela jurisdicional.

O processo, como instrumento de atuação do Estado na entrega da prestação jurisdicional, se desenvolve seguindo um determinado procedimento. Há todo um percurso desde o início da atividade jurisdicional até o seu fim, estando ele devida e legalmente disciplinado – *devido processo constitucional e legal*.

É certo que nesse caminhar do processo decorre tempo geralmente bastante longo, pois o modelo constitucional e legalmente disciplinado deve observar inúmeras regras e princípios relacionados ao contraditório, ampla defesa, juiz natural, publicidade dos atos processuais, duplo grau de jurisdição etc. É indiscutível, por assim dizer, que a prestação da tutela jurisdicional de caráter definitivo com vista a atender a segurança jurídica exige tempo.

Tendo o direito por objetivo viabilizar as relações entre os legislados, necessário é que o Estado tenha meios e condições de prestar a tutela jurisdicional de modo a não permitir o perecimento do direito ameaçado, coibindo e desestimulando comportamentos vedados pelo ordenamento jurídico. São indispensáveis, portanto, regras que permitam ao Estado, mesmo antes do término do processo judicial (cognição exauriente – definitiva), tutelar direitos de forma antecipada, evitando que o livre acesso à justiça seja visto como o singelo direito de provocar um poder estéril, o que acabaria por levar muitos a acreditarem que é mais eficiente a justiça pelas próprias mãos.

Mostra-se imprescindível a regulação da prestação da tutela jurisdicional de modo a obstar que a morosidade do processo prejudique o direito que a parte pretende ver tutelado quando sua pretensão estiver escorada em argumentos e provas que demonstrem sua plausibilidade.

Neste rápido trabalho, sem nenhuma pretensão de esgotar o assunto, faremos a análise das chamadas “tutelas provisórias” disciplinadas pela Lei 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil), e na medida do possível, ainda que para fins exclusivamente didáticos, abordaremos alguns pontos da tutela antecipada e das medidas cautelares tal como reguladas pelo Código de Processo Civil de 1973.

## 1. Embasamento constitucional das tutelas provisórias

Entre as finalidades que justificaram a composição de uma assembleia para inaugurar o sistema positivado e constituir a República Federativa do Brasil está a garantia de acesso à Justiça.

Assegurando a distribuição da efetiva justiça, a Constituição Federal, no inciso XXXV, de seu artigo 5º, traz o basilar princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, preceituando, *verbis*:

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

Dando maior ênfase a tal preceito, a EC 45/2004 inseriu o inciso LXXVIII no art. 5º, pelo qual, *in verbis*:

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.

A garantia constitucional de livre acesso ao Poder Judiciário não pode ser entendida como a mera faculdade de se provocar o órgão jurisdicional competente a se manifestar sobre um determinado direito, mas sim como a garantia de se obter do Estado a efetiva distribuição da justiça. A Constituição Federal assegura aos súditos o direito de provocarem o Poder Judiciário para que entregue o bem da vida a quem de direito em tempo hábil, a não se traduzir como mera liberdade de acesso a uma justiça inútil.

Em artigo publicado na *Revista Consulex*, o ministro Nilson Naves destacou que “existe um aspecto importante a considerar: o verdadeiro sentido do acesso à Justiça não está apenas na entrada; está, sobretudo, na saída dela. Com efeito, a questão do acesso aponta para o direito à efetiva tutela jurisdicional. Fica claro que de nenhuma utilidade seria o acesso se dele não resultasse pronta decisão. Na verdade, muitas medidas, se não concedidas com presteza, isto é, se concedidas tardiamente, serão inúteis”<sup>4</sup>.

Provocado, o Poder Judiciário deve pronunciar-se dizendo o direito, solucionando o conflito que lhe foi apresentado e entregando a efetiva justiça.

Tendo em vista que em muitos casos o titular do direito lesado ou ameaçado não pode aguardar o final do processo (cognição exauriente), que em regra é extremamente lento<sup>5</sup>, nosso ordenamento positivo deve disciplinar institutos processuais que tenham o condão de garantir a efetividade do direito.

Feitas estas rápidas considerações, começaremos a tratar das tutelas provisórias disciplinadas pelo novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/15.

## 2. Tutelas provisórias – disposições gerais

### 2.1 Espécies

De início, convém destacar que a Lei 13.105/2015 (NCPC) deixa de tratar do “processo cautelar” tal como previsto no Código de Processo Civil de 1973 (livro III), surgindo as chamadas “tutelas provisórias” (livro V).

As tutelas provisórias foram previstas em duas espécies, sendo elas as “de urgência” e as “de evidência” (art. 294). As primeiras exigem a demonstração da verossimilhança (não de certeza) do direito afirmado e a urgência de sua proteção, enquanto as segundas dependem apenas do convencimento quanto à plausibilidade.

As tutelas provisórias de *urgência* foram divididas em *cautelares* e *antecipadas*, que sempre terão por finalidade afastar “o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (art. 300, NCPC). Em qualquer dos casos de tutela de urgência, o que se busca proteger é o direito verossímil de que o autor alega ser titular. A distinção entre uma e outra está no fato de que a *tutela cautelar* visa assegurar o direito que pode vir a ser reconhecido no processo de conhecimento, e com isto garantir a futura satisfação de seu titular; e, por outro lado, a *tutela antecipada* entrega provisoriamente o direito ao autor. Em ambos os casos (cautelar ou antecipada) podem ser requeridas antes (antecedente) ou no curso (incidental) de um processo (art. 294, p. ún.), sendo que na segunda situação não dependerá do pagamento de custas (art. 295).

A tutela de *evidência*, por sua vez, diante da plausibilidade do direito afirmado na petição inicial, viabiliza a sua proteção antecipadamente, mesmo quando inexistir perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, mas só terá cabimento nos casos elencados pelo artigo 311.

### 2.2 Decisão e seus efeitos

O artigo 298 exige que a decisão que concede, nega, altera ou revoga a tutela provisória (de urgência ou de evidência) seja fundamentada de forma clara e precisa, o que, na realidade, já decorre do disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Apesar do nome “*tutela provisória*” não ser o mais acertado, ele indica que no curso do processo, com a dilação probatória, novas circunstâncias podem surgir e legitimar a mudança do convencimento do magistrado, que anteriormente a concedeu com base num juízo de cognição sumaríssima. Não se opera para o juiz a preclusão, podendo ele, no curso da demanda, revogar ou modificar a tutela provisória deferida (art. 296, *caput*).

A impropriedade do nome “*tutelas provisórias*” decorre do fato de nem sempre serem provisórias, podendo, em muitos casos, ser temporárias. Como vimos, a tutela de urgência pode ser *cautelar* ou *antecipada*. Se for cautelar seus efeitos devem perdurar no tempo (temporiedade) até que cessem as causas que exigiram o provimento acautelatório. Por outro lado, se antecipatória dos efeitos do provimento final de mérito, satisfará *provisoriamente* a pretensão do autor, podendo ou não se tornar definitiva.

Dúvidas podem surgir quanto à possibilidade de o magistrado se retratar independentemente de requerimento feito nesse sentido. Acreditamos que nada impede que o juiz, de ofício, e por decisão clara e precisa, se retrate daquela outra que foi anteriormente proferida em juízo de cognição sumaríssima, desde que apenas para revogá-la ou modificá-la. Da mesma forma que a tutela provisória é prevista como instrumento necessário à efetividade jurisdicional, não pode servir como meio de invasão da esfera jurídica da parte adversa e, consequentemente, se mostrar contrária à própria efetividade jurisdicional que visa proteger. Isto, contudo, não significa que o juiz esteja autorizado a se retratar sem que nos autos tenha surgido qualquer elemento novo que justifique essa retratação.

Especificamente no caso de decisão que negou a tutela provisória, não poderá o juiz, de ofício, dela se retratar; a modificação dessa decisão denegatória dependerá de a parte apresentar novos elementos, ou manejar agravo de instrumento (art. 1.015, I).

Deferida a tutela provisória, seja ela de urgência ou de evidência, enquanto não proferida uma decisão em sentido oposto, conservará seus efeitos (art. 296) mesmo durante o período de suspensão do processo (ver arts. 313/315).

### 2.3 Efetivação – “Poder-dever geral de cautela e antecipação”

Conforme o caso submetido à apreciação do magistrado, uma vez concedida a tutela provisória (de urgência ou evidência), medidas específicas podem se mostrar necessárias para sua efetivação. Nesse contexto, o artigo 297 da Lei 13.105/15 (NCPC) permite que o juiz determine as medidas que julgar adequadas à efetivação da tutela provisoriamente deferida, e para isto deverá observar, naquilo que couber, as normas que disciplinam o cumprimento provisório de sentença.

Impende destacar que o artigo 519 estabelece que às decisões que concederem a tutela provisória são aplicadas, no que couber, as regras relativas ao cumprimento *provisório* ou *definitivo* de sentença. Resta inequívoco que da interpretação conjunta dos artigos 297 e 519 da Lei 13.105/15 (NCPC), ao deferir a tutela provisória o magistrado está legitimado a determinar todas as medidas cabíveis que julgar adequadas à sua efetivação, podendo até mesmo, se for o caso, valer-se da imposição de multas ou requisição de força policial (arts. 297, 519 e 536).

Percebe-se que em algumas situações o processo de conhecimento poderá ter, antes da sentença, uma fase executiva, sendo esta decorrente da efetivação da tutela provisória concedida, revelando que o *Codex* de 2015 valorizou a efetividade da prestação jurisdicional.

Não é demais lembrar que as tutelas provisórias podem ter natureza acautelatória ou satisfativa. E, como visto, pela tutela provisória de urgência a parte busca impedir danos ao direito, ou afastar riscos ao resultado útil do processo, devendo demonstrar a plausibilidade do direito – *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. Neste caso, o juiz poderá determinar: a) medidas de natureza *cautelar*<sup>6</sup> – conservativas – com o exclusivo escopo de preservar a efetivação da tutela jurisdicional final, como é o caso, por exemplo, do arresto e do sequestro; e b) medidas de natureza *antecipatória*<sup>7</sup> – parcialmente satisfativas –, que muito se assemelham à tutela definitiva em razão da antecipação dos efeitos da prestação jurisdicional final (cognição exauriente), tendo-se como exemplos os alimentos provisórios e a separação de corpos.

Assim, os atos relativos ao cumprimento de sentença aplicados na efetivação das tutelas de urgência não poderão extrapolar os limites das suas finalidades, quais sejam, impedir danos ao direito afirmado ou evitar riscos à efetividade jurisdicional.

A tutela de evidência, por sua vez, que só cabe nas hipóteses do art. 311, não depende da comprovação do perigo de dano ou riscos à efetividade do processo, mas funda-se na verossimilhança (não certeza) do direito.

Decidindo por conceder tutelas provisórias de natureza satisfativa, o juiz estará municiado com as medidas – normalmente mais complexas do que as de natureza assecuratória – que julgar mais aptas a anteciparem, provisoriamente, a satisfação do direito verossímil afirmado pelo autor.

Obviamente, por se tratar de disposição inerente ao cumprimento de sentença, também há que se observar o princípio da menor onerosidade (art. 805) na efetivação das tutelas provisórias.

Percebe-se que na Lei 13.105/15 permaneceu o mesmo problema já existente no Código de Processo Civil de 1973, relacionado à identificação das melhores medidas a serem determinadas para, provisoriamente, assegurar ou satisfazer o direito plausível ameaçado.

Por fim, cabe destacar que ao remeter às normas que regem o cumprimento provisório de sentença, o artigo 297, em seu parágrafo único, não impede a concessão de tutelas provisórias constitutivas ou declaratórias, devendo o magistrado, ao deferi-las, também estabelecer as medidas adequadas à sua efetivação.

## 2.4 Competência

A competência para apreciar pedidos de tutela provisória pertence ao juízo competente para julgar o pedido principal (art. 299). Se a ação for de competência originária de tribunal, ou se a tutela provisória for requerida em sede de recurso, a competência pertence ao órgão habilitado para julgar o mérito.

## 2.5 Tutelas provisórias no processo de execução

Vimos que a Lei 13.105/15 classificou as tutelas de urgência em cautelares e antecipadas<sup>8</sup>, sendo que as primeiras têm finalidade assecuratória do direito, e as segundas são satisfativas.

No processo de execução, tal como autoriza o artigo 799, VIII, incumbe ao exequente “*pleitear, se for o caso, medidas urgentes*”. Note-se que, ao contrário do previsto no art. 615, III, do CPC/1973<sup>9</sup>, a nova legislação não limita o exequente ao manejo de tutelas cautelares. Ao se referir a “medidas urgentes”, o novo Código de Processo Civil possibilita que o exequente, em caráter antecedente ou incidental, requeira ao magistrado qualquer das tutelas de urgência – acautelatórias ou satisfativas.

## 2.6 Recurso sem efeito suspensivo

Seja a tutela de urgência ou de evidência, a decisão que a concede deve ser atacada por agravo de instrumento (art. 1.015, I), que por não ser dotado de efeito suspensivo *ope legis* (art. 995) tem eficácia imediata. A decisão, mesmo agravada, poderá ser imediatamente levada a efeito<sup>10</sup>. Entretanto, é facultado à parte requerer ao relator seja atribuído efeito suspensivo ao agravo (art. 1.019, I).

Deveras, ainda que se tratasse de julgamento parcial de mérito (art. 356), o recurso cabível seria o agravo de instrumento (arts. 356, § 5º, e 1.015, II), também sem o efeito suspensivo (art. 995).

## 2.7 Concessão de tutelas provisórias na sentença

Em muitos casos pode ocorrer de o magistrado somente se convencer de que a tutela provisória deve ser deferida no momento em que profere a sentença.

Nesta hipótese, o recurso de apelação eventualmente interposto será recebido apenas no efeito devolutivo (art. 1.012, § 1º, V)<sup>11</sup>, viabilizando seu imediato cumprimento, sendo facultado à parte requerer seja atribuído efeito suspensivo ao apelo (art. 1.012, §§ 3º e 4º).

## 2.8 Tutela provisória contra a Fazenda Pública

Embora a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV, assegure que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, a Lei 13.105/15, que praticamente reproduz esse mandamento (artigo 3º), manteve restrições para a concessão de tutelas provisórias contra a Fazenda Pública. Em seu artigo 1.059, o novo Código de Processo Civil dispõe que “à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009”. Note-se que, apesar de parcialmente revogada e não mencionada pelo referido dispositivo (art. 1.059, NCPC), a Lei 9.494/97 também versa sobre esse assunto.

Por duas vezes, em controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de analisar a constitucionalidade de normas que restringem a tutela provisória contra a Fazenda Pública. Na primeira<sup>12</sup>, houve extinção da ação por perda do objeto, e na segunda<sup>13</sup> decidiu-se pela constitucionalidade do artigo 1º da Lei 9.494/97, o que lamentavelmente acabou por legitimar a existência de regras que funcionam como obstáculo à atividade jurisdicional no que se refere à concessão de tutelas provisórias contra a Fazenda Pública. A título de exemplo, podemos citar a proibição de liminares contra atos do poder público em qualquer ação de natureza cautelar ou preventiva se aquilo que se pretende não puder ser concedido em sede de mandado de segurança por proibição legal<sup>14</sup>; a vedação de liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza<sup>15</sup>; a impossibilidade de o juiz deferir liminar para compensação de créditos tributários ou previdenciários<sup>16</sup>; e a proibição de liminar quando esgotar, no todo ou em parte, o objeto da ação, ou seja, no caso de irreversibilidade<sup>17</sup>.

As normas que limitam as tutelas provisórias contra a Fazenda Pública devem ser interpretadas literalmente, pois possuem alcance bastante restrito. Não havendo limitação expressa na legislação, não é

lícito ao magistrado entrevistá-la<sup>18</sup>. Dito de outra forma, não sendo uma das hipóteses em que há expressa restrição para o deferimento de tutela provisória, presentes os requisitos o magistrado deverá concedê-la, inclusive liminarmente.

Frise-se, ainda, que há na jurisprudência pátria inúmeros casos em que as restrições de tutelas provisórias contra a Fazenda Pública foram relativizadas.

Sempre que a parte necessitar demandar contra a Fazenda Pública, sugerimos uma atenta análise da legislação a que remete o artigo 1.059, bem como da Lei 9.494/97, com minuciosa pesquisa jurisprudencial sobre todas as suas exceções, pois não são poucos os casos em que há abrandamento do alcance dessas normas limitativas pelas interpretações dos tribunais pátrios<sup>19</sup>.

Em nosso modesto pensar, além de estar em desacordo com o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, o artigo 1.059 da Lei 13.105/15 apresenta-se em sentido oposto ao princípio da isonomia processual a que alude o artigo 7º da mesma lei (NCPC).

O direito positivo pode ser conceituado como o conjunto de normas jurídicas válidas que tem por fim regular as relações entre os homens, bem como o comportamento destes enquanto legisladores. Como sistema, seus elementos – normas jurídicas – devem estar relacionados por um princípio unificador, que é a norma fundamental, também chamada de norma pressuposta, designação esta decorrente do fato de não ser construída a partir de nenhum diploma normativo, mas originária da vontade política de se ter um Estado juridicamente organizado.

Como bem esclarece Hans Kelsen ao discorrer sobre a norma fundamental, *in verbis*:

Uma ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo fato de a criação de toda e qualquer norma que pertence a este sistema ser determinada por uma outra

**O artigo 1.059 da Lei 13.105/15 e toda legislação que cria obstáculos à concessão das tutelas provisórias contra a Fazenda Pública não resistem a um teste de constitucionalidade**

norma do sistema e, em última linha, pela sua norma fundamental. Uma norma somente pertence a uma ordem jurídica porque é estabelecida de conformidade com uma outra norma desta ordem jurídica. Por esta via, somos reconduzidos finalmente à norma fundamental, que já não é estabelecida de conformidade com uma outra norma e que, portanto, tem de ser pressuposta.<sup>20</sup>

Com a devida vênia, apesar do entendimento do Supremo Tribunal Federal, nos parece que o citado artigo 1.059 da Lei 13.105/15 e toda legislação que cria obstáculos à concessão ou à efetivação das tutelas provisórias contra a Fazenda Pública não resistem a um teste de constitucionalidade.

### 3. Tutelas de urgência

Por motivos didáticos, vale lembrar que as tutelas de urgência foram separadas em duas classes – *cautelares* e *antecipadas* –, e em qualquer dos casos objetivam a proteção de direito verossímil impedindo perigo de dano ou riscos ao resultado útil do processo.

Enquanto pela tutela cautelar se pretende assegurar o direito afirmado pelo autor e garantir a sua satisfação caso venha a ser reconhecido no processo de conhecimento, a *tutela antecipada* satisfaz provisoriamente o direito que o autor alega.

#### 3.1 Requisitos

Presente o perigo de dano ao direito – que entendemos abranger os riscos ao resultado útil do processo – e sendo este plausível, poderá o autor pleitear uma tutela provisória fundada na urgência.

Apesar da existência de duas espécies de tutelas de urgência (cautelar e antecipada), o deferimento de qualquer uma delas exige a presença dos mesmos requisitos. Desaparece, portanto, a antiga discussão sobre a necessidade de “prova inequívoca” a que aludia o art. 273 do CPC/1973 para a concessão de tutela antecipada, que alguns interpre-

tavam como um juízo de cognição sumária mais profundo (quase de certeza) do que o exigido para as tutelas cautelares.

### 3.2 Liminar

As tutelas de urgência podem ser deferidas liminarmente<sup>21</sup>, ou seja, independentemente de o magistrado ouvir a parte contrária, sempre que demonstrados os requisitos legais, ou ficar evidenciado que a parte adversa, ciente da tutela urgente, possa inviabilizar sua efetivação.

A concessão da tutela de urgência *inaudita altera parte* não viola o princípio do contraditório e ampla defesa, haja vista que estes serão perfeitamente exercidos em momento posterior, quando a parte adversa poderá apresentar seus argumentos e provas concernentes ao provimento liminar, facultando ao juiz sua retratação.

Caso o juiz não verifique *prima facie* a presença dos requisitos legais, poderá postergar a apreciação do pedido da tutela de urgência para momento posterior ao contraditório, determinando a citação do réu e seu comparecimento em audiência de justificação prévia. Contra essa decisão o autor pode se insurgir via agravo de instrumento. Nessa audiência, às partes é dada a oportunidade de comprovarem ser ou não o caso de deferimento da tutela cautelar ou antecipada – de urgência.

### 3.3 Risco de irreversibilidade

Considerando que pela tutela antecipada o juiz concede ao autor a entrega – satisfatividade – provisória do direito, o artigo 300, em seu parágrafo terceiro, proíbe seu deferimento se houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da respectiva decisão. Trata-se de um requisito negativo para a antecipação da tutela emergencial<sup>22</sup>. Entretanto, tal como já se manifestaram os tribunais, essa regra deve ser relativizada em algumas situações, haja vista que do contrário poderá revelar-se inconstitucional.

Se a Constituição Federal assegura a proteção de direitos lesados ou ameaçados, não pode a legislação infraconstitucional, por sua má redação, amesquinhar tal garantia (art. 5º, XXXV).

É dever do magistrado, e não mera faculdade, decidir sobre todos os pedidos de tutela provisória que lhe são formulados. Inevitavelmente, muitos serão os casos em que o juiz deverá decidir se defere ou não a tutela antecipada quando é evidente o risco de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Por força do princípio da proporcionalidade, ainda que presente o risco de irreversibilidade, o juiz não poderá, de plano, indeferir a tutela antecipada, devendo avaliar todos os aspectos e valores envolvidos na questão para decidir se é ou não o caso de deferimento. Nesse sentido, *in verbis*:

Processual civil. Antecipação da tutela. Tratamento médico. Sequelas de infecção hospitalar. Irreversibilidade do provimento. Possibilidade. Documento novo. Juntada posterior. Nulidade. Não-ocorrência. I – É possível a antecipação da tutela, ainda que haja perigo de irreversibilidade do provimento, quando o mal irreversível for maior, como ocorre no caso de não pagamento de pensão mensal destinada a custear tratamento médico da vítima de infecção hospitalar, visto que a falta de imediato atendimento médico causar-lhe-ia danos irreparáveis de maior monta do que o patrimonial. (...).<sup>23</sup>

Não podemos nos limitar a uma interpretação literal desse dispositivo (art. 300, § 3º), uma vez que há a possibilidade disso implicar frontal violação à Constituição Federal por induzir a uma conclusão que negará a efetiva tutela de um direito verossímil ameaçado. Tal como já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, “*o possível risco de irreversibilidade dos efeitos do provimento da antecipação da tutela contida no art. 273, § 2º, do CPC não pode ser interpretado ao extremo, sob pena de tornar inviável o direito do reivindicante*”<sup>24</sup>.

Destaque-se que este requisito negativo não é exigido no caso de tutelas cautelares, apenas nas antecipadas.

### 3.4 Caução como garantia

Não sendo o caso de comprovada hipossuficiência da parte<sup>25</sup>, o que já se presume se representada pela Defensoria Pública, o juiz poderá

condicionar a concessão da tutela de urgência a uma caução real ou fidejussória suficiente para cobrir possíveis danos que a parte contrária possa sofrer em razão desse deferimento.

O parágrafo 1º do artigo 300 não pode ser visto como uma regra pela qual o juiz está autorizado, em qualquer caso, a exigir que seja prestada caução para ressarcimento de eventuais prejuízos decorrentes da tutela de urgência. Essa autorização, inserida no poder geral de cautela, exige que o magistrado avalie com prudência todos os elementos para decidir se é ou não indispensável a contracautela. Apreciando o deferimento de liminar em medida cautelar sob a égide do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que “o disposto no art. 804 do CPC<sup>26</sup>, sobre a possibilidade de o juiz exigir caução para deferimento da liminar, sem ouvir o réu, é mera faculdade concedida, que deve ser usada dentro de prudente critério”<sup>27</sup>.

### 3.5 Efetivação das tutelas de urgência

Já vimos que o artigo 297 autoriza o juiz a determinar todas as medidas que julgar adequadas para a efetivação das tutelas provisórias, observados os limites referentes às suas finalidades.

Cumpramos observar que o artigo 301 é meramente exemplificativo ao dispor que a tutela de urgência cautelar pode ser efetivada mediante arresto<sup>28</sup>, sequestro<sup>29</sup>, arrolamento de bens<sup>30</sup> e registro de protesto<sup>31</sup> contra alienação de bem (procedimentos cautelares nominados à luz do CPC/1973), mesmo porque esse próprio dispositivo encerra dizendo que a efetivação também pode se dar por “qualquer outra medida idônea para a asseguaração do direito”.

A nova legislação processual abandonou os procedimentos típicos das cautelares previstas no CPC/1973, que deram lugar à atipicidade para efetivação das tutelas cautelares.

### 3.6 Responsabilidade por danos e prejuízos

Com o objetivo de desmotivar a prática de atos que possam causar danos à parte contrária, o artigo 302 prevê a responsabilidade decor-

rente da efetivação da tutela de urgência, seja ela cautelar ou antecipada. Previsão parecida é encontrada no art. 811 do Código de 1973, que, embora literalmente se restrinja às medidas cautelares, teve seu alcance estendido também para as tutelas antecipadas do art. 273 do mesmo diploma legal<sup>32</sup>.

Trata-se de responsabilidade objetiva – dispensa prova de culpa<sup>33</sup>. O artigo 302 do novo Código de Processo Civil é expresso ao dispor que “*independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo*”<sup>34</sup>. A comprovação da culpa é exigida apenas para a reparação do dano processual<sup>35</sup> nos moldes dos artigos 79/81<sup>36</sup>, o que é prescindível para reparação dos prejuízos advindos da efetivação da tutela de urgência.

Embora desobrigada de demonstrar a culpa, a parte que alegar ter sofrido prejuízos deverá comprovar o dano e quantificá-lo<sup>37</sup>. Poderá liquidar a indenização nos próprios autos em que foi deferida a medida para efetivação da tutela de urgência<sup>38</sup>.

Proferida a sentença que reconhece a existência de danos e respectiva monta, proceder-se-á conforme o estabelecido para cumprimento provisório ou definitivo de sentença<sup>39</sup> – obrigação de pagar quantia certa.

### **3.7 Tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente**

De forma bastante inovadora, a Lei 13.105/15 permite que a parte, diante de uma situação emergencial e contemporânea à propositura da ação, ingresse em juízo requerendo, em caráter antecedente, apenas a concessão de uma tutela antecipada. Para isto, deverá seguir o procedimento previsto nos artigos 303 e 304.

#### **3.7.1 Petição inicial**

Vedada a autotutela, surgindo um conflito de interesses no qual as partes envolvidas não chegaram a um entendimento, aquela que tiver seu direito lesado ou ameaçado deverá requerer ao Estado a prestação

da atividade jurisdicional. Como bem expôs José Frederico Marques, jurisdição é “*atividade inicialmente inerte. Não há jurisdição sem ação ‘ne procedat iudex ex officio’. Os órgãos da atividade jurisdicional só atuam quando provocados. Sem que, através do pedido que se contém na ação, seja apresentada a pretensão, não se movimenta o poder jurisdicional*”<sup>40</sup>. “*O instrumento ou meio formal para o autor traduzir e dar vida a essa pretensão, formulando seu pedido, é a petição inicial.*”<sup>41</sup>

Se à época de ajuizar determinada ação a parte estiver diante de circunstâncias urgentes, ao formular sua petição inicial não estará obrigada, de plano, a cumprir todas as exigências do artigo 319. Poderá se limitar ao requerimento da tutela antecipada, devendo expor a lide e indicar a tutela final pretendida, bem como comprovar a presença de todos os requisitos legais (verossimilhança do direito e perigo de dano). Na petição inicial o autor também deverá atribuir valor à causa (arts. 291 e 304, § 4º) e informar (§ 5º) que pretende se valer do “benefício” disciplinado pelo artigo 303. É importante, neste momento, também juntar todos os documentos indispensáveis à comprovação do alegado, de modo a viabilizar o juízo de cognição sumária (art. 320).

Dois são, na verdade, os benefícios do autor quando opta pelo procedimento do artigo 303, sendo o primeiro aquele que lhe permite elaborar sua petição inicial sem todos os rigores do artigo 319. Isto, contudo, não quer dizer que a exordial pode ser muito sucinta, pois é indispensável que permita ao magistrado exercer o juízo de admissibilidade, bem como o de cognição sumária. Outro benefício de o autor optar pelo procedimento do artigo 303 é a possibilidade de a decisão que conceder a tutela antecipada se tornar estável, tal como prevê o artigo 304.

Quando dizemos que no caso de tutelas de urgência – antecipada ou cautelar – não há a necessidade de o autor atender a todos os requisitos do artigo 319 – petição inicial –, não estamos afastando seu dever de observar aqueles que são próprios, e indispensáveis, a toda e qualquer petição inicial. Ou seja, alguns desses requisitos, ainda que não expressamente exigidos pelos artigos 303 a 310, devem ser atendidos.

### 3.7.2 Indeferimento da tutela antecipada

Se ao analisar o pedido de tutela antecipada antecedente o magistrado decidir que não é o caso de sua concessão, poderá a parte recorrer, mas independentemente disto, deverá, no prazo de cinco dias, emendar a petição inicial atendendo aos demais requisitos (arts. 319 e 320), sob pena de indeferimento e extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 485, I).

### 3.7.3 Deferimento da tutela antecipada

Adequadamente redigida e distribuída a petição inicial, é instaurado o processo. Convencido da verossimilhança do direito e do perigo de dano, o juiz concederá a tutela antecipada por decisão clara e precisa, podendo determinar as medidas que julgar necessárias para sua efetivação (satisfatividade).

Contra a decisão de concessão da tutela antecipada, o réu, devidamente intimado (art. 231), *deverá* interpor recurso<sup>42</sup>, sob pena de esta-  
bilização<sup>43</sup> da tutela (art. 304).

O deferimento da tutela antecipada em caráter antecedente acarreta para o autor o dever de aditar sua petição inicial no prazo de quinze dias, ou noutro maior que o juiz fixar.

A razão desse aditamento reside no fato de o autor, por ter optado pelo requerimento da tutela antecipada na forma do artigo 303, não ter elaborado sua petição inicial atendendo a todos os requisitos do artigo 319. Assim, deverá proceder ao mencionado aditamento para complementar sua argumentação e juntar novos documentos, confirmando o pedido de tutela final indicado anteriormente.

Aditada a inicial, o juiz não determinará a citação do réu para contestar, mas para comparecer em audiência de conciliação ou de mediação (art. 334), e deverá intimá-lo da referida decisão, com a advertência de que se não houver a interposição de recurso decorrerá sua estabilização. Caso nesta audiência as partes não cheguem a um acordo, o prazo para contestar será de quinze dias contados da audiência de conciliação, nos moldes do artigo 335, I.

### **3.7.3.1 Do recurso contra decisão que deferiu tutela de urgência antecipada**

Note-se que o artigo 304, *caput*, não diz qual o recurso cabível. Como já observamos, as tutelas provisórias podem ser deferidas em primeira instância, bem como nos tribunais. Assim, se a decisão foi proferida em primeiro grau, dela a parte recorrerá por agravo de instrumento (art. 1.015, I). Deferida em segunda instância, o que provavelmente se dará por decisão monocrática, caberá agravo interno (art. 1.021), que alguns preferem chamar de “agravo regimental”. Sendo eventualmente deferida em segunda instância por decisão colegiada, o respectivo acórdão deverá ser objeto de recurso especial e/ou extraordinário, conforme a matéria nele debatida.

### **3.7.3.2 Da estabilização da decisão que deferiu a tutela de urgência antecipada em caráter antecedente**

O artigo 304, *caput*, é expresso ao dispor que deferida a tutela antecipada no procedimento do artigo 303 (requerida de forma antecedente), contra essa decisão o réu deve interpor recurso, sob pena de estabilização da mesma.

Desta forma, em atenção aos artigos 7º, 8º e 10º da Lei 13.105/15, e aos princípios do contraditório e ampla defesa, e do devido processo constitucional e legal, ao determinar a citação do réu para comparecimento em audiência o juiz também mandará que ele seja intimado da decisão antecipatória, com a advertência relativa à sua estabilização no caso de não interposição de recurso no prazo legal. Ou seja, da mesma forma que a legislação exige que o réu seja advertido de que sua inércia em não contestar acarretará a revelia, deve haver a advertência de que não recorrer da decisão concessiva da tutela antecipada ocasiona sua estabilização.

Caso o réu citado e devidamente intimado não interponha o recurso, a decisão antecipatória se tornará estável e o processo extinto sem análise meritória. Isto significa que independentemente dessa decisão (cognição sumária) não ser confirmada por sentença (cognição exauriente), continuará a produzir seus efeitos.

A alteração desta situação dependerá de decisão de mérito noutra ação (art. 304, § 2º), na qual a parte buscará rever, reformar ou invalidar a decisão que antecipou a tutela. Enquanto não proferida a decisão de mérito (art. 304, § 3º) nesta outra ação, perduram os efeitos daquela outra concessiva da tutela antecipada. Para propor esta ação (§ 2º) qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos a fim de instruir a demanda, sendo prevento o respectivo juízo (art. 304, § 4º).

Merecem destaques os parágrafos 5º e 6º do artigo 304, e por razão didática começaremos pelo parágrafo sexto. Como se observa de sua leitura, a decisão de antecipação de tutela que se tornou estável não faz coisa julgada, sendo que os efeitos da estabilização só serão afastados por decisão de mérito a ser proferida na ação de que trata o parágrafo segundo. Curiosamente, apesar de dispor que essa decisão estável não produz coisa julgada, o parágrafo quinto é claro ao dizer que “o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo” – sem análise de mérito.

Ora, ao mesmo tempo em que a Lei 13.105/15 diz que a decisão estável – na forma do artigo 304 – não faz coisa julgada (art. 304, § 6º), estabelece que é de dois anos o prazo para a propositura da ação que tem por objetivo rever, reformar ou invalidar essa decisão – de cognição sumária. É inevitável o surgimento de uma dúvida; afinal, se essa decisão antecipatória não faz coisa julgada, como será revista, reformada ou invalidada após o decurso de dois anos da ciência de extinção do processo em que foi deferida? Ação rescisória é certo não caber (art. 966), pois não se tem coisa julgada, nem decisão de mérito.

A impropriedade do legislador não pode afastar o direito da parte requerer e obter efetiva prestação jurisdicional. Assim, se após o decurso de dois anos da ciência da extinção do processo a parte não puder mais se valer da ação específica de que trata artigo 304, § 2º, en-

tendemos estar legitimada a se utilizar de qualquer outra ação, seja de procedimento especial ou comum, para discutir o direito e obter uma decisão capaz de confirmar, reformar ou invalidar a decisão de tutela antecipada estável.

Por se tratar de uma dinâmica nova, trazida pela Lei 13.105/15, não há posicionamento jurisprudencial sobre questão semelhante, mas ela deverá ser resolvida com fundamento nos princípios da efetividade, da segurança jurídica, da ampla defesa e do contraditório, do devido processo constitucional e legal, e do livre acesso à justiça para proteção de direito ameaçado ou lesado.

### **3.7.4 Perda da eficácia da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente**

Ao contrário do que o legislador fez ao tratar das tutelas cautelares requeridas em caráter antecedente, para as tutelas antecipadas não houve um dispositivo próprio disciplinando a perda de sua eficácia.

Apesar dessa lacuna, parece-nos que as regras do artigo 309 – tutelas cautelares – têm aplicabilidade também em se tratando de tutelas antecipadas.

A tutela antecipada em caráter antecedente perderá sua eficácia se: a) o autor não aditar a inicial (art. 303, § 1º, I), o que implicará a extinção do processo sem análise do mérito (art. 303, § 2º, e art. 485, I); b) não for efetivada dentro de 30 dias (art. 309, II); e c) o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado (art. 309, III).

Vale lembrar que se a efetivação da tutela antecipada gerar prejuízos à parte contrária, a responsabilidade pela reparação será objetiva (art. 302).

### **3.8 Tutela de urgência cautelar requerida em caráter antecedente**

Presente a necessidade de assegurar o direito que se pretende ver reconhecido em definitivo, o autor pode requerer o deferimento de tutelas cautelares em caráter antecedente.

### 3.8.1 Petição inicial

Sem a necessidade de atender a todos os requisitos do artigo 319, ao elaborar sua petição inicial o autor deverá indicar o conflito de interesses – lide – e seu fundamento, com a exposição sumária do direito – verossímil – que busca assegurar, demonstrando o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 305). Poderá, se for o caso, requerer o deferimento da tutela cautelar liminarmente (art. 300, § 2º).

Relembramos aqui o que foi destacado ao tratarmos da petição inicial da tutela antecipada em caráter antecedente<sup>44</sup>, no que se refere ao atendimento do artigo 319. Ou seja, ainda que alguns dos requisitos (do art. 319) não sejam exigidos de forma expressa pelos artigos 305 a 310, deverão ser atendidos pelo autor. Do contrário o juiz determinará que a prefacial seja completada ou emendada.

Apesar da desnecessidade de atender por completo às exigências do artigo 319, a parte deve fornecer todos os elementos necessários ao juízo de admissibilidade e de cognição sumária, principalmente demonstrando com clareza o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Há ainda que instruir a petição inicial com todos os documentos indispensáveis (art. 320). Apesar de não previsto nos artigos 305 a 310, entendemos que por força dos artigos 291 e 292 incumbe ao autor também atribuir valor à causa. Com efeito, considerando que o artigo 308 determina que a formulação do pedido principal não acarreta o pagamento de “novas custas processuais”, mostra-se evidente que, ao distribuir a inicial, à causa já deve estar atribuído seu correto valor.

### 3.8.2 Fungibilidade

Distribuída a inicial, caso o juiz verifique que o pedido de tutela cautelar (natureza acautelatória) requerida de forma antecedente refere-se, na verdade, a uma tutela antecipada (natureza satisfativa), observará o procedimento do artigo 303, e não dos artigos 305/310.

Por óbvio, o mesmo se aplica em situação inversa; caso o pedido inicial antecedente do autor seja de tutela antecipada (procedimento

dos artigos 303/304), mas o juiz verifique se tratar de tutela cautelar, prosseguirá com observância ao disposto nos artigos 305/310.

Em qualquer dessas hipóteses (fungibilidade), o magistrado determinará precisa e especificamente (art. 321) ao autor que proceda à emenda de sua peça inicial de modo a atender seus requisitos legais.

### **3.8.3 Citação e revelia**

Atendidos todos os requisitos, o juiz determinará a citação do réu para contestar o pedido no prazo de cinco dias, podendo indicar todas as provas que pretende produzir. Note-se que, ao contrário do que ocorre na tutela antecipada requerida de forma antecedente, o réu não será citado para comparecer em audiência de conciliação ou mediação (art. 303, II), mas sim para apresentar defesa (arts. 306 e 307). A audiência somente será realizada após o autor formular seu pedido principal, o que poderá ocorrer somente após a efetivação da tutela acautelatória, caso tenha sido deferida (art. 308, *caput*, e §3º).

Decorrido o prazo (art. 231) sem que o pedido de tutela cautelar seja contestado, os fatos alegados na inicial serão considerados como verdadeiros e aceitos pelo réu, devendo o juiz decidir em cinco dias. Se contestado o pedido, prossegue-se pelo rito comum.

De forma diversa daquela prevista no artigo 303 – tutela antecipada –, a apreciação do pedido de tutela cautelar só ocorrerá após a citação do réu. Assim, presentes os requisitos, o autor poderá requerer o seu deferimento em sede de liminar (art. 300, § 2º).

### **3.8.4 Deferimento da tutela cautelar e formulação do pedido principal**

Entendendo pelo deferimento da tutela de urgência cautelar, por decisão clara e precisa o juiz poderá determinar todas as medidas adequadas à sua efetivação.

Na redação do Código de Processo Civil de 1973, uma vez efetivada a tutela cautelar o autor deveria, no prazo decadencial – não se suspende nem se interrompe – de trinta dias<sup>45</sup>, formular seu pedido

principal<sup>46</sup>. Entretanto, ao contrário do estabelecido no CPC/1973, pela Lei 13.105/15 o pedido principal deve ser deduzido nos mesmos autos, e não em processo autônomo.

Não se trata de aditamento de inicial<sup>47</sup>, mas sim de formulação do pedido principal (art. 308), este entendido como o “bem da vida” a ser tutelado, ou seja, o objeto sobre o qual o autor pretende a tutela jurisdicional definitiva.

Poderá ocorrer de o autor, quando da distribuição da petição inicial na forma do artigo 305, não ter todos os elementos relativos ao pedido principal. Por tal razão, o artigo 308, § 2º, permite que ao formular o pedido principal o autor adite a causa de pedir, se necessário.

#### **3.8.4.1 Tutela provisória cautelar em procedimento comum**

Apesar de o autor estar autorizado a requerer, em caráter antecedente, a tutela cautelar, poderá, se entender oportuno, formular o pedido principal no mesmo momento (art. 308, § 1º), facultado o requerimento da tutela cautelar em sede de liminar (art. 300, § 2º). Nesse caso, o processo deve se desenvolver pelo rito comum, com a intimação do réu para comparecer em audiência de tentativa de conciliação ou mediação (art. 308, § 4º), e não obtida a autocomposição, a contestação observará o artigo 335. É certo que, deferida ou não a tutela de urgência cautelar, caberá recurso, que se desenvolverá normalmente conforme o respectivo procedimento.

Se o autor prefere, em sua petição inicial, formular ambos os pedidos (de tutela de urgência e o principal), resta evidente que não optou pelo procedimento próprio para requerimento em caráter antecedente, devendo seguir o rito comum.

#### **3.8.5 Perda da eficácia da tutela de urgência cautelar requerida em caráter antecedente**

Nos termos do artigo 309, a tutela de urgência cautelar deferida em caráter antecedente perderá sua eficácia nas seguintes hipóteses: a) se o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal; b) se não for

efetivada dentro de 30 dias; e c) se o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Uma vez cessada a eficácia da tutela cautelar, a parte só poderá voltar a requerê-la sob novo fundamento (art. 309, p. único). Quanto aos danos eventualmente provocados pela efetivação da tutela cautelar, a responsabilidade pela reparação é objetiva, tal como estabelece o artigo 302.

### **3.8.6 Indeferimento da tutela cautelar**

Não convencido de sua concessão, o juiz poderá indeferir a tutela de urgência cautelar requerida em caráter antecedente. Neste caso, independentemente de interpor recurso, o autor poderá dar prosseguimento ao processo formulando seu pedido principal. O indeferimento não gera nenhuma consequência para o julgamento do pedido principal, salvo se decorrer do reconhecimento de decadência ou prescrição.

## **4. Tutela de evidência**

A tutela de evidência viabiliza a antecipação dos efeitos da decisão de mérito (satisfativa), mesmo que inexista urgência. É medida própria e necessária à efetividade da prestação jurisdicional.

Tratando das tutelas provisórias fundadas em evidência, o artigo 311 prevê que, ainda que inexista prova de dano ou riscos ao resultado útil do processo, sendo o direito verossímil<sup>48</sup>, serão deferidas em quatro hipóteses. Vejamos, ainda que brevemente, cada uma delas.

Pelo inciso I do artigo 311, a tutela de evidência será deferida se ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte. Não basta que se verifique esta situação para o deferimento da tutela de evidência, pois o magistrado precisará, também, se convencer da plausibilidade do direito afirmado<sup>49</sup>.

O inciso II autoriza a tutela de evidência quando as alegações do fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese fir-

mada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Com alcance menor do que deveria, o dispositivo em comento não permite, isoladamente, o deferimento da tutela de evidência quando os argumentos puderem ser corroborados por súmulas não vinculantes, ou decisões plenárias ou de órgãos especiais dos tribunais. Entretanto, a partir da interpretação conjunta desse inciso com o artigo 927, nos parece que o alcance do inciso II do artigo 311 é consideravelmente mais amplo.

No inciso III, o artigo 311 permite o deferimento da tutela de evidência quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa. Tem-se, na verdade, um meio coercitivo para assegurar a efetividade da prestação jurisdicional.

Por fim, o inciso IV permite a concessão da tutela quando o autor, ao distribuir sua petição inicial, apresentar documentos suficientes à comprovação dos fatos constitutivos do direito afirmado, sem que o réu consiga, em sua defesa, gerar dúvida razoável<sup>50</sup>.

Nas situações do artigo 311, incisos II e III, poderá o juiz decidir independentemente da oitiva da parte contrária. É o que prevê o artigo 311, em seu parágrafo único, praticamente reproduzindo o disposto no artigo 9º, p. único, II.

## Conclusões

De tudo que foi exposto, ressalvado o disposto no artigo 1.059 (NCPC), conclui-se que, em sintonia com o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, a Lei 13.105/15 – novo Código de Processo Civil – disciplina as tutelas provisórias como institutos destinados a garantir a efetividade da prestação jurisdicional<sup>51</sup>.

Na maioria das situações, o deferimento da tutela provisória exigirá, além da plausibilidade do direito afirmado, a demonstração de perigo de dano ou riscos ao resultado útil do processo (tutelas de urgência). Noutros casos, especificamente descritos no artigo 311, bastará à parte a comprovação da verossimilhança do direito que alega.

Diante das várias inovações trazidas pelo novo diploma processual, é certo que muitos debates existirão, produtivos e acalorados, sendo inevitável um transcurso de tempo considerável para que os tribunais se manifestem e os entendimentos venham a se consolidar.

## Notas

1. Carlos Alberto Del Papa Rossi. Advogado. Especialista em Direito Tributário e em Direito Processual Civil (PUC/SP).
2. Exemplos: art. 121, § 1º, CC, e art. 23, CP.
3. “O processo é o instrumento da jurisdição, voltado à garantia dos direitos materiais. Efetivar a justa composição das lides é seu propósito primacial.” (STJ – 4ª T., REsp n. 13.100/GO, Rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, DJ 03.08.1992, p. 11.323).
4. *Efetividade do poder judiciário*. Ano VII, n. 167, dez./2003, p. 30.
5. Art. 4º da Lei 13.105/15: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”
6. Ver: arts. 798 e 799, CPC/1973 – *poder-dever geral de cautela*.
7. Ver: art. 273, CPC/1973 – *poder-dever geral de antecipação*.
8. Art. 294, p. único.
9. “Art. 615. Cumpre ainda ao credor: (...); III – pleitear medidas acautelatórias urgentes;”
10. O artigo 1.019, I, permite que o relator atribua efeito suspensivo ao agravo de instrumento, desde que atendidos os requisitos. Contra esta decisão caberá agravo interno (art. 1.021).
11. A sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória produz efeitos imediatamente após sua publicação, ainda que seja objeto de recurso de apelação.
12. STF – Tribunal Pleno, ADI n. 223 MC/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, Rel. para acórdão Min. Sepúlveda Pertence, julg. 05.04.1990.
13. STF – Tribunal Pleno, ADC n. 4/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Rel. para acórdão Min. Celso de Mello, julg. 01.10.2008.
14. Art. 1º, *caput*, Lei 8.437/1992.
15. Art. 7º, § 2º, Lei 12.016/2009.
16. Art. 1º, § 5º, Lei 8.437/1992.
17. Art. 1º, § 3º, Lei 8.437/1992.
18. STJ – 1ª T., MC 10.613/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 08.11.2007, p. 162.
19. Exemplos: STJ – 1ª T., MC n. 11.120/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ 08.06.2006, p. 119; STJ – 2ª T., REsp n. 746.255/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 20.03.2006, p. 254; TJ/RS – 21ª C. Cív., AI n. 70060950292, Rel. Des. Armínio

- José Abreu Lima da Rosa, julg. 14.08.2014; TJ/PA – C. Cív. Reunidas, MS. 201330262217, Rel. Des. Maria do Ceo Maciel Coutinho, Julg. 05.11.2014; TJ/SP – 9ª C. Dir. Público, AI n. 2047196-44.2014.8.26.0000, Rel. Des. José Maria Câmara Filho, julg. 30.04.2014; TJ/DF – 1ª T. Cív., AI n. 0000032-53.2011.807.0000, Rel. Des. Sandoval Oliveira, julg. 27.04.2011.
20. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 260.
  21. Art. 9º, p. único, I, e art. 300, § 2º.
  22. Disposição semelhante é encontrada no Código de Processo Civil de 1973 (art. 273, § 2º).
  23. STJ – 3ª T., REsp n. 801.600/CE, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 18.12.2009.
  24. STJ – 2ª T., AgRg no Ag n. 502.173/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 29.08.2005, p. 247.
  25. Art. 5º, incs. XXXV e LXXIV, CF/1988.
  26. CPC/1973: “Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.”
  27. STJ – 4ª T., REsp n. 140.386/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar DJ. 16.03.1998, p. 148.
  28. Arts. 813/821, CPC/1973.
  29. Arts. 822/825, CPC/1973.
  30. Arts. 855/860, CPC/1973.
  31. Arts. 867/873, CPC/1973.
  32. “Os danos causados a partir da execução de tutela antecipada (assim também a tutela cautelar e a execução provisória) são disciplinados pelo sistema processual vigente à revelia da indagação acerca da culpa da parte, ou se esta agiu de má-fé ou não. Basta a existência do dano decorrente da pretensão deduzida em juízo para que sejam aplicados os arts. 273, § 3º, 475-O, incisos I e II, e 811 do CPC. Cuida-se de responsabilidade objetiva, conforme apregoa, de forma remansosa, doutrina e jurisprudência.” STJ – 4ª T., REsp n. 1.191.262/DF, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, DJe 16.10.2012.
  33. “Por sua vez, os danos causados a partir da execução de tutela antecipada (assim também a tutela cautelar e a execução provisória) são disciplinados pelo sistema processual vigente à revelia da indagação acerca da culpa da parte, ou se esta agiu de má-fé ou não. Basta a existência do dano decorrente da pretensão deduzida em juízo para que sejam aplicados os arts. 273, § 3º, 475-O, incisos I e II, e art. 811. Cuida-se de responsabilidade processual objetiva, conforme apregoa, de forma remansosa, doutrina e jurisprudência. É que, para efeito da responsabilidade de que tratam os mencionados artigos, não se deve confundir o pleito ilícito com pedido injusto. A ilicitude da demanda – cuja análise passa certamente pelo direito público de ação – pode ser suavizada pela subjetiva convicção do

- autor acerca do aparente direito deduzido. Porém, o posterior reconhecimento da inexistência desse direito revela necessariamente a injustiça da demanda, e é essa (injustiça), e não aquela (ilicitude), que é objeto das disposições previstas nos arts. 273, § 3º, 475-O, e 811 do CPC.” STJ – 4ª T., REsp 1.191.262/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 16.10.2012.
34. Ver arts. 79/81, NCPC. Vale conferir a redação dos arts. 16/18, CPC/1973.
  35. “Não é cabível a aplicação da pena por litigância de má-fé ante a falta de prova cabal do dolo e demonstração de dano processual à parte contrária. Recurso provido.” TJ/SP – 35ª C. Dir. Priv., Ap. n. 0036223-66.2010.8.26.0562, Rel. Des. Gilberto Leme, julg. 22.06.2015.
  36. “Há violação ao art. 17 do CPC, quando se condena a parte por litigância de má-fé: sem lhe dar oportunidade de defesa, sem que haja sido comprovado dano processual quantificável à parte adversa; ou ainda, quando não há o enquadramento preciso da conduta atribuída do ‘improbis litigator’ nas hipóteses elencadas ‘numerus clausus’, do art. 17 da Lei Processual vigente.” STJ – 1ª T., REsp n. 84.835/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ. 26.10.1998.
  37. “Para a satisfação de sua pretensão, basta que a parte lesada promova a liquidação dos danos – imprescindível para identificação e quantificação do prejuízo –, nos autos do próprio procedimento cautelar.” STJ – 3ª T., REsp n. 1.327.056/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe. 02.10.2013.
  38. Na vigência do art. 811, CPC/1973: “(...) 4. O requerente da medida cautelar responde ao requerido, caso a sentença do processo principal lhe seja desfavorável, pelo prejuízo decorrente de sua execução. Trata-se de responsabilidade processual objetiva, cuja liquidação é processada nos autos da própria cautelar. 5. A pretensão ao ressarcimento dos danos originados pela execução de medida de natureza cautelar nasce da sentença que julga improcedente o pedido deduzido no processo principal. Conquanto já causado o dano, o poder de exigir coercitivamente o cumprimento do dever jurídico de indenizar surge, por força de disposição legal expressa (art. 811, I, do CPC), tão somente com a prolação da sentença desfavorável na ação matriz. 6. O marco inicial da prescrição dessa pretensão, portanto, é o trânsito em julgado da sentença proferida no processo principal, e não a data em que foi efetivada a medida causadora do prejuízo.” (STJ – 3ª T., REsp n. 1.236.874/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 19.12.2012.
  39. Dependendo de ter ocorrido, ou não, o trânsito em julgado.
  40. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. I, p. 277.
  41. *Ob. cit.*, 1a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. III, p. 25.
  42. Ver tópico 3.7.3.1.
  43. Ver tópico 3.7.3.2.
  44. Ver tópico 3.7.1.
  45. “O prazo para a propositura da ação principal conta-se a partir da efetivação da medida cautelar preparatória pleiteada e não da respectiva intimação.” STJ – 3ª

- T., AgRg no REsp n. 1.410.830/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 02.06.2015.
46. “Vencido o prazo de trinta dias (art. 806 do CPC) em um sábado, pode o autor ajuizar a ação principal na segunda feira seguinte.” STJ – 4ª T., REsp n. 202.648/ES, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 01.07.1999, p. 184; “(...) Nas hipóteses em que o prazo previsto no art. 806 do CPC tenha seu termo final durante as férias forenses, a parte deve ajuizar a ação principal até o primeiro dia útil seguinte, desde que a causa não seja daquelas que tramitam durante as férias, sob pena de perda da eficácia da medida cautelar concedida (...)” STJ – 5ª T., REsp n. 770.920/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 24.09.2007, p. 358.
  47. Diferentemente do que ocorre com a tutela de urgência antecipada (art. 303, § 1º, I).
  48. “(...) 4. No caso da medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7º da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade. O próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal (art. 37, § 4º) e da própria Lei de Improbidade (art. 7º). STJ – 1ª Seção, REsp n. 1.319.515/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 21.09.2012.
  49. “A tutela antecipada reclama prova inequívoca da verossimilhança da alegação e ‘periclitado do direito’ ou ‘direito evidente’, caracterizado pelo ‘abuso do direito de defesa’ ou ‘manifesto propósito protelatório do réu.’ (In Luiz Fux, A Reforma do Processo Civil – Comentários e Análise Crítica da Reforma Infraconstitucional do Poder Judiciário e da Reforma do CPC – Editora Impetus, p. 71).” STJ – 1ª T., REsp n. 762.707/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 20.09.2007, p. 225.
  50. “Agravo tirado contra a decisão de Primeiro Grau que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, determinando que a ré disponibilize o valor incontroverso buscado na demanda no prazo de 10 dias, sob pena de penhora ‘on line’ do montante. Insurgência da ré no sentido de que não estariam presentes os requisitos legais para a concessão da medida – Posicionamento do juiz ‘à quo’ acertado, porquanto cabe o deferimento da tutela jurisdicional antecipada, prevista no art. 273, § 6º, do CPC, quando ocorrer situação fática e jurídica que, de plano, convença o julgador da verossimilhança das alegações da parte (tutela de evidência). Recurso não provido, com manutenção da r. decisão de Primeiro Grau.” TJ/SP – 31ª C. Dir. Priv., AI n. 2227633-46.2015.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Nunes, julg. 17.11.2015.
  51. Ver artigo 4º, NCPC.

## Referências

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- FADEL, Sérgio Sahione. *Antecipação da tutela no processo civil*. São Paulo: Dialética, 1998.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 2.
- \_\_\_\_\_. *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. I.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. II.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 1a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. III.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, v. IV.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.
- REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. I.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I.



# União Europeia – Política de consumidores

**Mário Frota<sup>1</sup>**

Fundador e primeiro presidente da AIDC – Associação Internacional de Direito do Consumo

## O Plano de Ação 2014-2020

### I. Arquitetura do plano

#### 1. Os planos septenais

A UNIÃO EUROPEIA DEFINIU PARA O PERÍODO DE 2007-2013 o primeiro plano de ação septenal a que se associara uma distinta filosofia de que mais tarde se apartaria, ainda a tempo de poder desenvolver autonomamente as ações imbricadas nas correspondentes políticas: a fusão dos domínios da saúde e dos consumidores.

As políticas delineadas pela União Europeia influenciam decisivamente, ao menos no plano teórico, as que se esboçam e desenvolvem a nível de cada um dos Estados-membros.

Não se ignore que os atos legislativos emanados do Parlamento Europeu e do Conselho da União, seja por que meio for, se refletem diretamente no ordenamento jurídico de cada um dos 28 Estados-membros. E que é no exercício das políticas consequentemente desencadeadas que os atos normativos emergem.

Nem se descure que a União Europeia continua a pôr o acento tónico na subsidiariedade das suas políticas, asseverando que a primazia neste como em outros domínios recai direta e primordialmente sobre os seus Estados-membros.

As políticas empreendidas pela União Europeia decorrem de minuciosos relatórios em que se baseiam as comunicações dirigidas ao

Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité das Regiões e ao Comité Económico e Social Europeu. E correspondem a modelos que aos Estados-membros cumpre seguir.

## **2. A Comunicação da Comissão Europeia COM (2012) 225 final**

A Comunicação que precede o plano ora instituído – e que a seguir se enuncia – versa sobre um leque de opções que de todo importará realçar.

Plasmaremos neste passo um trecho de um artigo nosso, decalcado da Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, supra referenciada, que a lume veio na *Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*, distribuída em junho de 2013, a saber:

“Eis, de forma sintética, os principais eixos da política europeia:

1. *Segurança de produtos e serviços*, com uma peculiar intervenção no segmento ou na vertente da segurança alimentar;

2. *Modificações no tecido econômico-social*;

2.1. Revolução digital;

2.2. Consumo sustentável;

2.3. Exclusão social, consumidores hipervulneráveis, vulneráveis e acessibilidades.

1. *Sobrecarga de informação* – déficit de conhecimentos – em detrimento do consumidor: informação em excesso equivale, em rigor, a informação nenhuma...

2. *Direitos que, na prática, não são plenamente cumpridos*, fasquia que importa superar em ordem a um integral respeito pelo estatuto do consumidor

3. *Desafios específicos em setores-chave*.

E, neste particular, seguimos de perto a comunicação emanada em maio de 2012 da Comissão Europeia, que faz uma adequada radiografia às insuficiências e às deficiências detectadas no seio da União Europeia sob o tema das políticas de consumidores.

Determinados setores revestem-se de peculiar relevância em tempos de crise econômica, tanto mais que afetam profundamente os inte-

resses básicos dos consumidores no que tange a bens e serviços essenciais, como:

- a alimentação;
- a energia;
- os transportes públicos;
- as comunicações eletrônicas; e
- os serviços financeiros.

Há que contar com a incidência das alterações econômicas e sociais sobre tais setores primaciais.

À UE cumpre curar em particular do modo como atualmente os consumidores se apercebem e escolhem os diversos serviços financeiros. Tecnologias, como as do telebanco, facilitam a vida dos consumidores. Porém, a complexidade e os riscos acrescidos de certos produtos e serviços financeiros (em que a própria poupança-reforma se inclui) exigem um nível mais elevado de transparência e de literacia financeira. As comissões exigidas pelos serviços financeiros de base são geralmente opacas e os consumidores continuam a ser dissuadidos a não mudar de banco dado recearem (muitas vezes justificadamente...) que tal solução será sempre mais onerosa.

Os consumidores não retiram, em geral, pleno proveito da liberalização das indústrias de rede, como a energia, os transportes e as comunicações eletrônicas, seja nos preços seja nos níveis de qualidade do serviço.

A liberalização do setor dos transportes, em especial, estimulou a concorrência, beneficiando um número cada vez maior de cidadãos que circulam pela Europa.

Mas é indispensável tornar exequível, efetiva, a carta de direitos dos passageiros na UE, aplicando-a em plenitude, por forma a opor eficazmente os meios de defesa contra práticas desleais e violações extremas do direito da UE em vigor.

O impacto decisivo da revolução digital no domínio das viagens aponta para a importância de uma maior adequação entre os direitos dos consumidores e os objetivos imbricados no seu exercício. Os mercados da eletricidade e do gás, no segmento dos consumidores domésticos, recentemente sujeitos à concorrência, permanecem com uma in-

cógnita, já que muitos consumidores continuam a considerar difíceis as comparações, devido aos procedimentos complicados e/ou às condições de mercado verdadeiramente opacas a que se assiste.

No que toca à energia, estima-se que os agregados familiares na UE poderiam economizar, em média, até 1.000 €/ano, através de simples medidas de eficiência, tais como o isolamento das casas, instalação de termostatos e painéis solares para aquecimento da água, montagem de vidros duplos nas janelas e substituição de sistemas de aquecimento antigos em razão dos consumos excessivos.

Mas dúvidas e ignorância obstam a que tais objetivos se persigam. Por conseguinte, os agregados familiares dispõem de um potencial significativo de poupança energética em condições economicamente rendíveis e de melhoria da eficiência no consumo final da energia.

Esse potencial, porém, está longe de ser plenamente explorado, principalmente devido ao fato de os utilizadores não conhecerem o seu próprio consumo real nem disporem de dados claros e facilmente acessíveis no que se prende com a contagem e a faturação do consumo efetivo observado.

Embora os mercados das comunicações eletrônicas hajam provado a sua resistência à crise econômica, os consumidores não retiram vantagens da concorrência, em razão da ausência de transparência das tarifas, à deficiente qualidade dos serviços e aos obstáculos que se opõem à mudança de fornecedor.

Estima-se que no futuro haja um aumento da pressão ambiental global decorrente do consumo alimentar, devido, por exemplo, às alterações dos hábitos alimentares e ao acréscimo dos resíduos alimentares; prevê-se que tal acréscimo afete a Europa nos próximos anos e se traduza em um desperdício manifesto de recursos e de divisas.

No entanto, ponto é que não subsistam dúvidas: a política europeia, na sua transposição para os espaços próprios de cada um dos Estados-membros, não terá uma aplicação nem homogênea, menos ainda uniforme. Dependerá da propensão com que se perspectivar em cada um dos espaços geográficos a necessidade de prover em tais domínios. Estados-membros haverá em que se conferirá menor expressão a uma tal política. Como é o caso de Estados-membros da periferia,

em que Portugal e alguns dos países saídos da Cortina de ferro figuram naturalmente. Outros em que se reforçarão os ímpetus, em razão do peso específico das instituições da sociedade civil (mais estruturada, mais exigente, mais criteriosa...) e das pressões exercidas sobre as partes do sistema.”

## **II. Tipos de ações constantes do plano de ação ora em execução**

Listar-se-ão os objetivos que se compendiam no plano atualmente em vigor, que se espera supere as inerentes dificuldades à crise que assola considerável número de Estados-membros da União Europeia e que poderá condicionar consideravelmente as políticas a empreender sob tal consigna.

Como objetivos, na hierarquização pretendida, avulta em primeiro lugar a segurança em múltiplos segmentos.

Depois, decisiva aposta na informação e na educação e formação para o consumo, de que tanto se fala e tão pouco se faz em países como Portugal, de costas voltadas para domínios tais.

Não se olvide que Portugal dispõe – na sua Lei-Quadro de Defesa do Consumidor – de dois dispositivos que constituem autênticos programas em matéria de educação e informação para o consumo. Importa, neste particular, conferir tais normas, votadas ao descaso, aliás, na menorização das políticas de consumidores que constituem, quantas vezes, algo hostil aos poderes constituídos, por estranho que pareça:

No que tange à educação aprecie-se o teor do artigo subsequente:

### Artigo 6º

#### Direito à formação e à educação

1 – Incumbe ao Estado a promoção de uma política educativa para os consumidores, através da inserção nos programas e nas atividades escolares, bem como nas ações de educação permanente, de matérias relacionadas com o consumo e os direitos dos consumidores, usando, designadamente, os meios tecnológicos próprios numa sociedade de informação.

2 – Incumbe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais desenvolver ações e adotar medidas tendentes à formação e à educação do consumidor, designadamente através de:

- a) Concretização, no sistema educativo, em particular no ensino básico e secundário, de programas e atividades de educação para o consumo;
- b) Apoio às iniciativas que neste domínio sejam promovidas pelas associações de consumidores;
- c) Promoção de ações de educação permanente de formação e sensibilização para os consumidores em geral;
- d) Promoção de uma política nacional de formação de formadores e de técnicos especializados na área do consumo.

3 – Os programas de carácter educativo difundidos no serviço público de rádio e de televisão devem integrar espaços destinados à educação e à formação do consumidor.

4 – Na formação do consumidor devem igualmente ser utilizados meios telemáticos, designadamente através de redes nacionais e mundiais de informação, estimulando-se o recurso a tais meios pelo sector público e privado.

No que se prende com o sensível e estruturante domínio da informação, o artigo 7º, como segue:

“Artigo 7º

Direito à informação em geral

1 – Incumbe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais desenvolver ações e adotar medidas tendentes à informação em geral do consumidor, designadamente através de:

- a) Apoio às ações de informação promovidas pelas associações de consumidores;
- b) Criação de serviços municipais de informação ao consumidor;
- c) Constituição de conselhos municipais de consumo, com a representação, designadamente, de associações de interesses económicos e de interesses dos consumidores;

d) Criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis, de âmbito nacional, no domínio do direito do consumo, destinados a difundir informação geral e específica;

e) Criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis em matéria de direitos do consumidor, de acesso incondicionado.

2 – O serviço público de rádio e de televisão deve reservar espaços, em termos que a lei definirá, para a promoção dos interesses e direitos do consumidor.

3 – A informação ao consumidor é prestada em língua portuguesa.”

Claro que da “lei no jornal oficial à lei no quotidiano” pode distar um abismo e é o que ocorre, neste aspecto, sobretudo em Portugal, onde os agentes políticos e os da administração pública se mostram arredios a conferir praticidade às normas.

Deploravelmente! Lamentavelmente!

Em seguida, marcante preocupação se imprime, a saber, a da efetivação dos direitos, a reparação dos danos causados na esfera dos consumidores e as vias de acesso a estruturas que dirimam conflitos de modo acessível e pronto (justiça célere, segura, eficaz e graciosa ou, ao menos, não onerosa, como se vem reclamando desde sempre).

E, por fim, o reforço da rede de cooperação transnacional (nas fronteiras exteriores delimitadas pelos Estados-membros que constituem a União Europeia) de molde a que a aplicação em concreto do acervo normativo não padeça de soluções de continuidade.

## 1. Objetivo I

**Segurança:** consolidar e reforçar a segurança dos produtos, através de uma fiscalização eficaz do mercado em toda a União Europeia

**1. Aconselhamento científico e análise dos riscos para a saúde e a segurança dos consumidores no domínio dos produtos e serviços não alimentares.**

Apoio às tarefas dos comités científicos independentes criados pela Decisão 2004/210/CE da Comissão Europeia com intervenção no domínio da segurança dos consumidores, da saúde pública e do ambiente.

**2. Coordenação das ações de fiscalização do mercado e de aplicação da legislação em matéria de segurança dos produtos decorrente Diretiva 2001/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, e das ações destinadas a melhorar a segurança dos serviços aos consumidores:**

(a) desenvolvimento e manutenção de ferramentas informáticas (por exemplo, bases de dados ou sistemas de informação e comunicação);

(b) organização de seminários, conferências, workshops e reuniões com as partes interessadas e com peritos sobre os riscos e a aplicação da legislação no domínio da segurança dos produtos;

(c) intercâmbio de quadros responsáveis pela aplicação da legislação e formação;

(d) ações de cooperação específicas no domínio da segurança dos produtos e serviços não alimentares, nos termos da Diretiva 2001/95/CE;

(e) monitorização e avaliação da segurança dos produtos e serviços não alimentares, incluindo a criação de uma base de informações para o estabelecimento de normas futuras ou a definição de outros critérios de referência para a segurança;

(f) cooperação administrativa e em matéria de aplicação da legislação com países terceiros;

(g) suporte a organismos reconhecidos pela legislação da União responsáveis pela coordenação das ações dos Estados-Membros em matéria de aplicação da legislação.

**3. Manutenção e desenvolvimento das bases de dados sobre produtos cosméticos**

(a) manutenção do portal de notificação de produtos cosméticos criado ao abrigo do Regulamento (CE) 1223/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de novembro de 2009, relativo aos produtos cosméticos;

(b) manutenção da base de dados sobre os ingredientes dos produtos cosméticos, no contexto da aplicação do Regulamento (CE) 1223/2009.

## 2. Objetivo II

**Informação e educação:** melhorar a educação e a informação dos consumidores e sensibilizá-los para os seus direitos, com o intuito de desenvolver uma base de informações para a política dos consumidores e de prestar apoio às organizações de consumidores.

### 4. Criação de uma base de informações para a elaboração de políticas em domínios que afetam os consumidores

Criar uma base de informações para o desenvolvimento da política dos consumidores e para a integração dos interesses dos consumidores noutras políticas da União, nomeadamente através de:

- (a) estudos e análises sobre os consumidores e os mercados de consumo à escala da União;
- (b) desenvolvimento e manutenção de bases de dados;
- (c) desenvolvimento e análise de estatísticas nacionais e de outros dados pertinentes. A recolha de dados e de indicadores nacionais sobre os preços, as reclamações, a aplicação da legislação, a reparação, etc., será efetuada em colaboração com as partes interessadas no plano nacional.

### 5. Apoio às instituições de consumidores

- (a) contribuições financeiras para o funcionamento das instituições de consumidores que representem os interesses dos consumidores à escala da União;
- (b) reforço da capacidade das instituições de consumidores regionais, nacionais e europeias, nomeadamente através de ações de formação e do intercâmbio de boas práticas e de conhecimentos especializados para os seus corpos e quadros, em especial instituições de consumidores dos Estados-membros em que a monitorização dos mercados de consumo e do ambiente de consumo demonstre existir um nível relativamente baixo de confiança e sensibilização dos consumidores;
- (c) suporte de organismos internacionais que promovam princípios e políticas coerentes com os objetivos do Programa ora delineado.

### 6. Reforço da transparência dos mercados de consumo e da informação aos consumidores

- (a) campanhas de sensibilização sobre questões que afetam os consumidores, designadamente através de ações conjuntas com os Estados-membros;

(b) ações que reforcem a transparência dos mercados de consumo, no domínio, por exemplo, dos produtos financeiros de retalho, da energia, das tecnologias digitais e de telecomunicações e dos transportes;

(c) ações destinadas a melhorar o acesso dos consumidores a informação pertinente sobre produtos e mercados;

(d) ações destinadas a melhorar o acesso dos consumidores a informação sobre o consumo sustentável de bens e serviços;

**A recolha de dados e de indicadores nacionais sobre os preços, as reclamações, etc. será efetuada em colaboração com as partes interessadas no plano nacional**

(e) suporte de eventos centrados na política dos consumidores da União organizados pela Presidência da União Europeia sobre determinadas questões, em conformidade com as prioridades políticas estabelecidas;

(f) contribuições financeiras para os organismos nacionais de tratamento e gestão de reclamações dos consumidores, a fim de os auxiliar mediante a utilização de uma metodologia harmonizada para a classificação e comunicação de tais reclamações e dos pedidos de informação dos consumidores;

(g) apoio a organismos estabelecidos à escala da União para o desenvolvimento de códigos de conduta, guias de boas práticas e orientações em matéria de comparação de preços/qualidade/sustentabilidade dos produtos;

(h) apoio à comunicação pertinente aos interesses e direitos dos consumidores, nomeadamente pelo suporte dos meios de comunicação social que visem promover a capacitação dos consumidores e a aplicação da legislação neste domínio.

## **7. Incremento da educação dos consumidores**

(a) desenvolvimento de uma plataforma interativa para o intercâmbio de melhores práticas e de materiais didáticos em matéria de educação do consumidor dirigidos aos principais grupos-alvo, designadamente os jovens consumidores, em sinergia com o programa de financiamento europeu em matéria de educação e formação;

(b) elaboração de medidas e materiais relativos, por exemplo, aos direitos dos consumidores – incluindo as questões transfronteiras –, à saúde e à segurança, à legislação da União Europeia no que tange ao consumo em geral, ao consumo sustentável, em particular, e à literacia financeira.

### 3. Objetivo III

**Direitos e reparação:** consolidar os direitos dos consumidores, em particular através da ação regulamentar e da melhoria do acesso à reparação, incluindo os mecanismos de resolução alternativa de litígios

**8. Preparação, avaliação da transposição, monitorização, avaliação, execução e controlo da aplicação, pelos Estados-membros, de iniciativas legislativas e regulamentares para a defesa do consumidor e promoção de iniciativas de correção e autorregulação, nomeadamente:**

(a) estudos, avaliações *ex ante* e *ex post*, avaliações de impacto, consultas públicas, avaliação da legislação existente;

(b) seminários, conferências, *workshops* e reuniões com as partes interessadas e com peritos;

(c) desenvolvimento e manutenção de bases de dados públicas e facilmente acessíveis que abrangem a aplicação da legislação da União em matéria de defesa do consumidor;

(d) avaliação das ações desenvolvidas no âmbito do Programa ora estabelecido.

**9. Propiciar o acesso e monitorizar o funcionamento e a eficácia dos mecanismos de resolução de litígios de consumo,** em particular os sistemas alternativos de resolução de litígios, incluindo os que funcionam em linha, inclusivamente através do desenvolvimento e da manutenção de ferramentas informáticas de manifesta utilidade

(a) desenvolvimento e manutenção de ferramentas informáticas;

(b) apoio ao desenvolvimento e à manutenção de um sistema de resolução de litígios em linha à escala da União, incluindo o que respeita a serviços conexos, como a tradução.

#### 4. Objetivo IV

**Aplicação da legislação:** reforçar a aplicação dos direitos dos consumidores, melhorando a cooperação entre os organismos nacionais responsáveis pela aplicação da legislação e prestando aconselhamento aos consumidores

**10. Coordenação das ações de fiscalização e de controlo da aplicação das prescrições do Regulamento (CE) 2006/2004, de 27 de outubro de 2004, relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor, em que se inclui:**

(a) desenvolvimento e manutenção de ferramentas informáticas (v.g., bases de dados ou sistemas de informação e comunicação);

(b) ações destinadas a melhorar a cooperação entre as autoridades e a coordenação das atividades de monitorização e de aplicação da legislação, tais como o intercâmbio de quadros responsáveis por essa aplicação, as atividades comuns e as ações de formação para tais quadros e magistrados;

(c) organização de seminários, conferências, workshops e reuniões com as partes interessadas e com peritos em matéria de aplicação da legislação;

(d) cooperação administrativa e em matéria de aplicação da legislação com países terceiros que não participam no Programa.

**11. Contribuições financeiras para ações conjuntas com organismos públicos ou sem fins lucrativos que constituam redes da União de prestação de informação e assistência aos consumidores com o objetivo de os ajudar a exercer os seus direitos e a obter acesso a vias adequadas de resolução de litígios, incluindo os mecanismos extrajudiciais de resolução de litígios em linha (a Rede de Centros Europeus do Consumidor):**

Nomeadamente, o desenvolvimento e a manutenção de ferramentas informáticas (por exemplo, bases de dados ou sistemas de informação e comunicação) necessárias ao bom funcionamento da Rede de Centros Europeus do Consumidor.

Esta lista pode ser completada com medidas adicionais do mesmo género e com o mesmo impacto, em conformidade com os objetivos específicos plasmados na lei.

## Conclusão

a. Os planos, projetos e programas da União Europeia neste particular são algo de bem fundamentado.

b. Os planos influenciam decisivamente, sempre que traduzam intenções em normas, o ordenamento jurídico dos Estados-membros, impondo-se a adoção pura e simples dos Regulamentos ou a transposição das Diretivas, para só falar destas duas vias legiferantes.

c. Nem sempre os Estados-membros se mostram em sintonia com a Comissão Europeia nos distintos segmentos por que se espraiam os planos, o que é lamentável.

d. Importa saber se os quatro (4) objetivos aqui compendiados logram tradução em Estados-membros como Portugal, onde a política de consumidores nos últimos anos tem sido particularmente ruínosa, por muito que custe a certos “responsáveis” a asserção.

e. Os consumidores não podem continuar a ser os da “terceira-suplementar” (a terceira-suplementar era, nas companhias de navegação marítima da metade do século transacto, a mais infecta forma de se sujeitar um ser humano a viajar...), na economia das políticas gerais estabelecidas em prol dos cidadãos, pois claro!

## Nota

1. Mário Frota. Fundador e primeiro presidente da AIDC – Associação Internacional de Direito do Consumo. Professor da Universidade de Paris XII (1991-2006). Fundador e presidente da apDC – Associação portuguesa de Direito do Consumo. Fundador e presidente do Conselho Diretor da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.



# Law and style – First conjectures about juridical stylistics

**Maria Francisca Carneiro<sup>1</sup>**

Federal University of Paraná, Brazil (UFPR)

## 1. The concept of style

STYLE IS THE SET OF CHARACTERISTICS that distinguish a determined form of expression. Originally the idea of style was expressed in French as *le style c'est l'homme même*, to consider that style is the manifestation of the subject, just as he is. However, it is still a matter for discussion whether style is in the subject or in the material used, in the case of a work of art, since it is the material that takes form and expresses style. The question remains open, since there are no conclusive answers regarding it. We thus inquire whether style is in the subject (the essence) or in the thing (the material), or rather, in the content or in the form.

Style can be conceptualized as the special manner or character of expressing thoughts, in speech or writing; styles can be classified as simple, natural, elegant, graceful, rich, energetic, sublime, noble, affected, burlesque, restrained, didactic, historical, orthodox. Styles can accompany different schools of thought or art, such as gothic, classical, baroque, expressionist, impressionist. Styles can be infinite, as infinite as human creativity and its capacity for expression.

However great the difference may be between material and expression, some works of art obey common characteristics, such as the predominance of lines, the representation in planes and the clarity of outlines, which reflect a certain type of structuring vision. There we find the basis for the classification of styles. However, styles are structuring

categories, such that it is possible to pass from one to another, historically, although each style continues to exist. In this sense, styles are temporary and non-temporary, depending on the point of view from which one analyzes them.

Style is related to taste, depending on it and varying according to it. According to David Hume, “the extreme variety of tastes that there are in the world, as well of opinions, is too obvious not to be noticed by all”. Hume was attempting to find a standard taste, towards which different opinions converged, since he believed in the existence of universal principles of taste, and therefore of style. For Hume, this standard would lie mainly in ethics and morals, from which the principles underlying taste ultimately derived. It is impossible to deny the plausibility of this claim, which is in no way denied by the majority of writers and philosophers of all ages, since the connection between ethics and aesthetics is evident. In this way, ethical principles do indeed influence style.

## **2. The social evolution of style and ornament**

Style is a kind of method, which is felt clearly in the sentiments, ideas and enthusiasm of the artists and authors, according to social variations, in all the eras of which we have a record. In this sense, style can be considered as a mirror of historical transformations, and consequently of the values which imbue them. While there are stylistic signs in ascendance, there are others in decline, in a constant movement in the heart of societies<sup>2</sup>.

It should be remembered, however, that the faithful reproduction of the ornamental patterns that characterize style may be less important than the contribution of each artisan to the infinite progress of these patterns. That brings up the question of authorship, which was not yet present in the Middle Ages. It was only from the Renaissance on that authorship – the basis of author’s rights and rights over copies – arises, not by chance alongside the development of the concept of the subject of rights, ever broader and more all-embracing in the juridical field, right up to present times.

Ornament is a form of differentiation which characterizes style. Gilberto Paim, quoting Ruskin, claims that “industrialization interrupted the mutation of ornamental patterns, fixing them and emptying them of their power of expression”. Only the patterns executed by artisans, he says, are able to bring the variety of nature and society to the world, since mechanization replaces the variety achieved by individual artisans with a dull monotony<sup>3</sup>.

The ornamental styles of the past respected the laws that regulate the distribution of form in nature. To interpret them, therefore, one must first observe nature<sup>4</sup>.

Abstract forms are more recent. In any case, the ornamental impulse can be understood as a powerful and inalienable instinct, present in all peoples<sup>5</sup>.

It is interesting to observe, however, that in stylistic expression, especially in poems, there are also subliminal and irrational traces, which do not always correspond to a determined explicit knowledge. This is why, in stylistics, there is a kind of phenomenology and a dialectic, maybe pregnant with essentialities to be revealed, in which linguistic links play the role of vital links. Miniatures and patericisms are categorical examples of this phenomenon, since praises and reductions are types of syntheses of values and ideas.

Meanwhile, one cannot talk of style without mentioning the famous expression. “lifestyle”, which in modern terms is related to buying and consumerism: You are what you buy<sup>6</sup>, so different and so opposed to the original meaning of style and ornamentation, which were based on the forms found in nature.

In the west, stylistics in general was influenced in its origins by Greek classical culture. Thus, the nobility was considered the source of culture, and the education of heroes, models. The Spartan and Platonic ideals were the inspiration and limit of beauty and art, including poetry<sup>7</sup>. But that was just the beginning since, as the centuries went by, political and social changes soon tried to express themselves too through styles.

**Ornament  
is a form of  
differentiation  
which  
characterizes  
style**

In colonial Brazil, stylistic incursions into neoclassicism were sporadic, as the personality of the people did not suit the coldness and intellectualism which characterized this style. The Brazilian tradition, at the time, was markedly Baroque-Rococo, in which the emotionality and sensuality of the Brazilian *mestiço* found more suitable and authentic forms of expression, although the neoclassical style was imposed, from schools to the highest courts of law, as if by decree<sup>8</sup>.

In the course of this paper we will analyze contemporary juridical stylistics, expressed specifically by means of argumentation, although it is not possible to ignore the fact that there are different styles permeating the juridical universe, even coexisting simultaneously, in different spaces and times.

As a synthesis of this brief topic, we can say that ornament is the practical expression of style, this being a method which contains historical and geographic differences.

Let us now look at aspects of the intellectual formation of style, which can be considered an approach to the theory of knowledge.

### 3. The cognitive architecture of style: structure or statement

There can be no doubt that, didactically, we can distinguish our experiences of the *beautiful* (whether natural or artistic) from ordinary sensory perceptions, such as sight, smell, touch and hearing. Both through aesthetic experience and ordinary sensory experience, we acquire knowledge; and this is also of interest to gnoseology, or the theory of knowledge. Now style is an expression of the *beautiful*, and this being so it can also be analyzed under the prism of gnoseology.

Analysis of the concept of *áistesis* leads us to at least two branches of aesthetics: one the artistic, which concerns the appreciation of works of art, and the other gnoseological, which goes back to the mental faculty of learning and knowing, through perception and through the senses. We can observe that both these branches of aesthetics originate in the philological roots of the concept, and that from each one various theories derive, in different fields of study<sup>9</sup>.

According to Michel Foucault, there exist various discursive formations in the human mind. First of all, objects and their enunciations form, followed by concepts, strategies, and their consequences. After that statements are acquired, which are functional<sup>10</sup>. We propose that, for the purpose of this study, style should be considered a statement. Let us see what that implies.

We suggest that style should in principle be understood as a kind of structure or architecture formed in the human mind, by means of which the most varied discourses, including juridical, are expressed. Being a structure, style can be conceptualized as a statement. Now let us take into account that a structure is an abstraction, just a form or formation, without content. It is an empty form. In this sense, style, as a statement or mere structure, is a form, not a content<sup>11</sup>.

For Foucault, a statement is an utterance and, at the same time, a norm or rule, capable of conferring unity on the discourse and its elements. It is a function which belongs to signs, on the basis of which decisions are taken<sup>12</sup>. This is clearly of great interest to law, which is based on the taking of decisions and which therefore makes use of statements, which are stylistic, according to our present proposal. In this way juridical discourse, including judicial decisions, are also matters of style.

As the first stylistic characteristic of juridical-discursive statements, let us assume that law uses the logic of causal imputation, which assumes temporal order. According to Paul Ricoeur “the singular causal imputation is the explanatory procedure which makes the transition between narrative causality – the structure of one by the other, which Aristotle distinguishes from one after the other – and explanatory causality which, in the nomological model, is not distinguished from explanation by laws”<sup>13</sup>.

For these reasons, we are of the opinion that the analysis of the discursive style of law and its statements, to be made by means of the argumentation and rhetoric which it uses, can reveal meanings and significations intrinsic to law itself.

## 4. Rhetoric as style in law

For Aristotle, rhetoric is “the faculty of seeing theoretically what, in each case, can be capable of causing persuasion”, and he adds that no other art has this function. The Estagint claims that, through rhetoric, proof can be obtained – which is of special concern to law. Some proofs do not depend on art (for example confessions, especially those obtained by torture), as well as scientific proofs, while others, those referring to discourse, are persuasive proofs and relate to art and also style, because they ultimately go back to the most deeply held convictions, which are the principles and morals in which style is reflected as in a mirror: there we have the first basis of the statement.

The faculty of seeing theoretically what, in each case, can be capable of causing persuasion

Rhetoric is useful because the true and the just are, by nature, better than their opposites<sup>14</sup>, from which it follows that the convincing true and just are in conformity with statements, and therefore with style, and this in turn with the moral principles and values of a particular society at a given time. We are thus of the opinion that there is indeed a possible truth, capable of generating genuine conviction, although this is relative to time, place and subject, just as styles, principles and tastes, all interrelated, are variable. What seems curious to us is that, rhetoric being built into the statement of style, it is capable of generating a deeper and more intimate persuasion, which is taken and accepted as true, that is, internalized.

However, despite the conditioning offered by persuasion, arising from the rhetoric which adjusts itself to the statement, it is important to emphasize that there is indeed freedom of reasoning: it concerns the invention in which originality lies. For Perelman, freedom of invention, the foundation of originality<sup>15</sup>, is symmetrical to freedom of adhesion, which is the foundation of the immanation of minds<sup>16</sup>.

Thus, if we follow this line of understanding, we find that decision-taking is only truly free in invention; otherwise it is conditioned by the structuring style of persuasion, stemming from rhetoric and stylis-

tics. It is worth wondering, therefore, if in the acts of a legal case there is always freedom for creative invention, or whether, on the contrary, the decision is previously conditioned by the stylistics of rhetoric, this conditioning in turn determined by the strength and interaction of the arguments employed<sup>17</sup>.

In other words, the question into what extent is style capable of influencing the meanings and signification of law and its paths.

## 5. Preliminary conclusions

Summing up, we have seen in this brief article that juridical stylistics stems, in aspects, from rhetoric and the way in which arguments in law are arranged, aiming at persuasion, in keeping with the possible valid truths, the principles and tastes, which are reflected in style.

In these times when democracy is valued, we conclude that it is difficult to make explicit what neutrality comes to be, where juridical principles are concerned. A certain contradiction<sup>18</sup> lies therein, since principles are always tied to the political and historical process, to the morals in force, and therefore to the statement, or rather, to style. It also involves a hermeneutical question about the freedom to think and invent, in the field of juridical narrative. In this aspect, it is worth emphasizing the role of jurisprudence, capable of innovating and renovating style, by means of inventive decisions.

However, if we consider that juridical discourse and decision are necessarily based on pre-comprehension, valuation, objectivity and rationality, these being their structuring, and therefore stylistic, factors, we come up against the discussion on the controllability of juridical methodology, at the same time that we verify its main characteristics regarding style, which is the form by means of which content is expressed. In this sense, the methodology of law is a stylistic expression and also a rhetoric.

Thus, considering that juridical stylistics stems from the methodology of law and is in keeping with it, it needs to be borne in mind that the majority of theorists accept that the juridical method of modern

times presents the following main characteristics<sup>19</sup>: i) the influence of the positivist rationality of science; ii) the logical structuring of juridical propositions and the application of law; iii) juridical acceptance and appreciation of the true situation; iv) hermeneutics and criteria for the interpretation of laws, amongst other things. What also needs to be taken into account is the problem of the formation of concepts and systems and their historical-temporal variations<sup>20</sup>.

If these characteristics are accepted as being those of juridical methodology, and hence argumentation, the style of law stems from them, because there lies its structuring.

Now what is seen as a synthesis of the methodological and argumentative characteristics of law is the predominance of logical formations and scientific rationality. It therefore follows that the juridical stylistics that stems from it is principally based on objectivity or, that is to say, the style of law presents an objective aesthetics, at least insofar as logical-argumentative rationality is concerned. We have to observe, however, that reduction to order constitutes a principle of objective aesthetics equally characteristic of a limitation that favours some aspects to the detriment of others.<sup>21</sup> This reinforces the thesis that, while some things stay “within” the juridical system, favoured, others remain “outside”, neglected.

Other studies on the style of law will come, shedding new light on the subject, including on the coexistence of different styles in law. What is awaited more immediately is the revelation and the place of emotivity – such a human element – in the midst of this argumentative stylistics based so strongly on logical objectivity and rationality – specific attributes of the western canon<sup>22</sup> – so that it can be possible to describe which is the perceptual model of the emotions adopted by postmodern juridical stylistics, since even human feelings, in order to be expressed, follow determined models and structuring styles.

This is because law, being knowledge which has to do with practically the whole of human activity, can also be appreciated as an artistic experience<sup>23</sup> and interpreted as a work of art<sup>24</sup>, of expression and organization, the fruit of inventiveness, which is the greatest characteristic of the human race.

## Abstract

This paper deals with the concept of style and its historical evolution, looking at how stylistics, as a method, can be of interest to law. It is suggested that style be understood as a structure by means of which the most varied discourses, including juridical, can be expressed. Juridical stylistics is analyzed by means of its rhetoric and argumentation, the conclusion being that, seen in this way, new meanings may be revealed that are of interest for the narrative of law.

## Notas

1. Maria Francisca Carneiro. Federal University of Paraná, Brazil (UFPR). PhD in Law (UFPR). Post-Doctorate in Philosophy (University of Lisbon). Corresponding member of the Italian Society for Law and Literature. Corresponding Fellow status with the Faculty of Law. Governance and International Relations (FLGIR), London Metropolitan University (LMU).
2. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. (Trad. de Alfredo Bosi), 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 375.
3. *Idem, ibidem*.
4. *Idem, ibidem*, p. 19.
5. *Idem, ibidem*, e HASKELL, *op. cit.*
6. SIM, Stuart. *Postmodern thought*. Cambridge: Icon Books Ltd., 1998, p. 53.
7. JAEGER, Werner. *Paidéia – a formação do homem grego*. (Trad. de Artur M. Parreira), 3. d. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
8. BARBOSA, Ana Mae. *Arte-Educação no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 19-20.
9. CARNEIRO, Maria Francisca. *Direito, estética e arte de julgar*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008.
10. FOUCAULT, Michel. *The archaeology of knowledge*. Bristol: J. W. Arrowsmith, 1997. See also: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. 3rd. ed., Oxford: Blackwell, 1997.
11. See first topic of this article, *infra*.
12. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 79-87.
13. RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*. (Trad. de Constança Marcondes Cesar), Tomo I, Campinas: Papirus, 1994, p. 261.
14. *Idem, ibidem*, p. 31.
15. PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. (Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira). São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 249.

16. *Idem, ibidem.*
17. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação – a nova retórica.* (Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira). São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 523.
18. ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *Poder Judiciário e argumentação no atual Estado Democrático de Direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 155.
19. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* (Trad. de José Lamego), 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
20. LARENZ, Karl. *Storia Del método nella scienza giuridica.* Milano: Giuffrè, 1996.
21. TAGLIAFERRI, Aldo. *A estética do objetivo.* (Trad. de Antônio de Pádua Danezi), São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 15.
22. BLOOM, Harold. *O cânone ocidental.* (Trad. de Marcos Santarrita), Rio de Janeiro: Objetiva, 1995.
23. DEWEY, John. *Art as experience.* New York: The Berkley Publishing Group, 1980.
24. BURCKHARDT, Jacob. *O Estado como obra de arte.* (Trad. de Sergio Tellaroli), Penguin & Companhia das Letras, 2012.

## References

- ABBAGNANO, Nicola. 1998. *Dicionário de Filosofia.* (Translated by Alfredo Bosi), 2. ed. São Paulo: Martins Fontes.
- ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. 2012. *Poder Judiciário e argumentação no atual Estado Democrático de Direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- ARISTÓTELES. *Arte retórica e arte poética.* (Translated by Antônio Pinto de Carvalho). Rio de Janeiro: Ediouro, (s.d.).
- AULETE, Caldas. 1964. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa.* 2. ed. Brasileira, Rio de Janeiro: Delta, v. II.
- BACHELARD, Gaston. 1998. *La poétique de l'espace.* 7. ed. Paris: PUF.
- BARBOSA, Ana Mae. 2005. *Arte-Educação no Brasil.* São Paulo: Perspectiva.
- BLOOM, Harold. 1995. *O cânone ocidental.* (Translated by Marcos Santarrita), Rio de Janeiro: Objetiva.
- BURCKHARDT, Jacob. 2012. *O Estado como obra de arte.* (Translated by Sergio Tellaroli), Penguin & Companhia das Letras.
- CARNEIRO, Maria Francisca. 2008. *Direito, estética e arte de julgar.* Porto Alegre: Núria Fabris Editora.
- DEWEY, John. 1980. *Art as experience.* New York: The Berkley Publishing Group.
- FOUCAULT, Michel. 1997. *The archaeology of knowledge.* Bristol: J. W. Arrowsmith.
- HASKELL, Francis. 1995. *L' historien et les images.* (Translated by Alain Tachet e Louis Évrard). Paris: Gallimard.

- HJORT, Mette; LAVER, Sue (Ed.). 1997. *Emotions and the arts*. Oxford: Oxford University Press.
- HUME, David. 1980. Do padrão do gosto. (Translated. by João Paulo Gomes Monteiro *et al*). São Paulo: Abril, p. 319-29. In: DUARTE, Rodrigo. *O belo autônomo – textos clássicos de estética*. Belo Horizonte: Editora UFMG.
- JAEGER, Werner. 1994. *Paidéia – a formação do homem grego*. (Translated by Artur M. Parreira), 3. ed. São Paulo: Martins Fontes.
- LARENZ, Karl. 1995. *Metodologia da Ciência do Direito*. (Translated by José Lamego), 2. ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian.
- LARENZ, Karl. 1996. *Storia Del método nella scienza giuridica*. Milano: Giuffrè.
- MÜLLER, Friedrich. 1996. *Discours de La methodejuridique*. (Translated by Olivier Jouanjan), Paris: PUF.
- NUNES, Benedito. 2000. *Introdução à filosofia da arte*. 5. ed. São Paulo: Ática.
- PAIM, Gilberto. 2000. *A beleza sob suspeita – o ornamento em Ruskin, Lloyd Writ, Loos, Le Corbusier e outros*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.
- PERELMAN, Chaïm. 1997. *Retóricas*. (Translated by Maria Ermantina Galvão G. Pereira). São Paulo: Martins Fontes.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. 1996. *Tratado da argumentação – a nova retórica*. (Translated by Maria Ermantina Galvão G. Pereira). São Paulo: Martins Fontes.
- RICOEUR, Paul. 1994. *Tempo e narrativa*. (Translated by Constança Marcondes Cesar), Tomo I, Campinas: Papirus.
- SIM, Stuart. 1998. *Postmodern thought*. Cambridge: Icon Books Ltd.
- TAGLIAFERRI, Aldo. 1978. *A estética do objetivo*. (Translated by Antônio de Pádua Danesi), São Paulo: Perspectiva.
- VILANOVA, Lourival. 1997. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. 1997. *Philosophical investigations*. 3rd. ed., Oxford: Blackwell.



# A (i)moralidade da colaboração premiada frente ao imperativo categórico kantiano – Uma análise filosófica

**Marcio Guedes Berti<sup>1</sup>**

Advogado

**Resumo:** O presente artigo faz uma análise filosófica acerca da moralidade da delação/colaboração premiada frente ao imperativo categórico kantiano.

## 1. Introdução

COMO SE SABE, O IMPERATIVO CATEGÓRICO é o principal conceito ético do filósofo alemão Immanuel Kant (1724-1804), que consiste no dever de agir de modo que a ação de um indivíduo possa ser traduzida como uma lei universal.

Kant dividiu o imperativo categórico em três vertentes, sendo elas: (i) **lei universal** – “Age como se a máxima de tua ação devesse tornar-se, através da tua vontade, uma lei universal”; (ii) **fim em si mesmo** – “Age de tal forma que uses a humanidade, tanto na tua pessoa, como na pessoa de qualquer outro, sempre e ao mesmo tempo como fim e nunca simplesmente como meio”; (iii) **legislador universal (ou da autonomia)** – “Age de tal maneira que tua vontade possa encarar a si mesma, ao mesmo tempo, como um legislador universal através de suas máximas”.

O imperativo categórico, para Kant, é a lei suprema da moralidade, pois se trata da máxima do agir individual que pode ser elevado a uma lei universal de comportamento, ou seja, a exigência desta máxima torna boa a ação individual, já que se trata da garantia da imparcialidade e da independência do indivíduo em relação aos seus interesses particulares.

Hodiernamente ganha destaque, nos noticiários e no mundo jurídico, o instituto da delação/colaboração premiada, previsto na Lei 12.850/13, tido por muitos como importante instrumento de combate à criminalidade organizada.

Machado (2014, p. 536), conceituando o instituto da colaboração premiada, ensina:

Por meio desse instituto, o réu que colaborar com a investigação, apontando os demais coautores ou partícipes do crime, poderá obter redução da pena imposta em caso de condenação, ou até mesmo o perdão judicial e a total isenção de pena. Além desses benefícios, o acusado será ainda beneficiado pelas medidas previstas para a proteção assegurada às vítimas e testemunhas (Lei 9.807/99).<sup>2</sup>

O que se pretende através deste artigo é demonstrar que, diante do imperativo categórico kantiano, a delação premiada não se trata de um instituto jurídico dotado de moralidade, posto que não pode ser alçado à máxima de uma lei universal, na medida em que a sua aceitação, pelo delator/traidor, pressupõe uma vantagem pessoal processual, ou seja, existe(m) condicionante(s), de modo que jamais, sob a perspectiva da moralidade kantiana, poderia ser considerado um instituto moral.

## **2. Da delação premiada: ética, moral e direito – análise filosófica da delação premiada dentro do sistema processual penal sob a perspectiva do imperativo categórico de Kant**

A incursão no tema demanda análise sobre direito e moral. E, sobre a relação entre direito e moral, o professor Paulo Nader (2008, p. 35) aborda a questão no seguinte aspecto:

A análise comparativa entre a ordem moral e a jurídica é importante não apenas quando indica os pontos de distinção, mas também quando destaca os focos de convergência. A compreensão cabal do Direito não pode prescindir do exame dos intrincados problemas que esta matéria apresenta. Apesar de antigo, o tema oferece aspectos que se renovam e que despertam o interesse científico dos estudiosos. [...] Direito e Moral são instrumentos de controle social que não se excluem, antes, se completam e mutuamente se influenciam. Não obstante cada qual tenha seu objetivo próprio, é indispensável que a análise cuidadosa do assunto mostre a ação conjunta desses processos, evitando-se colocar um abismo entre o Direito e a Moral. Seria um grave erro, portanto, pretender-se a separação ou o isolamento de ambos, como se fossem sistemas absolutamente autônomos, sem qualquer comunicação, estranhos entre si. O Direito, malgrado distinguir-se cientificamente da Moral, é grandemente influenciado por esta, de quem recebe valiosa substância.<sup>3</sup>

Destarte, é possível afirmar que os preceitos legais e morais, conjuntamente, possuem como objetivo regular a vida em sociedade.

Aqui, é bom que se diga que tanto o direito como a moral são passíveis de sanção, só que no direito a sanção é externa e na moral, interna.

É de bom alvitre destacar, também, a diferença entre agir em conformidade com o direito e em conformidade com a moral. Esta última é incondicionada, ou seja, se o sujeito age de acordo com o direito com receio de sofrer a sanção legal, seu comportamento não é moral, pois está condicionado. O agir moral não está sujeito a condicionantes, vale dizer, o sujeito age de tal modo por agir, e não porque uma norma legal o obriga. O direito se ocupa com o dever-ser, e não com o ser. Para o direito basta que o sujeito cumpra a lei, ao passo que a moral exige mais; exige um agir incondicionado, qual seja, o respeito à própria lei moral e não aos fins ou consequências do próprio ato. Exemplo: uma coisa é o sujeito não roubar com medo de sofrer a sanção prevista pela lei (sua ação aqui é legal), pois respeitou o direito (dever-ser); contudo, ela não é moral, pois o sujeito apenas não rou-

bou com medo de sofrer a sanção imposta pela lei. Agora se o sujeito não rouba simplesmente porque não rouba, sem qualquer condicionante, sua ação é mais que legal, é moral (ser).

Na *Metafísica dos Costumes*, Kant ensina no § 13º da parte I (Dos deveres consigo mesmo em geral):

Todo ser humano tem uma consciência e se vê observado, ameaçado e, em geral, conservado no assombro [respeito associado ao medo] por um juiz íntimo, e esta autoridade, vigilante da lei dentro dele, não é algo que ele próprio [voluntariamente] produz, mas algo incorporado em seu ser. Acompanha-o como sua sombra quando ele planeja escapar. Ele pode, realmente, atordoar-se ou reduzir-se ao sono por força de prazeres e distrações, mas não consegue voltar a si ou despertar de tempos a tempos; quando o faz, ouve imediatamente aquela voz terrível. Ele pode, no máximo, na extrema abjeção, conseguir não dar mais atenção a ela, mas não pode ainda deixar de ouvi-la. Ora, esta predisposição original intelectual e [uma vez que é o pensamento do dever] moral chamada consciência é peculiar no fato de que, embora seu negócio seja um negócio de um ser humano consigo mesmo, alguém constrangido por sua razão vê a si mesmo constrangido a levá-la à frente pela intimidação de uma outra pessoa, pois o negócio aqui é aquele de levar um processo [causa] ao tribunal. Mas pensar num ser humano que é acusado por sua consciência como uma e a mesma pessoa que o juiz é uma forma absurda de representar uma corte de justiça, pois neste caso aquele que instaura o processo perderia sempre. Para todos os deveres a consciência de um ser humano, conseqüentemente, terá que cogitar de alguém que não seja ele próprio [isto é, distinto do ser humano em geral] como juiz de suas ações, caso contrário a consciência terá que ser uma contradição consigo mesma. Este outro pode ser uma pessoa real ou uma pessoa meramente ideal que a razão cria por si mesma.

Pois bem. A colaboração premiada nada mais é do que uma traição, pois uma pessoa, para “aliviar” sua situação perante a justiça e obter de-

terminada vantagem pessoal no âmbito do processo, decide “colaborar” com esta e, assim, delata seus “comparsas”. Se o que o delator vai dizer é verdade ou não, ninguém sabe, apenas ele. Contudo, esta traição é admitida pelo direito e, atualmente, é a máxima utilizada pelos órgãos encarregados da persecução criminal como forma de “combate ao crime organizado”.

Vale dizer que se o Estado precisa se valer da delação de um acusado para alcançar a justiça, é porque as instituições estatais estão falidas. Em um país como o Brasil, onde existem inúmeros órgãos estatais encarregados de analisar práticas criminosas, esse quadro falimentar se mostra ainda mais flagrante.

A título de ilustração, temos no Brasil, atualmente, diversos órgãos de controle e de investigação, a saber: Polícia Judiciária estadual e federal, Ministério Público estadual e federal, Controladoria-Geral da União, Tribunal de Contas (municipais<sup>4</sup>, estaduais e da União), Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, Receita Federal, Receita Estadual e, mesmo assim, a justiça precisa se valer do instituto da colaboração premiada.

A propósito, Cezar Roberto Bitencourt, em artigo denominado “Delação premiada na ‘lava-jato’ está eivada de inconstitucionalidades”, publicado no sítio da *Consultor Jurídico* em data de 4 de dezembro de 2014<sup>5</sup>, averbou que:

Chega a ser paradoxal que se insista numa propalada sofisticação da delinquência; num país onde impera a improvisação e tudo é desorganizado, como se pode aceitar que só o crime seja organizado? Quem sabe o Poder Público, num exemplo de funcionalidade, comece combatendo o crime desorganizado, já que capitulou ante o que resolveu tachar de crime organizado; pelo menos combateria a criminalidade de massa, a criminalidade violenta, devolvendo a segurança à coletividade brasileira, que tem dificuldade até mesmo de transitar pelas ruas das capitais. Está-se tornando intolerável a inoperância do Estado no combate à criminalidade, seja ela massificada, organizada ou desorganizada, conforme nos têm demonstrado as alarmantes estatísticas diariamente.

Pelo instituto da delação premiada, é possível a concessão do perdão judicial ao colaborador/delator/traidor, observada a relevância da colaboração, conforme art. 4º da Lei 12.850/13<sup>6</sup>. Referido instituto foi importado ao ordenamento jurídico brasileiro sobretudo do direito norte-americano (*plea bargain*<sup>7</sup>) e italiano (*pentitismo*).

Sob o ponto de vista do positivismo jurídico, não há o que se discutir sobre a delação premiada, pois o positivista, como se sabe, mostra-se ametafísico, na medida em que rejeita todos os elementos de abstração na área do direito, existindo uma única ordem jurídica, qual seja, aquela comandada pelo Estado e que é soberana.

### Destarte, delatar é trair, daí porque a mudança (proposital) do termo delação por colaboração

Como bem ensina Nader (2008, p. 386), “o positivismo jurídico é uma doutrina que não satisfaz às exigências sociais de justiça. Se, de um lado, favorece o valor segurança, por outro, ao defender a filiação do Direito a determinações do Estado, mostra-se alheio à sorte dos homens”<sup>8</sup>.

Etimologicamente delatar significa denunciar o autor do crime, trair. De Plácido e Silva, em sua obra *Vocabulo Jurídico* (1982, p. 23), ao definir delação consigna que: “*originado de delatio, de deferre (na sua acepção de denunciar, delatar, acusar, deferir), é aplicado na linguagem forense mais propriamente para designar a denúncia de um delito*”<sup>9</sup>.

Destarte, delatar é trair, daí porque a mudança (proposital) do termo delação por colaboração. A mudança é meramente gramatical; semanticamente, não houve qualquer alteração. O instituto continua a ser de delação. Poder-se-ia, da mesma forma, alterar sua nomenclatura para traição judicial ou, quem sabe, traição institucional, enfim, o fato é que se trata de uma traição. E a traição, desde sempre, foi repugnada pela sociedade. Ora, se não é (e não foi) assim, por que queimaram Judas Iscariotes senão para punir a delação e castigar a traição! Está no texto bíblico (Mateus, capítulo XXVI, versículos 14, 15 e 16<sup>10</sup>).

É evidente que o instituto da delação premiada é desprovido de qualquer conteúdo ético e moral sob a perspectiva de Kant. Concede-se um

prêmio àquele que decide “colaborar” com a justiça, traindo e delatando pessoas, sem que se dê importância às motivações subjetivas da delação.

Como bem explicitado por Cezar Roberto Bittencourt<sup>11</sup>:

Para efeito da delação premiada, não se questiona a motivação do delator, sendo irrelevante que tenha sido por arrependimento, vingança, ódio, infidelidade ou apenas por uma avaliação calculista, antiética e infiel do traidor-delator. *Venia concessa*, será legítimo o Estado lançar mão de meios antiéticos e imorais, como estimular a deslealdade e traição entre parceiros, apostando em comportamentos dessa natureza para atingir resultados que sua incompetência não lhe permite através de meios mais ortodoxos? Certamente não é nada edificante estimular seus súditos a mentir, trair, delatar ou dedurar um companheiro movido exclusivamente pela ânsia de obter alguma vantagem pessoal, seja de que natureza for.

Em verdade, o Estado pouco se importa com as motivações que originam a delação, pois muitas vezes o Estado a estimula e, assim o fazendo, institucionaliza a deslealdade, a imoralidade e a traição.

E vale ressaltar que o Estado, muitas vezes, é antiético com o próprio delator, pois se utiliza de medidas cautelares, sobretudo da prisão preventiva, para obter o consentimento com a delação. Como observa Alexandre Moraes da Rosa, “*a partir da teoria dos jogos as medidas cautelares podem se configurar como mecanismos de pressão cooperativa e/ou táticas de aniquilamento (simbólico e real, dada as condições em que são executadas)*”<sup>12</sup>.

Eis a razão pela qual Luigi Ferrajoli (*apud* Silva, 1999, p. 5)<sup>13</sup> questiona a moralidade da colaboração premiada, percebendo o perigo dos agentes estatais utilizarem os benefícios para pressionar o réu/colaborador/delator, influenciando seu livre-arbítrio, de modo a transformar as delações na linha mestra dos processos, passando-se a negligenciar as demais modalidades probatórias.

Sendo, portanto, uma traição, sob o ponto de vista ético-filosófico kantiano, a delação premiada não se sustenta, sobretudo sob a perspec-

tiva do imperativo categórico, pois não se pode alçar a uma máxima universal que todos os indivíduos sejam traidores.

Pode até ser que o delator esteja sendo condenado por sua própria consciência, porém, ainda assim a traição não se justifica. Caso o delator tenha sido condenado pela sua consciência, deve aceitar, também, sua condenação pela justiça. Pode até confessar a prática criminosa; contudo, jamais deve ser um traidor.

Outro problema que se apresenta reside no fato de saber se o delator está ou não dizendo a verdade. Tendo em vista que, *a priori*, a delação só faz sentido se houver reciprocidade por parte do Estado, de modo a favorecer o traidor, quem garante que aquilo que é delatado é verdade? E se não for?

Kant, no capítulo II (O dever de um ser humano consigo mesmo meramente como ser moral) da *Metafísica dos Costumes*, diz no § 9º:

A maior violação do dever de um ser humano consigo mesmo, considerado meramente como um ser moral (a humanidade em sua própria pessoa), é o contrário da verdade, a mentira (*alliid lingua promptum, alliid pectore inclusum genere*). Na doutrina do direito, uma inverdade intencional é chamada de mentira somente se violar o direito de outrem; mas na ética, onde nenhuma autorização é derivada da inocuidade, fica claro de *per si* que nenhuma verdade intencional na manifestação dos pensamentos de alguém pode eximir-se dessa áspera denominação, pois a desonra (sendo um objeto de desprezo moral) que acompanha uma mentira também acompanha um mentiroso, como sua sombra. A mentira pode ser externa (*mendacium externum*) ou, inclusive, interna. Através de uma mentira externa um ser humano faz de si mesmo um objeto de desprezo aos olhos dos outros; através de uma mentira interna, ele realiza o que é ainda pior: torna a si mesmo um objeto de desprezível aos seus próprios olhos e viola a dignidade da humanidade em sua própria pessoa. E, assim, uma vez que o dano que pode atingir outros a partir da mentira não é o que distingue esse vício (pois se fosse, o vício consistiria apenas em violar o dever de cada um para com os outros), este dano não é considerado

aqui. Tampouco é o dano que o mentiroso causa a si mesmo, pois então uma mentira, como mero erro em matéria de prudência, entraria em conflito com a máxima pragmática, não com a máxima moral, e não poderia ser considerada de modo algum uma violação do dever. Pela mentira um ser humano descarta e, por assim dizer, aniquila sua dignidade como ser humano. Um ser humano que não crê ele próprio no que diz a outro (mesmo que o outro seja uma pessoa simplesmente ideal) tem mesmo menos valor do que se fosse uma mera coisa; pois uma coisa, por ser algo real e dado, possui a propriedade de ser útil, de maneira que o outro pode destiná-la a algum uso. [...] A veracidade nas nossas declarações é também chamada de honestidade e, se as declarações constituem promessas, sinceridade; mas, mais geralmente, a veracidade é chamada de retidão. A mentira (no sentido ético da palavra), a inverdade intencional em geral, não necessita ser prejudicial aos outros para ser repudiada, pois seria então a violação dos direitos dos outros. É possível que seja praticada meramente por frivolidade ou mesmo bondade; aquele que fala pode, até mesmo, pretender atingir um fim realmente benéfico por meio dela. Mas esta maneira de perseguir este fim é, por sua simples forma, um crime de um ser humano contra sua própria pessoa e uma indignidade que deve torná-lo desprezível aos seus próprios olhos.

É inquestionável, pois, que, sob a óptica filosófica de Kant, a moralidade da delação premiada não se sustenta. Não é por outro motivo que Cezar Roberto Bitencourt alerta para o fato de que,

ainda que seja possível afirmar ser mais positivo moralmente estar ao lado da apuração do delito do que de seu acobertamento, é no mínimo arriscado apostar em que tais informações, que são oriundas de uma *traição*, não possam ser elas mesmas traiçoeiras em seu conteúdo. Certamente aquele que é capaz de trair, delatar ou dedurar um companheiro movido exclusivamente pela ânsia de obter alguma vantagem pessoal, não terá escrúpulos em igualmente mentir, inventar, tergiversar e manipular as informações

que oferece para merecer o que deseja. Com essa postura anti-ética, não se pode esperar que o delator adote, de sua parte, um comportamento ético e limite-se a falar a verdade às autoridades repressoras; logicamente, o *beneficiário da delação* dirá qualquer coisa que interesse às autoridades na tentativa de beneficiar-se. Essa circunstância retira eventual idoneidade que sua *delação* possa ter, se é que alguma delação pode ser considerada idônea em algum lugar.

Em artigo publicado no jornal *Gazeta do Povo* do dia 3 de fevereiro de 2016<sup>14</sup>, o Procurador da República Bruno Calabrich defendeu o instituto da delação premiada dizendo que “*o erro fundamental é ignorar que a colaboração premiada não é somente uma técnica de investigação: ela é, antes de tudo, um direito do investigado*”. Trata-se, claramente, de um argumento positivista e simplório, que não enfrenta profundamente as nuances por trás da colaboração premiada.

Obviamente que os membros do Ministério Público são vozes unânimes na defesa do instituto, para os quais ele é um efetivo instrumento de combate à criminalidade e à corrupção que assolam a sociedade.

Trata-se, todavia, de um argumento utilitarista. Apoiados no clamor social de combate à corrupção, os agentes do Estado defendem a delação premiada com unhas e dentes, de modo que, por trazer uma resposta à sociedade e, de certo modo, combater a corrupção, seria um instituto plenamente moral, pois vai ao encontro do interesse público. Repita-se: o argumento é utilitarista.

Como se sabe, Jeremy Bentham (1748-1832), filósofo moral e estudioso das leis, criou a filosofia utilitarista, fulcrada na ideia central de que o objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor. De acordo com Bentham, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade, entendida esta como qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite dor ou sofrimento.

Singelamente, o utilitarismo tem como traço primordial considerar bom o que é útil. Destarte, é perfeitamente possível defender a mo-

ralidade da delação premiada sob o viés do utilitarismo, o que não se sustenta para Kant, para quem é moralmente correta a ação que está de acordo com determinadas regras do que é certo, independentemente da felicidade resultante a um ou a todos.

O imperativo categórico kantiano é uma regra de averiguação, em que não basta que a ação seja realizada apenas em conformidade externa com a lei moral, mas que ela não se sujeite a interesses egoístas ou a motivações empíricas. A ação não deve ser realizada apenas conforme o dever, mas também por dever.

Sobre o utilitarismo, o professor José Renato Nalini (2014, p. 67-8) ensina:

Em termos éticos, significa que a conduta ética desejável é a conduta útil. Isso satisfaria as exigências de uma explicação racional para a necessidade do comportamento ético? Adota-se uma postura ética apenas porque isso se mostra de alguma utilidade? Não se mostra suficiente a resposta dos utilitaristas, pois a utilidade é mero atributo de um instrumento. Uma faca é útil se efetivamente corta, um revólver útil se dispara. Com um ou outro se pode praticar o mal. Todavia, a faca em si não tem destinação nociva. Serve para descascar laranjas. Já o revólver, difícil sustentar a dignidade de sua vocação. Invocar o instituto da legítima defesa expõe uma exceção, não a regra. Revolver exista para matar. Essa a destinação ínsita da arma. Basta essa constatação para se concluir que o útil não se confunde com o bom.<sup>15</sup>

O professor americano Michael J. Sandel, em sua célebre obra *Justiça: o que é fazer a coisa certa* (2015, p. 137-9), explica:

A fundamentação de Kant foi uma crítica arrasadora ao utilitarismo. Kant argumenta que a moral não diz respeito ao aumento da felicidade ou a qualquer outra finalidade. Ele afirma o contrário, que ela está fundamentada no respeito às pessoas como fins em si mesmas. A importância atribuída por Kant à dignidade humana define nossas concepções atuais dos direitos humanos universais.

Ademais, seu conceito de liberdade figura em muitos dos nossos debates contemporâneos sobre justiça. Kant repudia o utilitarismo. Ao basear direitos em um cálculo sobre o que produzirá a maior felicidade, argumenta ele, o utilitarismo deixa esses direitos vulneráveis. Existe ainda um problema mais grave: tentar tomar como base para princípios morais os desejos que porventura tivermos é uma maneira errada de abordar a moral. Só porque uma coisa proporciona prazer a muitas pessoas, isso não significa que possa ser considerada correta. O simples fato de a maioria, por maior que seja, concordar com uma determinada lei, ainda que com convicção, não faz com que ela seja uma lei justa. Kant afirma que a moralidade não deve ser baseada apenas em considerações empíricas, como interesses, vontades, desejos e preferências que as pessoas possam ter em um determinado momento.<sup>16</sup>

### 3. Conclusão

Como se observa, sob o ponto de vista da moral kantiana, o instituto da delação/colaboração premiada é absolutamente imoral, pois como se nota, o que motiva o delator/colaborador em delatar/trair seus comparsas é um interesse exclusivamente pessoal, consistente na obtenção de uma vantagem processual, que pode, inclusive, significar o perdão judicial, de modo que há uma condicionante que origina a delação. Para Kant, repise-se, a moral é incondicionada.

Ainda, sob o ponto de vista do imperativo categórico, não se pode admitir que a prática da traição seja elevada à máxima de uma lei universal. Seria a consagração do absurdo admitir-se que, em nome de um “suposto bem comum”, as pessoas pudessem ser traidoras/deladoras. Se assim fosse, as pessoas poderiam trair seus esposos e esposas, seus sócios, seus amigos, seus parentes, enfim, quando verificado que a traição não pode ser elevada à máxima universal, constata-se, desde logo, sua imoralidade, pois não é a coisa certa a ser feita, na medida em que a traição torna o delator desprezível e afeta sobremaneira a pessoa delatada.

Até porque esse “suposto bem comum” traduz-se em mero utilitarismo, doutrina moral rechaçada por Kant em sua fundamentação da metafísica dos costumes. Aqui é bom pontuar que a fundamentação da metafísica dos costumes, o primeiro de vários trabalhos sobre filosofia moral de Kant, foi publicado cinco anos após a veiculação dos princípios da moral e da legislação de Jeremy Bentham, ou seja, tratou-se de uma crítica veemente ao utilitarismo.

Não é por outro motivo, portanto, que Kant, na *Metafísica dos Costumes*, no § 43 da parte II (Dos deveres de virtude com os outros), expõe:

A propagação (*propalatio*) intencional de alguma coisa que prejudica a honra alheia reduz o respeito pela humanidade em geral, de sorte a finalmente arrojara uma sombra de indignidade objetiva sobre nossa própria raça, tornando a misantropia (a fuga da convivência com seres humanos) ou o desprezo a disposição da alma predominante, ou embotar o sentimento moral de cada um, nos expondo reiteradamente à visão de tais coisas e nos acostumando com ela. É, portanto, um dever de virtude não extrair um prazer malicioso na exposição das faltas alheias, de maneira que alguém venha a ser considerado tão bom quanto ou, ao menos, não pior do que os outros, mas sim lançar o véu do amor aos seres humanos sobre suas faltas, não meramente abrandando nossos julgamentos, como também mantendo estes julgamentos para nós mesmos, pois os exemplos de respeito que damos aos outros podem estimular o seu empenho para merecê-lo.

Assim, no que diz respeito à delação premiada, pode-se dizer (metaforicamente) que são morais aqueles acusados que não se valem de referido instituto para obter qualquer vantagem processual.

Registre-se, por fim, que o fato de um delator “supostamente colaborar com a justiça” aceitando delatar seus “comparsas”, traindo-os, não o torna uma pessoa digna de moral e tampouco dota de moralidade referido instituto; aliás, o contrário ocorre, diante de tudo o que foi argumentado neste artigo, eis que, para Kant, se o agente atuou com vis-

tas à obtenção de alguma recompensa ou vantagem, como na delação premiada, sua ação não pode ser reputada como moral. Consequentemente, o instituto da delação/colaboração premiada também não pode ser considerada um instituto dotado de moralidade.

## Notas

1. Marcio Guedes Berti. Advogado. Mestrando em Filosofia (UNIOESTE – Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Campus de Toledo). Especialista em Direito Civil e Processual Civil (UNIVEL – União Educacional de Cascavel). Professor dos Cursos de Direito da UNIVEL – Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel e da UNIPAR – Universidade Paranaense, Campus de Cascavel
2. Antonio Alberto Machado. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
3. NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
4. Alguns municípios possuem Tribunal de Contas para fiscalização dos recursos municipais, a exemplo de São Paulo, Rio de Janeiro, entre outros.
5. <http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>. Acesso em 09.02.2016.
6. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: [...].
7. Instituto de origem na *common law* consistente numa negociação feita entre o representante do Ministério Público e o acusado: o acusado apresenta importantes informações e o Ministério Público pode até deixar de acusá-lo formalmente.
8. *Op. cit.*, p. 386.
9. *Vocabulário jurídico conciso*. Forense, 1982.
10. Mateus, capítulo 26: 1. Quando acabou de dizer essas coisas, Jesus disse aos seus discípulos: [...] 14. Então, um dos Doze, chamado Judas Iscariotes, dirigiu-se aos chefes dos sacerdotes 15 e lhes perguntou: O que me darão se eu o entregar a vocês? E lhe fixaram o preço: trinta moedas de prata. 16 Desse momento em diante Judas passou a procurar uma oportunidade para entregá-lo.
11. <http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>. Acesso em 09.02.16.
12. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 157.

13. SILVA, Eduardo Araújo. Da moralidade da proteção aos réus colaboradores. São Paulo. In: *Boletim IBCCrim* n. 85, dezembro de 1999.
14. <http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/as-contradicoes-dos-que-criticam-a-colaboracao-premiada-adozrmi9ja3wuachz4nigvunk>. Acesso em 09.02.2016.
15. NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais.
16. SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. [tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo] 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.



# Breves notas sobre a audiência, sua evolução e previsão legal: das ordenações ao novo CPC/2015

## **Gisele Leite<sup>1</sup>**

Mestre e doutora em Direito

Professora universitária

## **Denise Heuseler<sup>2</sup>**

Advogada

Pós-graduada Lato Sensu em Direito Civil

## **Pequeno histórico**

PESQUISANDO HISTORICAMENTE SOBRE A AUDIÊNCIA, verifica-se que, ao tempo das Ordenações, a audiência não se apresentava propriamente como um ato processual, mas como ato ordenatório e coordenador da atividade forense em geral. Significava a sessão em que o juiz pessoalmente ouvia as partes, por si ou por seus advogados e procuradores, deferia seus requerimentos, proferia sua decisão sobre as questões de fácil e pronta solução, e publicava suas sentenças, fossem interlocutórias ou definitivas.

A audiência ordinária consistia num tempo durante o qual o juiz ficava à disposição dos litigantes para a prática de atos de natureza administrativa, ouvindo requerimentos dos presos, as pessoas religiosas e mulheres que estivessem presentes, em seguida os advogados e procuradores, começando pelo mais antigo. O juiz realizava, assim, atos processuais de maior relevância, em vários processos, recebendo dos advogados os termos de recursos e protestos.

Todos os termos da audiência eram lançados nos respectivos livros encadernados para os escrivães, depois em seus cartórios, os transcre-

verem em seus respectivos feitos. E as Ordenações Portuguesas eram expressas em que, “depois de acabar de ouvir a agente, que na audiência estiver, não a levantaria o juiz, sem antes mandar perguntar pelo porteiro, em alta voz, se ainda alguém havia que quisesse requerer alguma cousa” (Ord., Tít. 19, § 4º).

Pereira e Souza *apud* Carreira Alvim conceitua a audiência como sendo o lugar no qual os juízes ouvem as partes por si, por seus advogados ou procuradores. Neste lugar é que as causas devem prosseguir os seus termos, sendo regulados pelos juízes que a elas presidem. Decidem-se em audiência as questões de fácil expedição.

Já Othon Sidou afirma que a audiência como “momento culminante da atividade jurisdicional” constituiu, e ainda constitui, o núcleo do processo em todos os tempos: “os reis primitivos, depois os juízes que passaram a exercitar a distribuição da justiça em nome do monarca, o *iudex* e o pretor romanos, o vizir egípcio, o cádi muçulmano e o *Rachimbourg* germânico sempre ouviram de viva voz as partes, antes de fazerem ouvir seu julgamento”.

No CPC de 1939, ao qual não se pode negar o crédito pela modernização da estrutura e dos conceitos básicos do processo civil brasileiro e que substituíra a antiga concepção duelista pela ideia de o processo ser instrumento público e dinâmico de atuação da lei, a audiência passou a ser ato processual integrante de cada determinado processo, suprimidas as antigas audiências ordinárias, de evidente inutilidade, retratando apenas um ritualismo superado e inócuo.

Assim, a audiência de instrução e julgamento tornou-se no CPC de 1939 um termo essencial do processo ordinário, não se podendo conceber a sua preterição. É quando o processo vive a sua hora culminante, porque é nela que o juiz entra em contato com as provas, ouve o debate e pronuncia a sentença.

O código assegurou a importância da audiência inclusive nas causas em que a pretensão das partes se fundamentasse em prova exclusivamente documental, por possibilitar, mesmo em tais casos, não apenas a realização do debate oral, como ainda, ser proferida logo a sentença, bem como a fluência do prazo para a interposição dos recursos, sem a necessidade de novas intimações.

O CPC de 1939 realmente adotou o sistema oral, apesar de manter a função de documentação apresentando-se no simples caráter preparatório do debate oral, ou seja, a documentação contém o anúncio das declarações que serão feitas em audiência.

Na lição de Chiovenda, as declarações juridicamente relevantes far-se-ão somente em audiência. Nesta, deve-se também confirmar oralmente as declarações anunciadas e escritas, mas pode-se modificar, retificar ou abandoná-las e formular outras não anunciadas. Usualmente a declaração oral não faz mais que evocar as declarações escritas, constituindo uma referência a estas; não se entende, porém, olvidar as alegações escritas ou simplesmente contrariá-las; se não é feita ou evocada oralmente em audiência, perdem as declarações escritas sua relevância original.

Todavia, o processo brasileiro continuou consagrando a regra de que as declarações fundamentais das partes se contêm na petição inicial e na contestação apresentadas não com a função de meros escritos preparatórios, mas como declarações de vontade em definitivo, traçando os lindes da pretensão e da resistência.

O CPC de 1939 adotou o processo oral e suas regras da imediação, que Chiovenda considerou a essência da oralidade, da concentração e da identidade física do juiz, e regras que, aliadas à atividade dos litigantes, realmente romperam em definitivo com os conceitos dominantes no antigo processo, já irrecusavelmente superado, inapto a atender às necessidades de eficácia da atuação jurisdicional em uma sociedade econômica e culturalmente em franco processo de evolução.

Liebman, que teve certa influência no CPC de 1973, considerou indispensável a audiência, posto ser inaceitável suprimir a oralidade, ainda mais no sistema legislativo brasileiro, onde havia uma única audiência, que era a de instrução e julgamento, destinada ao conhecimento do mérito.

**O código assegurou a importância da audiência inclusive nas causas em que a pretensão das partes se fundamentasse em prova exclusivamente documental**

Eliézer Rosa apud Carreira Alvim definiu a audiência de instrução e julgamento como o ato processual público solene, substancial do processo, presidido pelo juiz<sup>3</sup>, onde se instrui, discute e decide a causa. Revelou o doutrinador que, no entanto, a audiência nunca obteve o sentido que a teoria tanto enaltecera, referindo-se à má praxe de os advogados substituírem as alegações orais por memoriais escritos de antemão ou, ainda, de simplesmente se reportarem às peças básicas da fase postulatória. Além disso, a realização da audiência muitas vezes representava um fator de procrastinação e não de aperfeiçoamento no andamento dos processos, pelo atraso decorrente das pautas de juízes sobrecarregados de trabalho.

Nas antigas ações executivas não contestadas e presentes no CPC de 1939, bem como nas demandas baseadas em prova somente documental, realmente as audiências eram reduzidas à simples formalidade de um simbólico debate oral, que nada contribuía para encontrar a melhor solução da causa, mas sim para acarretar indesejado retardamento, sendo apenas uma homenagem bizarra a um princípio teórico na prestação jurisdicional.

Galeno Lacerda, em sua tese sobre *Despacho Saneador* em 1953, pioneiramente sustentou a possibilidade de julgamento antecipado do mérito no momento processual do despacho saneador, impugnando o posicionamento doutrinário de Liebman. Retrucou afirmando que Liebman situava-se no plano da pura técnica processual e à luz dela é que interpretou a lei brasileira. Enxergava a lei brasileira, porém, com olhos italianos.

## É a audiência essencial?

Não se ousa negar os méritos óbvios da oralidade e as virtudes das audiências. Mas se postula efetivamente por uma visão teleológica do processo<sup>4</sup>. Assim Galeno Lacerda advertiu *in litteris*: “Antes de se afirmar que o processo brasileiro<sup>5</sup> é oral, que o debate e a audiência são essenciais, impõe-se, primeiro, indagar quais, em nosso sistema, a natureza e a finalidade de tais atos.”

Afinal, há de se distinguir os atos indispensáveis à constituição e aos fins da relação processual de outros atos nem tão essenciais, posto que pertencem à esfera da disponibilidade das partes ou do juiz. Assim, exemplificando, o recurso, a contestação, a exceção, a perícia, os quais não constituem atos essenciais ao processo.

Destacou Galeno Lacerda que podemos vislumbrar pelo menos três objetivos da audiência: provar, discutir e julgar. E o motivo pelo qual não se pode considerar a audiência ato essencial se prende primeiramente porque nem toda prova nesta se pode produzir. A prova documental, por exemplo, se oferece ora nos atos de postulação ou de contestatória, reservando-se para audiência apenas as inspeções diretas e provas orais, tais como interrogatórios de peritos, depoimento das partes e de testemunhas.

Portanto, caso as provas orais não se façam necessárias, a audiência para colhê-las será ato inútil e dispensável. Outro motivo é porque a prova pertence ao poder de disposição da parte ou do juiz, sendo certo que o destinatário da prova é o juiz. Como ato disponível, o meio através do qual pode se manifestar é a audiência – não sendo essencial ao processo.

Não se pode negar que a audiência continua a ser ato disponível, renunciável e cuja existência pertence ao alvedrio dos litigantes. Logo, não será daí que a audiência receberá nota e adjetivo de ato essencial ao processo. Assim, são plenamente disponíveis para os litigantes ou mesmo para o magistrado todos os atos a serem praticados dentro da audiência em razão dos quais esta existe.

Concluindo, Lacerda é peremptório em aduzir que, entre nós, a oralidade não é imperativa, mas disponível. Nossos atos postulatórios são escritos, e sua apresentação em juízo e a produção probatória documental, tantas vezes a única a realmente existir, não se fazem em audiência, portanto tais discussões orais são sumariamente renunciáveis, e nossas sentenças, salvo a publicação, independem igualmente de audiência.

Percebe-se que Liebman raciocinou, no Brasil, em termos da oralidade europeia, e mais particularmente a italiana. Sua afirmação de que a petição inicial, a contestação e a réplica não são absolutamente suficientes para dar ao juiz um conhecimento satisfatório da causa é puro dogmatismo. Se o réu, com a contestação, demonstrou cabalmente a

prescrição ou a coisa julgada, ou o pagamento, ou a transação, e o autor nenhum argumento consistente lhe opôs, ao voltar a se manifestar no feito, o juiz restará habilitado a julgar a lide.

Se a audiência, portanto, em nosso processo, não é ato essencial, desaparece a única razão que, ao ver de Liebman, impediria decisão a respeito do mérito por ocasião do despacho saneador.

A jurisprudência pátria da época, no entanto, sendo fiel ao texto do diploma processual de 1939, só aceitava a supressão da audiência em face da não contestação do réu, nos procedimentos especiais e ante a expressa autorização legal para o juiz de plano sentenciar.

## O julgamento antecipado da lide

E a referida lição veio a conduzir a uma das inovações mais exitosas e acolhida sob aplausos gerais no CPC de 1973: o julgamento antecipado da lide, ou melhor, o julgamento imediato da lide, o que mais tarde veio redundar no indeferimento liminar da petição inicial ou a decisão liminar de mérito.

Apesar de festejado, o julgamento antecipado da lide deve ser usado com ponderação e prudência, a fim de não implicar graves riscos para o direito de defesa. A professora Ada Pellegrini Grinover, tecendo considerações sobre *O Julgamento Antecipado da Lide – Enfoque Constitucional*, concluiu: “O novo instituto, destinado a conferir ao processo maior celeridade, economia e concentração, representa uma escolha de política legislativa em detrimento da oralidade, e deve ser usado com cautelas, para que não haja prejuízo para a defesa dos direitos das partes.”

Arruda Alvim, eminente professor, também escreveu que o princípio da oralidade nasceu inflacionadamente, tendo sido reduzido aos seus devidos termos. Considerou que o auge da oralidade não reside, como consignado por Chiovenda e abonado por Liebman, no debate oral realizado pelos advogados, mas sim na aplicação do princípio<sup>6</sup> da imediatidade do juiz, de seu contato direto com a prova oralmente recebida que é sublinhado pela concentração, para que as imagens e

provas colhidas pelo juiz não esmaçam de sua memória pelo decurso do tempo, e pela regra da identidade física do julgado – o juiz que julga deve ser, sempre que possível, o mesmo que desfrutou das vantagens do contato imediato com a prova oral.

Desde o CPC de 1939, tentamos sem êxito enfatizar a tônica da oralidade e do contraditório<sup>7</sup> no debate verbal realizado em audiência, o que tornou a audiência ato essencial do procedimento ordinário. No entanto, o Código Buzaid reduziu a oralidade àquilo que é essencial, ou seja, para consagrá-la onde se imponha como imprescindível para a apuração dos fatos a serem emergidos da prova oral.

Acentuou ainda Arruda Alvim a universalidade da atenuação do princípio da oralidade tal como inicialmente fora formulado, citando que, na própria Alemanha, o professor Fritz Baur observou também que o princípio da oralidade, pelo menos com a referida alta intensidade, é uma irrealidade e é impraticável.

A admissão pelo legislador brasileiro da possibilidade do julgamento antecipado da lide, com a abolição da audiência, veio a reduzir a oralidade às suas verdadeiras e úteis dimensões. Pois o que importa é a justa composição da lide, ou seja, a imediação que é compatível com o processo escrito.

Afinal, na Alemanha cresceu a convicção de que a oralidade e a imediatidade não podem ser óbices à realização rápida e econômica do processo, cabendo ao juiz ponderar e sopesar, caso a caso, a utilidade desses princípios, que somente serão aplicáveis quando as vantagens inerentes a eles forem maiores que as desvantagens.

A audiência de instrução e julgamento é ato processual complexo, por envolver outros atos e por sua duração, extensão e espaço. Nela está presente necessariamente o juiz que a preside e dirige, e ela se caracteriza pelo elevado grau que representa de imediatidade e de concentração.

Resta ainda a lembrança de que a audiência é um ato processual obediente ao princípio geral da publicidade, e que se trata de ato solene, no sentido da observância de determinadas formalidades, cuja infração, todavia, regra geral, só acarretará invalidade na medida em que ofendido algum princípio fundamental do processo<sup>8</sup>, como o da igualdade das partes dentro do contraditório.

De todo modo, reconhecamos que atualmente a audiência não se constitui um ato substancial ao processo, ou seja, indispensável à obtenção do julgamento do mérito, eis que o procedimento comum ordinário prevê o julgamento antecipado da lide, com exclusão da audiência, como forma simplificada do procedimento padrão, havendo ainda a possibilidade de improcedência liminar.

Mais adequada e sóbria fora a definição trazida por Cândido Dinamarco de que a audiência de instrução e julgamento é um ato processual complexo realizado publicamente em primeiro grau de jurisdição e do qual participam o juiz, advogados, testemunhas, serventúrios de justiça e as partes, com o objetivo de obter a conciliação destas, realizar a prova oral, debater a causa e proferir sentença.

### **Atos feitos na audiência**

É cabível desdobrar as atividades normalmente relacionadas com a audiência, a saber: atos de preparação da audiência; abertura e pregoes; tentativa de conciliação e atividades de instrução (depoimentos orais; eventuais juntada de documento); decisões interlocutórias proferidas no decurso da audiência; debates orais (caso não substituídos por posteriores razões finais escritas); prolação de sentença em audiência (caso o juiz não escolha proferi-la posteriormente) e, por fim, a lavratura do termo (pela forma tradicional ou pela forma eletrônica).

A Lei 8.952/94 trouxe a lume a audiência preliminar, no CPC/73 no art. 331, que nos processos sob rito ordinário será realizada ao término da fase postulatória e após cumpridas as providências preliminares, audiência dotada de múltipla finalidade, a saber: a) tentativa de conciliação; b) atividades finais de saneamento; c) ordenação da instrução probatória; d) designação, se necessário, da audiência de instrução e julgamento. Evidentemente, galgada a conciliação amigável da lide, suprimem-se os provimentos atinentes às letras b, c e d.

Caso a demanda verse a respeito de direitos sobre os quais não se possa transigir, a audiência preliminar não se fará necessária e o juiz

irá prover, por decisão de saneamento, quanto aos eventuais vícios processuais e quanto à organização da prova a ser produzida.

A abertura da audiência, com os pregões, é formalidade essencial, afirmou Moacyr Amaral Santos: “A falta de pregão importa em nulidade da audiência, alegável pela parte não apregoada e que por isso não tenha comparecido à mesma. Comparecendo, apesar de não apregoada, sanado estará o vício e válida será a audiência.” Em outras palavras, a omissão da formalidade do pregão é causa de nulidade se tiver havido prejuízo para o não apregoado, por mínimo que seja o seu interesse. O comparecimento, sem prejuízo, dá validade à audiência.

## **A audiência e o segredo de justiça**

Realizar-se-ão a portas fechadas, entretanto, as audiências nos casos de processos sob o regime de segredo de justiça, e tais são aqueles previstos no art. 155 do CPC/73 (art. 189 do novo CPC), apesar de que em regra as audiências sejam públicas. Borges da Rosa, comentando o diploma legal pretérito, arrolou entre os motivos de interesse social aqueles que pudessem causar danos à sociedade, à coletividade, ao país, ao Estado, ao município e à Justiça, ou a outros institutos, repartições ou estabelecimentos de caráter público ou social, ou ao bem-estar, à ordem, à paz, ao sossego, à tranquilidade, à segurança pública etc.

As hipóteses de segredo de justiça<sup>9</sup> parecem ser taxativas. Mas nos processos que em princípio não tramitam em segredo de justiça, poderá o magistrado determinar, em ocorrendo justo motivo, que algum ato de instrução, como a oitiva de alguma das partes, ou depoimento testemunhal, ou a inspeção na pessoa de alguém, se efetive a portas cerradas.

Na audiência a portas cerradas, permanecem na sala apenas os servidores da justiça (escrivão, meirinho, o representante do Ministério Público, os advogados dos litigantes, além do juiz e do depoente). E todos os presentes ficam vinculados ao dever de sigilo, respondendo no foro criminal e cível pelo descumprimento de tal dever.

Apesar do processo tramitar em segredo de justiça, a abertura da audiência é feita publicamente, com os respectivos pregões. Ocorre divergência doutrinária quanto à manutenção do sigilo no momento da prolação e publicação da sentença na audiência.

O CPC vigente restringe a possibilidade de obter certidão do dispositivo da sentença apenas ao terceiro<sup>10</sup> que demonstra interesse jurídico, mantido, pois, *in totum* o segredo de justiça, salvo para os litigantes, e a fundamentação do decisório (art. 189 do novo CPC).

O CPC/73 retomou a tentativa de conciliação com as velhas origens lusitanas. E mesmo a Constituição do Império brasileiro em seu art. 161 previa que não se começasse processo algum sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, confiado, então, aos juízes de paz eletivos.

A audiência de conciliação só se realizaria quando não se configurasse a hipótese de julgamento antecipado da lide. Se, para formar o seu convencimento, necessitar o magistrado de outros elementos probatórios, se passará à instrução.

## O dever de conciliar

Há ainda segunda tentativa conciliatória, que pode ser promovida no início da audiência de instrução e julgamento. Dinamarco observou que a audiência preliminar é destinada precipuamente às atividades tendentes à conciliação, e manda proceder ao início da audiência de instrução e julgamento. Afinal, afirma o processualista que seria arbitrário suprimir a segunda tentativa de conciliar quando as tendências do tempo são ampliativas da atividade conciliatória.

A franca valorização dos meios alternativos de solução dos conflitos é uma linha bem traçada através das ondas renovatórias do processo civil brasileiro, e hoje a tentativa de conciliar está incluída, pela própria reforma, entre os deveres fundamentais do juiz<sup>11</sup>. Por essa razão o atual teor do art. 125, inciso IV, do CPC/73 (art. 139 do novo CPC) informa que compete ao juiz, a qualquer tempo, tentar conciliar as partes.

Frise-se que a sentença homologatória de conciliação ou de transação poderia versar a questão mesmo que não estivesse em juízo, isto é, alheia à *res in iudicium deducta*, mas mesmo assim constituía título executivo judicial.

Neste ponto, embora a Lei 9.307/97, relativa à arbitragem, houvesse alterado a redação inadvertidamente omitindo a referência à questão não posta em juízo, tal omissão permanecia a mesma. Para aplacar as dúvidas, veio a Lei 10.358/01, que arrolou entre os títulos executivos judiciais a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que verse matéria não posta em juízo, e a sentença arbitral.

Versando a lide sobre direitos patrimoniais de caráter privado, impende ao juiz o dever de tentar a conciliação, que constitui como que um ponto de encontro entre a autocomposição e heterocomposição da lide. As próprias partes fixam o conteúdo do ato (geralmente uma transação, mais raramente o reconhecimento do pedido ou renúncia à pretensão), mas assim agem debaixo da mediação e sugestões do magistrado, que buscará levá-las a uma solução conforme com a equidade e que não traga em si o germe de novos litígios ou contenha cláusula ofensiva a normas jurídicas cogentes.

Obtida a conciliação, que inclusive pode versar questões alheias à coisa julgada, suas cláusulas são consignadas no termo da audiência, seguindo-se a sentença homologatória e o encerramento da audiência.

Transitada a sentença em julgado, os efeitos do negócio jurídico material adquirem a imutabilidade e indiscutibilidade próprias da coisa julgada material (pois terão valor de sentença). É como se tivesse havido julgamento de mérito, pois a conciliação e a sentença agem simultânea e imediatamente *sulla lite e sul processo*. Não obtida a conciliação, ou se houver apenas parcialmente o acordo, a audiência prosseguirá.

Em participando pessoa jurídica de direito público<sup>12</sup>, não é de se tentar, em regra a conciliação das partes, em face da indisponibilidade do interesse público, subjacente à pretensão ou à defesa.

**Os dados  
colhidos na fase  
conciliatória não  
podem influenciar  
o juiz sobre  
o conteúdo  
das provas**

Curial salientar é que o juiz não deverá incluir no termo de audiência as ofertas e recusas de propostas conciliatórias, quando infrutíferas, pois tal conduta importaria enfraquecer a posição da parte, e ninguém mais se animaria às tentativas conciliatórias se pudessem, praticamente, implicar virtual reconhecimento de direitos alheios.

Os dados colhidos na fase conciliatória não podem influenciar o juiz sobre o conteúdo das provas quando as afirmações que advenham das partes ainda devam ser confirmadas pelas provas.

### **Comparecimento das partes**

A lei processual impõe ao juiz o dever de tentar a conciliação. Mas as partes não estão obrigadas ao comparecimento, pois não consta nenhuma sanção para os casos de inobservação da intimação. Por outro lado, o novo CPC impôs a todos os sujeitos do processo o dever de colaboração e, ainda, a construção de contraditório participativo. Assim, em regra realizar-se-á a audiência de conciliação, e as demais hipóteses de sua não realização correspondem a honrosas exceções.

Cumprir notar que a pena de confissão, no caso de a parte ser intimada para prestar depoimento pessoal, não se aplica no caso de comparecimento apenas para a tentativa de conciliação.

É razoável a possibilidade de a parte ser pessoa jurídica, fazendo-se presente na audiência para efeito de conciliação por preposto devidamente credenciado pelo órgão da pessoa jurídica. Mas, para que a conciliação possa merecer a devida homologação, é naturalmente necessário que o preposto ou o advogado disponha dos necessários poderes (poder de transigir). A ausência da parte é simplesmente recusa à conciliação. O juiz mandará consignar tal circunstância e prosseguirá a audiência.

A ausência do advogado da parte à audiência significa que ele está processualmente ausente. Todavia, a orientação dominante é no sentido de que a conciliação em audiência pode processualmente se realizar mesmo sem a presença de advogado.

Pontes de Miranda acentuou que os pressupostos para a conciliação são os que existem para os atos constitutivos das partes (capacidade de

ser parte, capacidade processual e poder de representação legal). O que se há de exigir para a conciliação é que o sistema jurídico, no plano de direito privado (ou público), torna-a obrigatória para a existência e a validade dos negócios jurídicos, especialmente das transações.

Tema outrora polêmico era saber se seria necessário que a parte fosse intimada pessoalmente para o comparecimento à audiência ou se se admitiria que tal intimação fosse feita na pessoa de seu advogado, munido de poderes de transigir.

De alta relevância prática e doutrinária é a consequência da omissão das tentativas de conciliação no plano da validade da audiência realizada e da sentença proferida não obstante dita omissão. A disponibilidade da pretensão de direito material, notadamente direitos patrimoniais de caráter privado, torna defesa a aplicação de sanção de nulidade. Obtida a conciliação, composta estará a lide e se extinguirá o processo. Assim, prosseguirá a audiência, sendo válidos todos os atos processuais até então praticados, pois evidenciada a impossibilidade da autocomposição do litígio e a necessidade de heterocomposição.

Prevalente é a orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça: “Conciliação. Não se anula o processo para retornar à fase da conciliação, se já proferida a sentença e composta a lide pela manifestação judicial” (REsp 207.785, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 19.08.1999, DJU 03.11.1999, p. 118).

Pontes de Miranda ainda nos ensinou que “o procedimento conciliatório é pressuposto do procedimento contencioso, mas não da sentença de mérito”. Concluiu que se o juiz determinar o comparecimento das partes e tentar conciliá-las, daí não resulta nulidade da sentença: o pressuposto é do procedimento contencioso, nas espécies que a lei aponta, porém não de sentença. Trata-se, como mencionou a legislação germânica de 1924, de acomodação voluntária da disputa jurídica.

## **A audiência preliminar**

Registrou Alfredo Buzaid que, por influência do direito romano e com sua evolução, o direito europeu construiu duas soluções bem similares: a da audiência preliminar e a do despacho saneador.

A primeira solução surgiu na Itália em 1834: a *prima udienza* ou audiência preparatória transplantou-se para a *Zivilprozessordnung* alemã (ZPO) e para o Código de Processo Civil austríaco, onde o juiz resolve toda a questão que não seja de mérito. Mas apesar de conter matéria puramente processual, poderá conduzir a uma resolução de mérito quando ocorre acordo ou renúncia.

Também conheceram a *prima udienza* os escoceses em 1868 e, depois, os ingleses em 1883, que criaram a *summons for directions*, que dividia o processo britânico em dois: a primeira fase de atividades preparatórias e a segunda fase destinada à decisão do mérito da causa.

Nos EUA deu-se a simplificação do processo, verificando os juízes que num exame preliminar poderiam solucionar amigavelmente grande número de feitos, antes do julgamento da questão principal, ou que, pelo menos, conseguiriam elucidar boa parte das questões. As audiências *pre-trial* (que labora um julgamento preparatório) rapidamente se difundiram nos EUA. Todas essas experiências servem para buscar uma simplificação, tornando o processo num hábil instrumento para a boa administração da justiça.

Anotou Galeno Lacerda que apenas quatro a cinco por cento das ações propostas perante os tribunais ingleses chegam à audiência de julgamento; a maioria se resolve na fase preliminar, na audiência de *summons for directions*.

Outra vantagem trazida pela Lei 10.444/02 foi o saneamento<sup>13</sup> oral, sem eliminar o despacho saneador, o que serve para imprimir maior celeridade ao processo e uma rápida prestação jurisdicional.

A audiência preliminar, segundo Cândido Dinamarco, seria palco da conciliação e da organização do processo, concentrando-se, num único momento, a conciliação e saneamento, dando oportunidade aos advogados das partes de expor suas razões sobre as questões e provas diretamente ao juiz. Também a instrução se dimensiona ao necessário para o deslinde da controvérsia.

De regra, os direitos dos entes públicos (tais como União, estados, municípios e autarquias) são considerados indisponíveis; portanto, entende-se ser dispensável a conciliação. Mas seria um equívoco identificar a natureza do direito material dos entes públicos<sup>14</sup> com a possibilidade de transação.

De regra, esses direitos são intransigíveis, posto que os procuradores não dispõem de poder de disposição, sem estarem expressamente autorizados. A Lei Orgânica da Advocacia Geral da União dispõe como atribuição do advogado-geral da União: “VI – desistir, transigir e firmar compromisso nas ações de interesse da União nos termos da legislação vigente”. De sorte que a possibilidade de transação dependerá muitas vezes da posição do ente público no processo, seja autor ou réu, bem como da índole da controvérsia até antes da natureza do direito.

Frise-se que a conciliação nem sempre depende da natureza do direito, estando antes relacionada ao grau de interesse que o ente público tenha na demanda. Embora indisponíveis os direitos e educação dos filhos, por exemplo, nada impede a transação sobre estes; da mesma forma, os direitos provenientes de acidente do trabalho são indisponíveis, dado o seu caráter alimentar, mas isso não impede a transação das partes.

Sergio Bermudes ressalta que a conciliação pode recair também sobre direitos indisponíveis, como os alimentos quando as partes podem acordar o valor da prestação; o investigado pode reconhecer, espontaneamente, a paternidade no curso do processo de investigação. E conclui: “Enquanto não corrigido o defeito da lei, pode ele ser reparado, quando aos direitos indisponíveis suscetíveis de composição, mediante a aplicação do art. 125, IV”.

Apesar disso, reafirma Dinamarco que é corretíssima a exclusão da conciliação da audiência preliminar relativamente às causas que versem sobre direitos indisponíveis.

Quando a demanda não comportar, ainda que em tese, a transação, à qual se destina precipuamente a audiência prévia, é evidente a desnecessidade de sua designação para os demais fins a que alude, podendo tais questões ser resolvidas por simples despacho, fora dela.

No entanto, a audiência prévia ou de conciliação serviu para imprimir maior agilidade ao processo, com economia de atividade processual, e não transformar em orais a prática de atos processuais que podem ser de imediato e normalmente praticados por escrito. Dinamarco acreditava que a audiência preliminar se realizaria no procedimento ordinário brasileiro sempre, a não ser quando extinto o feito antes dela.

Havendo circunstâncias da causa que evidenciam ser improvável a conciliação, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova. Assim, o saneamento será de rigor se houver alguma irregularidade a ser corrigida, ou se houver necessidade de deferimento de prova, a ser produzida na audiência, pois, do contrário, deverá proceder ao julgamento antecipado da lide.

A sistemática da reforma do CPC/73 foi no sentido de aproveitar ao máximo a audiência prévia, mesmo quando não se tenha o êxito da conciliação, para preparar o feito para os atos finais, fixando os pontos controvertidos, decidindo as questões processuais pendentes, determinando as provas a serem produzidas e designando a audiência de instrução e julgamento.

O prazo para realização da audiência prévia no CPC/73 era meramente programático ou prazo impróprio, e sendo ultrapassado, não gera mais que eventuais consequências de ordem correicional, quando injustificável o excesso.

## **A fixação dos pontos controvertidos**

O ponto de divergência ou ponto controvertido nada mais é do que questão de fato ou de direito que cumpre ao juiz resolver. Assim ensinava Carnelutti, para quem toda afirmação contida nas razões (da pretensão ou da contestação), a respeito da qual surge uma dúvida, torna-se uma questão.

Em outras palavras, a questão é o ponto duvidoso, de fato ou de direito, e sua noção é correlata à noção de afirmação. Não há dúvida de que a expressão “ponto controvertido” traduz o que realmente pretendeu traduzir, ou seja, ponto a respeito do qual instaurou-se uma controvérsia.

Registrou Galeno Lacerda que a audiência preparatória do direito alemão tinha, igualmente, por função principal, além da tentativa de conciliação, fixar o ponto litigioso para efeito da delimitação da prova e possível discussão da causa em uma só audiência perante o colegiado. O significado real de “fixar pontos controvertidos” é mais do resumir

o que alegaram as partes, do que simples asserção do que afirmaram; compreende, a um só tempo, as questões de fato e as questões de direito. Na linguagem de Pontes de Miranda, é o momento de “pôr os pontos nos iis”.

A crítica de Sergio Bermudes é injusta, de que o primeiro ponto da atividade do juiz é a decisão das questões processuais pendentes, vindo só depois os pontos controvertidos, sobre os quais deve recair a prova. Além de a prova não incidir apenas sobre os pontos controvertidos, poderá ir sobre a questão processual, como, por exemplo, o domicílio, para fins de determinação do foro; compreendem-se neles igualmente as questões de direito, que, no geral, não carecem de prova.

Os códigos italiano<sup>15</sup> e português dispõem que o juiz, regulando a discussão em audiência, determina os pontos sobre os quais esta deve desenvolver-se; assim o magistrado selecionará, dentre os fatos articulados, os que interessam à decisão da causa.

Evidentemente os advogados podem e devem influir na fixação dos pontos controvertidos, fazendo ver ao juiz os eventuais equívocos que haja cometido, como por exemplo incluindo pontos incontrovertidos. Não obtendo sucesso, devem recorrer da decisão, sob pena de preclusão.

Embora essa providência tenha também o propósito de depurar a discussão, restringindo-a ao que interessa realmente ao julgamento da causa, recomenda-se, todavia, cautela aos magistrados, evitando recursos que possam comprometer a celeridade do processo.

Registrem-se, por oportunas, as seguintes observações de Pedro Batista Martins comentando o art. 269 do CPC/39, que guarda correspondência com o art. 331, segundo parágrafo, do CPC/73 (e que por sua vez, corresponde ao art. 357 do novo CPC):

Não é do espírito da lei investir o juiz da autoridade soberana de ditar os rumos da discussão. Ele fixará o objeto da demanda e os pontos em que se manifestou a divergência. Mas o advogado que com semelhante orientação não se conformar, poderá pedir esclarecimentos ao juiz da inconveniência de adscrever-se a discussão dos pontos cujos exames lhe pareça de utilidade.

A formalidade foi instituída, antes, com a preocupação de aumentar os meios de controle do advogado, que poderá, através da orientação traçada pelo juiz, verificar se ele se acha cumpridamente informado das questões suscitadas no processo. Se o juiz recomendar à discussão teses que não interessem aos debates e omitir outras que aos advogados pareçam imprescindíveis, ou mesmo úteis, poderão eles chamar o juiz desalento à realidade, prevalecendo-se do ensejo para lhe dar os necessários esclarecimentos.

O mesmo registro é igualmente realizado por Frederico Marques, nas suas *Instituições de Direito Processual Civil*. Para evitar recursos, deve o juiz oportunizar às partes a indicação dos pontos que entendam merecer discussão.

O objeto da demanda é caracterizado pelo pedido e causa de pedir com referência à defesa que se lhes contrapôs; na fixação dos pontos controvertidos ou de divergência, deve o juiz pôr em relevo o contraditório, as afirmações de uma parte que não coincidem com as da outra. Traduzindo, o objeto da demanda é determinado em função do pedido que demarca a *res iudicanda*, enquanto os pontos de divergências se condensam na controvérsia sobre questões de fato e de direito constitutivas do objeto lógico da decisão.

## **A tentativa de conciliação no limiar do processo de conhecimento**

No sentido de propor a simplificação, a tentativa de conciliação no limiar do processo de conhecimento, antes da integração definitiva da lide, tornaria dispensável a constituição do advogado e desnecessária a apresentação da própria defesa.

No CPC/73 já existe essa faculdade do juiz, expressa no art. 125, inciso IV, onde se lê que lhe compete tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. Assim, a conciliação *in limine litis* foi prevista no procedimento sumário (que fora suprimido pelo novo CPC) o qual dizia que a apresentação da defesa apenas ocorreria quando não fosse obtida a conciliação. Tal possibilidade se dava em razão da total concentração

de atos processuais numa única audiência (que reúne a defesa, instrução e decisão), o que não ocorre no procedimento ordinário, composto de três fases distintas, que devem ser cumpridas ao longo do trajeto procedimental.

Frise-se, como antes mencionado, que as partes deverão a ela comparecer ou seus procuradores habilitados a transigir, pois nessa audiência tem lugar não só a tentativa de conciliação, mas também diversos atos processuais tais como a fixação de pontos controvertidos, a decisão de questões processuais pendentes e a determinação das provas a serem produzidas, atos sujeitos aos efeitos da preclusão.

Cumpra assinalar que diante da fixação judicial dos pontos controvertidos, caberá aos advogados prover participação ativa na audiência, não apenas referente a tal fixação, mas igualmente na determinação dos meios de provas, a exigir muitas vezes esclarecimentos sobre a sua utilidade.

Em geral, na prática, os advogados realizam um protesto genérico por provas, tornando necessária sua especificação, devendo estar presentes à audiência, sob pena de preclusão.

Como os princípios da economia e celeridade processuais aconselham que não se perca audiência, para que se possa realizar algum ato processual, caso as partes hajam comparecido à audiência prévia, apesar de ausentes seus advogados (tenham ou não sido regularmente intimados ou citados), nada impede que prossiga o juiz na tentativa de conciliação, por se tratar de ato que envolve exclusivamente as partes e o juiz. Conclui-se que a participação das partes, na conciliação, exclui a de seus patronos e, vice-versa, a dos patronos habilitados a transigir exclui a das partes. Ressalve-se que a conciliação em tais condições não determina, por si só, a nulidade do ato, salvo se ausente o patrono por defeito de comunicação processual e comprovado o eventual prejuízo à parte, o que reafirma o princípio *pas nullité sans grief*.

Todavia, caso o juiz constate que a ausência dos advogados decorreu de falha ou defeito de intimação, pode tudo o mais, provendo então através de despacho saneador escrito, ou na própria audiência, intimando-se, depois, as partes, para ciência da decisão; em nova audiência, caso entenda proceder ao saneamento oral (intimando-se igualmente as partes).

No que tange às questões processuais pendentes, não há dúvida que alcançam igualmente os pressupostos processuais, as condições da ação e toda questão de índole eminentemente processual ou procedimental, excluídas, naturalmente, as questões de mérito.

A decisão que fixar os pontos controvertidos é interlocutória, bem como a que deferir provas e designar a audiência de instrução e julgamento, ou que resolver as questões sem importar sacrifício da relação processual. No entanto, será decisão terminativa se, resolvendo a questão processual, vier a extinguir o processo sem resolução do mérito.

Não se impõe a realização da audiência prévia de conciliação quando a questão de mérito for unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência (inciso I) e quando ocorrer à revelia (inciso II); além do que, a lei expressa que aquelas providências somente terão lugar se necessárias.

Enfim, só haverá a audiência prévia se, não sendo caso de julgamento antecipado da lide, for transigível o direito; do contrário, será desnecessária, a não ser que tenha o juiz fundados motivos para considerar possível a conciliação.

Evidentemente que os advogados não devem pretender a designação de audiência prévia com intuito protelatório, nem os juízes designá-la quando a hipótese comporte julgamento antecipado da lide.

## **A solução por autocomposição**

Institui-se no Brasil, conforme nos informa Didier Jr., a política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos, com evidente estímulo à solução por autocomposição, conforme o teor da Resolução 125/2012 do Conselho Nacional de Justiça.

Enxerga-se na solução negocial processual não apenas meio eficaz e econômico para a resolução dos litígios, sendo relevante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações.

O CNJ tem atuado com relevante papel como gestor desta política pública, no âmbito do Poder Judiciário, reafirmando que o Estado promoverá sempre que possível a solução consensual dos conflitos. Até mesmo na seara do Poder Executivo, a solução autocompositiva é estimulada, havendo a possibilidade de acordos de parcelamento de dívidas fiscais e de instauração de câmaras administrativas de conciliação, que revelam bem esta tendência.

Mediação e conciliação são formas de solução de conflito pelas quais um terceiro intervém em processo negocial, com a função de auxiliar as partes a chegar à solução da lide. Ao terceiro não caberá resolver o problema, conforme acontece na arbitragem. O mediador ou conciliador exerce um papel de catalisador da solução negocial do conflito.

Ambas são técnicas que costumam ser apresentadas como principais exemplos de solução alternativa de controvérsias, que corresponde à sigla ADR, que em inglês significa *alternative dispute resolution*. É fato que a diferença entre as duas técnicas é sutil. A doutrina costuma considerá-las como técnicas distintas para a obtenção de autocomposição.

O conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio. O mediador exerce um papel um pouco diverso. Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, sendo facilitador do diálogo<sup>16</sup> entre os litigantes, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Na técnica de mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados. É mais indicada nos casos onde exista uma relação anterior e permanente entre as partes, como nos casos de conflitos societários e familiares. O êxito da mediação ocorre quando se consegue construir a solução negociada do conflito.

Os parágrafos segundo e terceiro do art. 165 do novo CPC ratificam essa diferenciação. E, em ambos os casos, veda-se a utilização, pelo terceiro, de qualquer tipo de constrangimento ou intimação para que as partes conciliem.

Cumpram ainda destacar os artigos 308, terceiro parágrafo, 303, inciso II, 329 e ainda o 334, quarto parágrafo, do novo CPC<sup>17</sup>, nos quais se

tem as hipóteses em que não será realizada a audiência de conciliação ou mediação (o que representa uma exceção).

A mediação e conciliação podem ocorrer também extrajudicialmente, mesmo quando já existente o processo judicial. Neste último caso, o mediador e o conciliador são auxiliares da justiça. Tal qualificação é relevante, pois a estes devem ser aplicadas as regras relativas ao impedimento e suspeição (arts. 148, III, 170 e 173, II do novo CPC). Tanto o mediador quanto o conciliador são vinculados à administração pública (vide arts. 167, 174 e 175 do novo CPC), sendo importante que se trate de atividade remunerada, e que exista aprimoramento no nível desses auxiliares da justiça. Mas nada impede que sejam feitas *pro bono*, como trabalho voluntário.

Os interessados podem escolher, consensualmente, o mediador e conciliador e a câmara privada para a realização da autocomposição, e a escolha pode recair em profissional que não esteja cadastrado perante o tribunal. Mas, nesse caso, será preciso providenciar esse cadastro. Há relevância do cadastro pois tais auxiliares da justiça deverão passar por curso de capacitação, cujo programa é definido pelo mesmo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça, além de se submeterem a reciclagens periódicas.

## Os princípios da mediação e da conciliação

A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, do autorregramento da vontade, da normalização do conflito, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada (art. 166 do novo CPC).

O princípio da autorregramento da vontade é corolário da liberdade. Assim, tudo é projetado para que as partes definam a melhor solução para o seu problema jurídico. O respeito à vontade das partes é absolutamente fundamental, podendo ser considerado, aliás, o princípio mais importante no particular. O mediador e o conciliador estão, por essa razão, proibidos de constranger os interessados ou litigantes à autocomposição.

Pode a vontade das partes direcionar-se no sentido de definir as regras procedimentais da mediação ou conciliação, e naturalmente, até mesmo, no sentido da extinção do procedimento negocial.

A confidencialidade abarca todas as informações produzidas ao longo do procedimento autocompositivo, cujo teor não poderá ser usado para fim diverso daquele previsto pela expressa deliberação das partes. Portanto, o mediador e o conciliador têm o dever de sigilo profissional.

A oralidade e a informalidade orientam a mediação e a conciliação. É recomendável que a negociação se realize em ambiente tranquilo, se possível sem atritos, barulhos, e onde todos os aspectos se coadunam para haver um diálogo franco e equilibrado, o que reforça a prática da oralidade e informalidade.

Com razão, Didier Jr. faz crítica sensata ao aduzir que a autocomposição não pode ser encarada como remédio para todos os males, nem deve ser vista como forma de diminuição de causas que tramitam no Judiciário ou técnica de aceleração de processos. Em verdade, há valores subjacentes à política pública de dar tratamento adequado dos conflitos jurídicos, com incentivo à participação do indivíduo na elaboração da norma jurídica que regulará o seu caso e o respeito a sua liberdade, concretizado no direito ao autorregramento<sup>18</sup> e ao acesso à justiça.

Adverte o notável jurista baiano que é ilícita a postura de alguns magistrados que constroem as partes à realização de acordos judicial. Aliás, é nada recomendável que o juiz da causa exerça as funções de mediador e conciliador, principalmente quando há desequilíbrio de forças entre os litigantes, o que é fator comum a levar as partes a pactuarem acordo lesivo ao seu interesse.

Há de se alertar que a tentativa de conciliação não é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Ao revés, já sofreu diferentes momentos, uns favoráveis, outros nem tanto, conforme se possa extrair das seguintes passagens em nosso direito positivo, a saber: art. 164 da Constituição Imperial de 1824, que obrigava a tentativa de conciliação; o art. 5º da Lei Imperial de 13 de outubro de 1827, que impunha ao juiz de paz a tentativa de conciliar as partes; as Ordenações Afonsinas e as Ordenações Filipinas (livro III, título XX, § 1º), que previam a tentativa de conciliação; o Regulamento 737, que reservava capítulo

acerca da tentativa de conciliação no tocante às causas comerciais; o Decreto 1.030, de 1980, a Lei 1.138, de 1905, o Decreto 5.433, de 1905, e o Decreto 5.561, de 1905, que durante o governo republicano suprimiram as formas de conciliação até então existentes; os arts. 847 e 850 que na CLT garantiam dois momentos à tentativa de conciliação; a Lei 968, de 10 dezembro 1949, que tratava da conciliação no procedimento de desquite litigioso; e o Código de Processo Civil, de 1973.

Deve-se considerar os ensinamentos de Carnelutti ao afirmar que exclusivamente por meio da vida em sociedade os homens podem atender grande parte das suas necessidades, e porquanto a guerra entre eles desagrega a sociedade, a composição dos conflitos se converte em interesse coletivo.

A audiência preliminar marcou uma das principais mudanças concebidas pela reforma do processo civil brasileiro e contribuiu decisivamente para a aceleração da prestação jurisdicional, seja pelo fim amigável do litígio, seja pela facilitação e organização do prosseguimento do processo.

Ademais, a audiência apresenta diferentes e relevantes funções à adequada solução da lide, destacando-se: a) conciliação; b) saneamento do processo; c) a fixação de pontos controvertidos; d) a determinação das provas a serem produzidas.

A exposição de motivos da Lei 3.376, de 2000, merece ser destacada para se entender a real dimensão da tentativa de conciliação: “Substituiu-se a expressão ‘direitos disponíveis’ pela expressão, bem mais abrangente, ‘direitos que admitam transação’. De outra parte, a expressão ‘audiência de conciliação’ apresenta-se imprópria, porquanto se cuida de ato processual complexo destinado à tentativa de conciliação, ao saneamento das questões processuais pendentes, à ordenação das provas e à designação, se necessária, da audiência de instrução e julgamento: daí a nova denominação alvitrada ‘audiência preliminar.’”

Além disso, o projeto acrescenta ao art. 331 um § 3º, tornando explícito que, se o direito em lide não admitir transação, poderá ser dispensada a própria audiência preliminar, lançando o juiz nos autos, desde logo, a decisão de saneamento e ordenação da prova (orientação preconizada por José Carlos Barbosa Moreira). Assim também ocorre se

as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável a transação naquele momento processual. Por fim, permite-se que a parte possa fazer-se representar por procurador ou preposto com poderes para transigir, permissão útil, *v.g.*, para as pessoas jurídicas de maior porte.

Barbosa Moreira referiu que “a introdução da audiência destinada primordialmente à tentativa de conciliação das partes é uma face de dois gumes. Pode, se vingar a tentativa, abreviar o feito de modo considerável. No caso contrário, porém, alonga o curso do processo, sem outros ganhos que o da fixação imediata dos pontos controvertidos, o da solução das questões processuais pendentes, o da determinação das provas a serem produzidas e o da designação, se necessário, da audiência de instrução julgamento” (MOREIRA, J. C. Barbosa. Reformas processuais, *Jornais Síntese*, n. 25, p.1-6, março. 1996c).

## Conciliação *versus* transação

É verdade que o CPC/73 elegeu o vocábulo “transação”, mas, sem dúvida, esta não repele o propósito de se enfrentar o tema da audiência relacionado ao instituto da conciliação. O emprego do termo “transação” evidentemente segue versando sobre o interesse conciliatório das partes.

A respeito das eventuais diferenças entre conciliação e transação, já elucidou Athos Gusmão Carneiro: “A conciliação diverge da transação pelo seu caráter de ato praticado do curso do processo, mediante a iniciativa e com a intervenção do magistrado; por seu conteúdo substancial, nem sempre implicando recíprocas concessões; pelas consequências de ordem processual. Estas últimas, entretanto, podem ser comuns à transação avençada diretamente pelas partes fora do processo, e comunicadas ao juiz ora como causa de cessação do objeto do litígio, ora para obter a homologação e a executoriedade do acordo que estabeleça prestações a serem cumpridas” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *A conciliação no novo código de processo civil*. Porto Alegre: AJURIS, 1974).

A procura da conciliação é fenômeno que há muito vem sendo destacado pela doutrina, conforme demonstram as palavras de Piero Calamandrei; aliás, alegou que a ênfase à função conciliadora, multipli-

cando as intervenções fora e dentro do processo, não deve ser interpretada como indício de pouca confiança na justiça nem como desvalorização da luta pelo direito, cuja utilidade social deve ser particularmente sentida em um ordenamento baseado no princípio da legalidade. Se a função da conciliação fosse a de calar o sentido jurídico dos cidadãos, habituando-os a preferir às sentenças justas as soluções menos cansativas de cômoda renúncia, a mesma estaria em antítese com os fins da justiça, e não poderia encontrar lugar novo processo civil, que trata de reforçar a autoridade do juiz no Estado.

Em outros países, a simpatia com que se enxerga a conciliação (outra manifestação da tendência, já observada, que queria transformar todo o processo civil em jurisdição voluntária) é baseada num sentimento de crescente ceticismo com a legalidade e com a justiça judiciária, tanto que até se criou um termo irônico (*decisionismus*) para definir a ilusão daqueles que acreditam poder resolver todos os conflitos com uma decisão segundo o direito. Pode ocorrer, assim, que o prestígio que se dá à função conciliadora esteja de acordo com descrédito dado à legalidade, e indique um retorno à concepção da justiça como mera pacificadora social.

Já Francesco Carnelutti apontou: “Na realidade, contudo, as enormes dificuldades de uma boa organização do processo agravam seu custo, comprometem seu rendimento e contribuem para que a solução contratual predomine notavelmente no equilíbrio sobre a solução judicial.”

Destarte, em vez da transação, pode ter lugar o reconhecimento jurídico do pedido, a renúncia ao direito ou, até mesmo, a desistência da ação, sendo que, em tais casos, também há o fim do processo.

Apesar de a tentativa de conciliar se apresentar como um dever do julgador, as partes não suportam qualquer espécie de penalidade pelo seu não comparecimento à audiência preliminar. Ainda que haja a ausência dos advogados, terá a mesma sorte, ou seja, nenhuma penalidade, ressalvada a ausência de oportunidade de apresentar manifestação sobre: eventual saneamento do feito, fixação de pontos controvertidos e determinação das provas a serem produzidas. E, sobre tais decisões, inclusive, julga-se desnecessária futura intimação, desde que procedida de forma correta à cientificação sobre a audiência preliminar.

Há de se mudar a mentalidade vigente e tornar mais efetivos os princípios de oralidade e da concentração, tão almejados desde o Código Buzaid reformado, para que seja cumprido o ônus do comparecimento à audiência de conciliação.

A oitiva do Ministério Público deve ser verificada conforme o caso concreto, a fim de que seja avaliada a possibilidade de ser obtida uma transação, sem prejuízo das exigências legais, como por exemplo, a autorização do representante legal de menor.

Mudou-se a orientação sobre a obrigatoriedade da audiência de conciliação, pois não dependerá apenas da vontade das partes nem do arbítrio do julgador; trata-se de ato obrigatório, sob pena de nulidade, exceto as hipóteses que o novo CPC prevê como cabíveis para a sua não realização.

É conveniente frisar que estando presentes os litigantes, desde que sejam maiores e capazes, pouco importa a presença de seus advogados, no que tange à tentativa de conciliação. É que, existindo o interesse na solução da lide, deverá o juiz incentivar e validar tal medida, embora seja obviamente conveniente o auxílio dos advogados.

## Em conclusão

Enfim, o processo pós-moderno, visto como instituição, não atende às lições de Maurice Hauriou ou dos administrativistas franceses do século XIX ou dos juristas das décadas do século XX, sequer pelas posições sociológicas de Guasp e Morel, mas pelo grau de autonomia jurídica com que se desponta no discurso de nosso vigente texto constitucional, reafirmando-se como conquista histórica da cidadania fundamentada em princípios e institutos de inerência universalizante e ampliativa.

Não se pode admitir, no âmbito do estado democrático de direito, a hierarquia existente entre as instituições jurídicas ou a prevalência de uma sobre as outras no bojo constitucional, como se fossem caixas de ferramentas à escolha e a serviço do Estado absoluto e totalitário.

Nesse diapasão, propõe-se a construção de uma teoria do processo à luz do estado democrático de direito, onde a evolução não é só con-

siderá-lo como procedimento em contraditório, mas como uma instituição jurídica, definida e constitucionalizada, ligada às condições de legitimação das decisões judiciais e alinhadas ao paradigma do estado constitucional.

Urge, então, a necessidade de redimensionarmos a ciência do processo e construirmos uma teoria avançada à luz do estado constitucional, onde a evolução do processo vai de mero procedimento em contraditório a ser visto como uma instituição jurídica e constitucional ajustada a propiciar a pacificação social e a reafirmação da cidadania e da justiça.

Por derradeiro, cumpre registrar e enaltecer a participação importante e produtiva, nos debates que permearam o tramitar do CPC de 2015, de Athos Gusmão Carneiro, notável doutrinador, professor e processualista brasileiro que infelizmente faleceu antes que fosse o código finalmente sancionado, mas o que não impede de se reconhecer e render sinceras homenagens ao seu labor acadêmico sempre preocupado com o aperfeiçoamento do processo civil brasileiro, a fim de atender de forma adequada e eficaz as garantias constitucionais do processo.

## Notas

1. Gisele Leite. Mestre e doutora em Direito. Professora universitária.
2. Denise Heuseler. Advogada. Pós-graduada *Lato Sensu* em Direito Civil.
3. A direção do processo é feita em primeiro lugar pelo impulso procedimental, do qual a lei expressamente indica – vide o art. 3º do novo CPC. Não obstante seja das partes o interesse primário para a solução dos conflitos em que estão envolvidas, nem por isso, se pode desconsiderar que o processo é instrumento público de exercício de uma função pública, que é a jurisdição. Lembrando que o processo não é um negócio ou mesmo um jogo entre os litigantes mais uma instituição estatal voltado a pacificação social.
4. A evolução das teorias da natureza jurídica do processo, desde a teoria contratualista, passando pela teoria da relação jurídica, atualmente instrumentalista ou relacionista/teleológica, teoria da situação jurídica, teoria do processo como instituição, teoria do processo como procedimento em contraditório ou fazzaliariana, chegamos, enfim, à teoria neoinstitucionalista e ainda ao neoprocessualismo (a que se filia o novo CPC brasileiro), buscando relacionar os conceitos de pro-

cesso, procedimento, provimento e jurisdição, aos princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal e isonomia (princípios reconhecidos como fundamentais). É certo que isso se deve a Büllow que, inspirado nos ensinamentos de Búlgaro, expôs em 1868, em sua obra intitulada “Teoria dos pressupostos processuais”, considerada o marco inicial da construção da ciência processual e que abriu horizontes para o nascimento da autonomia do processo ante o conteúdo do direito material.

5. A visão anacrônica sobre os sistemas jurídicos atuais não pode mais ser dicotomizada, colocando-se em lados opostos aqueles que se encontram atrelados à família romano-germânica, da *Civil Law* e, de outro lado, aqueles ligados à tradição anglo-americana, da *common law*. Portanto, pode-se dizer que, no sistema italiano, a partir da Carta de 1947, há verdadeira aproximação do sistema da *common law* ao da *civil law*. O mesmo tem ocorrido no sistema judiciário alemão. De fato, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, é expressa em prever, em seu art. 94.2, o efeito vinculante das decisões do Tribunal Constitucional, salientado, ademais, que lei federal disporá sobre a organização e o procedimento, precisando os casos em que seus julgados terão eficácia de lei. Assim sendo, mostra-se possível dizer que, também, no sistema alemão existe verdadeira aproximação do sistema codificado ao da *Common Law*. Em Portugal, segundo José Joaquim Gomes Canotilho (1992, p. 1.079-82), de acordo com o art. 282º/1 da Constituição Portuguesa, as decisões do Tribunal Constitucional possuem força obrigatória geral, demonstrando: a) vinculação geral, ao submeterem o legislador, que não pode reeditar normas julgadas inconstitucionais ou neutralizar a decisão através de convalidação retroativa; b) força de lei, porque tais deliberações, em face do valor normativo que ostentam, espraiam seus efeitos perante as pessoas físicas e coletivas privadas.
6. Aplica-se também o princípio da subsidiariedade, porém, infelizmente em sua maioria os juízes deixam de sanear o processo e, quando o fazem é exatamente na audiência que pode ser a de conciliação. Tanta a efetiva direção do processo pelo impulso oficial e saneamento constitui fator relevantíssimo para a celeridade da oferta de tutela jurisdicional, evitando tanto as atividades inúteis como os retrocessos indesejáveis.
7. A garantia constitucional do contraditório igualmente endereça-se ao magistrado, como imperativo de função no processo e, não como mera faculdade. A doutrina mais moderna indica que o art. 16 do *Nouveau Códice Procédure Civile Français* como a expressão da exigência de participar também endereçada ao juiz. O que corrobora o Código Civil Português, em sua atual redação, que estabelece que: “o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo em caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de fato, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre ela se manifestarem (vide art. 3ª, do CPCP).

8. O princípio do dispositivo resta mitigado e a experiência mostra que o julgador contemporâneo vem suprindo paulatinamente as deficiências probatórias do processo, não se desequilibra por isso, nem se torna parcial. Mas, isso não significa que o juiz deva assumir paternalmente a tutela da parte negligente. Desta forma, a garantia do contraditório lhe exige que saia da postura de indiferença, e percebendo a possível produção probatória que as partes não requereram, tome a iniciativa e manda que haja a dita produção. Também lhe exige para a efetividade da isonomia processual que diligencie que a parte que não pôde ou não soube diligenciar.
9. Contudo, deve ser anotado que o segredo de justiça se refere aos atos do processo e não à sua própria existência, que sempre será pública. Neste sentido: – [...]. O CPC não explica a extensão do segredo, que afeta todos os atos praticados no processo, como acima ficou dito. Cumpre distinguir, porém, entre o sigilo sobre o conteúdo do processo, que a lei impõe, e o segredo quanto à existência mesma do processo, de que a lei não cogita; não impõe. [...].
10. A questão relevante é se deve ser dada oportunidade para as partes originárias manifestarem-se quanto ao pedido. Entendendo o julgador, de plano, que o pedido deve ser indeferido, pensamos que tal providência mostra-se desnecessária, até porque não há nulidade sem prejuízo. Havendo possibilidade de ser acolhida a postulação, mostra-se, segundo minha opinião, indispensável a prévia oitiva das partes envolvidas sob pena de restar violado o princípio constitucional do contraditório.
11. Enfim, o processo contemporâneo repudia a ideia de juiz-Pilatos que, em face da instrução probatória malfeita resigna-se a fazer a injustiça atribuindo à falha aos litigantes e sacrificando o acesso à justiça. O juiz exerce o poder-dever de direção do processo também mediante a atividade de saneamento que é por definição inquisitiva, e, portanto, independente de provocação das partes.
12. De início, registra-se a posição de que nem todos os direitos relacionados às pessoas de direito público são necessariamente indisponíveis. Há uma série de demandas relacionadas a interesses defendidos pela União e seus entes vinculados que não têm natureza de bem indisponível, como, por exemplo, a questão patrimonial. Assim, se há controvérsia sobre a propriedade de um imóvel instaurada entre uma autarquia e a União, isso certamente não pode ser tratado como direito indisponível. A Advocacia-Geral da União (AGU) editou, no dia 27 de novembro de 2007, três atos normativos internos, que norteiam as competências e os procedimentos para a solução de controvérsias jurídicas no âmbito da sua Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF). Trata-se do Ato Regimental 5, que dispõe sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União – à qual se vincula a CCAF; da Portaria 1.276, que designa equipe de membros da AGU para compor a CCAF; e da Portaria 1.281, que regulamenta o deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal.

Esses três atos infralegais citados abeberam-se da competência da AGU prevista na Lei Complementar 73/1993 (art. 4º, I, X, XI, XIII e XVIII, e § 2º) [01], na Lei 9.028/1995 (art. 8º-C) [02] e na Medida Provisória 2.180-35/2001 (art. 11).

13. Sanear significa depurar o processo de imperfeições, deixando-o bom para prosseguir sem questões técnicas a resolver. Outro dever do juiz contemporâneo é o de ter iniciativas probatórias em certos casos. Posto que a visão tradicionalista do processo, com exagerado apego àquela ideia de um jogo em que ocorre a esgrima das partes com as armas que tiver, levava a crença de que o juiz ao tomar alguma iniciativa de prova, arriscar-se-ia temerariamente a perder a imparcialidade para julgar depois.
14. Para Ellen Gracie, a maior dificuldade será empregar a mediação na administração pública. Pelo novo CPC, os entes públicos devem instalar câmaras de conciliação e arbitragem. Segundo a ministra aposentada, o problema é que a administração não costuma autorizar seus procuradores a transacionar direitos, nem mesmo para resolver a questão na esfera extrajudicial. “O x dessa questão é essa desconfiança com relação aos procuradores. Isso vai demandar uma mudança de mentalidade” (FRANCO, Cintia. *A solução consensual de conflitos no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9012/A-solucao-consensual-de-conflitos-no-novo-Codigo-de-Processo-Civil>. Acesso em: 03.06.2015).
15. Depois do fim da segunda grande guerra mundial e da queda do fascismo, muitas vezes se ergueram em prol de uma nova codificação processual italiana. Os advogados reuniram-se com o Conselho Nacional Forense, presidido por Piero Calamandrei, autor do Código de 1940. Após muitas discussões, veio a Lei 582, de 14 de julho de 1950, enfim, que alterou o Código de Processo Civil. Em resumo, a reforma de 1950 ripristinou a citação para uma audiência fixa; suprimiu o regime das preclusões e os relativos poderes discricionários do juiz instrutor, admitindo a recorribilidade das suas decisões, bem como da sentença não definitiva; além de alterar o regime da apelação e a disciplina da iniciativa processual.
16. Importante ressaltar que o juiz participa ativamente do contraditório também através do diálogo com as partes. E, a contemporânea tendência do processo afastou o irracional dogma que propunha que o juiz que venha expressar seus pensamentos e sentimentos sobre a causa estaria cometendo pré-julgamento, e, portanto, afastando-se do dever sagrado de imparcialidade. Não se perde a equidistância entre os litigantes quando se tenta conciliá-las, e nisto, o direito processual do trabalho tem avançado prudentemente.
17. Art. 334 § 4º do NCPC, *in litteris*: “A audiência não será realizada: I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II – quando não se admitir a autocomposição. [...] § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei. § 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 mul-

ta de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. [...] § 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos”.

18. Enfim, pretendemos sair da cultura de litigiosidade para ir em direção da cultura da pacificação e, por isso, andou bem o novo CPC em prestigiar os meios alternativos de solução de controvérsias, como a conciliação, a mediação e a arbitragem.

## Referências

- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fortes, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. Volumes 1, 2 e 3. São Paulo: Bookseller, 2003.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Código de processo civil reformado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Volumes I, II e III. São Paulo: Bookseller, 2000.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Piero Calamandrei: vida e obra – contribuição para o estudo do processo civil*. São Paulo: Migalhas, 2012.
- DIDIER JR., Fredie. *O curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 1a. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GALENO, Lacerda. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1990.
- LANES, Júlio César Goulart. *Audiências: conciliação, saneamento, prova e julgamento*. 1a. edição, Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.
- SANDES, Luiz Calixto. *A direção do processo e o papel do juiz no princípio constitucional e jurisdicional*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15843-15844-1-PB.pdf> Acesso em 03.06.2015.
- SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico conciso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

# Puntos relevantes de la interpretación jurídica

**Ivo Zanoni<sup>1</sup>**

Doutor em Direito

## Introducción

EN LOS LÍMITES QUE ESTE ESPACIO LO PERMITE, se pretende discutir y alcanzar un mejor entendimiento con respecto a puntos relevantes de la interpretación jurídica, en su faceta formal, política, y ética. Para aproximarse de lo pretendido, se intentará traer opiniones de varios autores, teniéndose en perspectiva lo que dice Vigo en su concepto de “justo circunstanciado”.

En este camino serán planteadas análisis a partir de lo formal, de lo ético y de lo justo en el discurso interpretativo, considerando premisas constitucionales, disposiciones de los tratados comunitarios e interferencias de la llamada globalización.

Se intentará vislumbrar uno de los caminos en la política del derecho, para que la discusión no sea apenas polémica, mas también sea sugestiva en relación a los cuestionamientos aquí abordados.

## ¿Es posible la ética en la forma sin contenido?

Se habla *mucho* en razón práctica circunstanciada, pero los límites de ésta están justamente en la razón pura, en la posibilidad de las particularidades del accionar humano que atienda a los requerimientos de objetividad que la justicia exige, como premisa mayor.

Así, lo justo se sitúa en la actuación de la justicia y su intervención en la conducta circunstancial y en los hechos intersubjetivos.

Conforme Vigo<sup>2</sup>, “es cierto que predominan posiciones que sólo admiten una racionalidad que se mueve en el plano formal o procedimental, sin asumir compromisos axiológicos substanciales o de contenido”<sup>3</sup>.

Pero las leyes y la Constitución deben siempre afianzar la justicia, más allá de los procedimientos, además de las meras formalidades.

Como se ha dicho, las leyes no siempre son orientadas a su utilidad, lo que puede dificultar la vida del ciudadano, y si quien juzga decide las muchas contiendas basado solamente en el hecho de las cuestiones tal como son puestas del punto de vista de atender o no a los aspectos formales, estaría de esta manera olvidando su contenido de justicia.

Las leyes deben ser justas desde su concepción política, pasando por su forma, hasta su aplicación práctica.

La justicia es un ideal racional que torna posible transitar entre la generalidad de las normas, su contextualización, y la particularidad de las soluciones<sup>4</sup>.

Los procesos criminales son los que más dependen de factores estrictamente ligados a la formalidad, al considerarse el requerimiento imperativo de pruebas materiales en el desarrollo del proceso y por también involucrar la vida de las personas más que las cosas o bienes.

Tanto las leyes de contenido como las de forma deben tener en cuenta la justicia. Éstas son producto de la actividad legislativa. Si tenemos necesidad de una sociedad más justa, tanto la política como la labor científica jurídica deben concentrarse en producir leyes orientadas a este objetivo, de lo contrario serán inútiles todos los esfuerzos dispensados.

Con Perelman, “el llamado argumento pragmático [...] es el que permite justificar la elección por aquella alternativa interpretativa que brinda una mayor o mejor efectividad al enunciado”<sup>5</sup>. Cuando se habla de enunciado está haciéndose referencia también a la orientación axiológica de la ley.

## La concepción universalista de la ética

Para Guariglia, “... la ética universalista muestra todo su vigor como el andamiaje teórico y procedimental subterráneo en el que descansa todo el edificio de los tratados internacionales sobre derechos y garantías”<sup>6</sup>. Pero las constituciones de los países abarcan también “prácticas morales y jurídicas de las diferentes culturas humanas, mientras que, como dice Aristóteles, ‘el fuego arde [de la misma manera] tanto aquí como en Persia’”<sup>7</sup>.

El más alto tribunal de la Nación Argentina ha podido afirmar que el valor mayor de la Constitución no está en los textos escritos que adoptó... sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas<sup>8</sup>. Se expresa aquí la realidad de que la buena conducta diaria, respetuosa para con las instituciones sociales, se expresa en forma de derecho, y se inspira en la ética, sea ella particularista o universalista.

Con Guariglia<sup>9</sup>, al referirse a los valores relativos a las circunstancias adonde se aplica la justicia, hay que considerar la distinción de los estoicos en la cual el término “bueno” tiene su significado restringido a “lo moralmente bueno”.

López Cuesta ha dicho que no vivimos fuera del derecho como tampoco de la ética, la estética, etc. –, está siempre en juego la conducta personal en la intersubjetividad<sup>10</sup>.

También ha planteado que no debemos subjetivar el valor justicia, ni siquiera por medio de la idea del hábito, porque ello pone en peligro la seguridad del derecho que es un valor esencial para el orden y la paz, amén de otros valores como la certeza<sup>11</sup>.

Lo que se intenta subjetivar es el derecho. La justicia está en transformar en derecho las conductas que infringen los límites legales, mediante la aplicación de la equidad al caso concreto, reestableciendo el equilibrio.

## La Constitución y la interpretación

Vigo sugiere que “la aplicación de la Constitución exige una comprensión totalizadora y armónica del conjunto de sus enunciados”<sup>12</sup>, implicando la necesidad de una visión sistemática en la cual, “desde esta perspectiva ordenadora se posibilita el recurso a los fines, en que el argumento teleológico se viabiliza al considerarse los distintos elementos como un todo coherente y jerarquizado”<sup>13</sup>. Resulta que lo formal en la aplicación de la ley sea también ajustado a los fines mayores que justifican su creación.

**El valor mayor de la Constitución no está en los textos escritos que adoptó... sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas**

Aún con Vigo, “al acordarse el favorecer en todo momento la plena o superior operatividad de la Constitución, quedan relativizados los obstáculos formales que se puedan invocar para frustrar la aplicación de esas normas. Si resulta justificado el antiformalismo que se reclama desde el derecho procesal, lo es mucho más cuando se trata del orden normativo superior”<sup>14</sup>.

Se las circunstancias siempre pueden cambiar, la buena práctica puede ser relativa, pero la justicia no puede serlo. Lo trascendental, lo imperativo que Kant llama de categórico, es fijo, es cósmico y natural. El tránsito entre el bien puro en sí, apriorísticamente considerado, y las conductas intersubjetivas, contextualiza la aplicación de la justicia.

La constitución de un país, para su pueblo, es un imperativo general basado en principios, que hace cumplir en las normas inferiores sus enunciados, dentro de un sistema jurídico.

“Al reconocer que las regulaciones constitucionales configuran un sistema, inmediatamente verificaremos disposiciones o enunciados de mayor o menor jerarquía, y a esos efectos nos parece útil tener en cuenta la distinción planteada entre normas, principios y valores”<sup>15</sup>.

Así también la Constitución hace la recepción de reglas oriundas de tratados, adaptándolos a su contexto social local.

## La política justa

Pierandrei identifica en la Constitución “un complejo de principios generalísimos, los cuales, puede decirse, representan el núcleo central de ella; se trata de los principios que más directamente expresan los valores políticos en los cuales la Constitución encuentra su fundamento, y por los cuales un determinado Estado se caracteriza de un modo peculiar”<sup>16</sup>.

Hay dos oportunidades de ser justo: en la elaboración de la ley o en su aplicación, siendo siempre preferible que la justicia ya esté contenida en la ley. En este punto actúa la política del derecho, cuando se lucha por la norma más justa.

Sin embargo, lo justo no está solamente en la forma constitucional, “sino también debe comprender toda la materia constitucional, aun aquella que está consagrada por otras fuentes del derecho, como por ejemplo la costumbre de status constitucional. Como lo dice Thomas Grey – junto a la constitución escrita convive una no escrita que se describe en el funcionamiento de las instituciones, en el ethos cultural de esa sociedad, en sus usos, etcétera”<sup>17</sup>.

## La oposición entre normas incompatibles

Entre los juristas que trataran de este tema, se puede citar Bobbio, que defiende la preferencia de adoptarse el significado de sistema que excluye la existencia de normas incompatibles<sup>18</sup>. Según Hesse, por el principio de la concordancia práctica, los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad<sup>19</sup>.

Es el espíritu constitucional que debe estar presente en cada acto del ciudadano y en cada práctica interpretativa de la ley, de forma que,

estando legitimadas las leyes subalternas, éstas no sean siempre criticadas con vista a la Constitución, sino armonizadas con ella.

En el manejo de normas en conflicto antes se puede recurrir aun al privilegio o preferencia de algunos tipos de derecho, como es el caso de los derechos fundamentales.

No hay duda de que, aunque sean legítimas, las normas infra constitucionales deben estar en acuerdo con los principios constitucionales.

Se transcriben en la secuencia, dos planteos de Vigo, en razón de ser pertinentes al tema:

1. Por nuestra parte, no dudamos en reconocer esa jerarquía que, no sólo descansa en razones éticas y antropológicas, sino que no está resistida por el texto constitucional y se justifica desde una visión sistemática del mismo<sup>20</sup>.
2. La exigencia [...] de un ordenamiento jurídico jerárquico, [...] cuenta con una fuerte apoyadura axiológica dado que la justicia y la seguridad no tolerarían un derecho contradictorio e imprevisible<sup>21</sup>.

La teoría, con Luchaire, nos coloca que “cuando una disposición es susceptible de dos sentidos, es preferible entenderla en aquel que le permite tener algún efecto antes que en el sentido con el cual no podría producir alguno”<sup>22</sup>.

## El derecho como buena práctica

Cuando Vigo dice que “la eficacia de un orden jurídico está más ligada al apoyo y acatamiento voluntario, que a su desarrollo técnico o al perfeccionamiento de sus mecanismos sancionatorios<sup>23</sup>” puede deducirse que las conductas espontaneas del ciudadano hacen derecho y por medio de la costumbre resultante, producen normas jurídicas.

Pero mismo en estas particularidades, la conducta justa sigue siempre entre las paralelas de lo que es generalmente acepto.

Mas, siendo la moral siempre social, “no es posible, sin correr serios riesgos de error o incoherencia, el despreocuparse por el todo; la parte sólo es tal en tanto integrada al todo<sup>24</sup>”.

El espacio no regulado, adonde se practica el derecho, es el territorio de la libertad y de la autonomía. La justicia está en garantizarlo y mantenerlo (es espacio no regulado de la libertad) en los límites en que son ajustados por lo imperativo categórico, es decir, lo mejor en términos de ética general de conducta.

## Conclusión

Como resultante de lo que ha sido expuesto, se percibe que no se puede aceptar que un grupo aislado de personas que comparten ideas, pueda legítimamente imponer a la sociedad, lejos del mismo grupo, sus particularidades éticas e intereses (su particular ideología<sup>25</sup>). Lo que se permite es la libertad de expresión.

Para expresión de lo ético social, de forma política, tiene que utilizarse el lenguaje propio en las instancias adecuadas. La conexión entre las representaciones sociales y el discurso político legítimo será el trabajo de la política jurídica.

Y esto aún es verdad, mismo que los Estados, apegados a un lugar concreto, enfrenten una multiplicidad de relaciones globales no vinculadas a un territorio delimitado<sup>26</sup>.

Entre las tentativas de neutralizar esta relativización de la autoridad estatal y catalizar su energía a favor de las comunidades y sus tradiciones, está la creación de los tratados de integración regional, con sus parlamentos y sus tribunales propios.

Se concluye diciéndose que lo “justo circunstanciado”, que defiende Vigo, aún es posible de realizarse, con los postulados del paradigma a que él adhiere (prudencial-retórico<sup>1</sup>), y especialmente cuando dice que lo justo conmutativo, lo justo distributivo y lo justo general pueden y deben ser conseguidos en “la solución que se contemple de manera directa el interés general o el interés particular aunque en esta hipótesis estará presente indirectamente el interés de toda la comunidad”<sup>27</sup>.

## Notas

1. Ivo Zanoni. Doutor em Direito. Membro da Academia Brasileira de Ciências Econômicas, Políticas e Sociais.
2. VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación constitucional*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004, p. 27-8.
3. VIGO, Rodolfo Luis. *Op. cit.*, p. 25.
4. Cf. REGLA, Josep Aguilo. In: *Curso de teoría de las fuentes y del ordenamiento jurídico*. CPCJ/UNIVALI, Itajaí, 28/08 a 01/09/2006 (Clase 421).
5. Apud. VIGO, Rodolfo Luis. *Op. cit.*, p. 112.
6. GUARIGLIA, Osvaldo. *Una ética para el siglo XXI – Ética y derechos humanos en un tiempo posmetafísico*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 8-9.
7. Cf. GUARIGLIA, Osvaldo. *Op. cit.*, p. 61.
8. Cf. VIGO, Rodolfo Luis. *Op. cit.*, p. 119.
9. GUARIGLIA, Osvaldo. *Op. cit.*, p. 9.
10. CUESTA, Domingo López. *Introducción filosófica al derecho – Axiología y juridicidad*. Santa Fe: Edición del autor, 1999, p. 114.
11. CUESTA, Domingo López. *Op. cit.*, p. 114.
12. Cf. VIGO, Rodolfo Luis. *Op. cit.*, p. 124.
13. VIGO, Rodolfo Luis. *Op. cit.*, p. 120.
14. VIGO, Rodolfo Luis. *Op. cit.*, p. 113.
15. Cf. VIGO, Rodolfo Luis. *Op. cit.*, p. 119.
16. Apud VIGO, Rodolfo Luis. *Op. cit.*, p. 119.
17. Cf. VIGO, Rodolfo Luis. *Op. cit.*, p. 117-8.
18. Cf. VIGO, Rodolfo Luis. *Op. cit.*, p. 121.
19. Apud VIGO, Rodolfo Luis. *Op. cit.*, p. 122.
20. Cf. VIGO, Rodolfo Luis. *Op. cit.*, p. 123.
21. Cf. VIGO, Rodolfo Luis. *Op. cit.*, p. 126.
22. LUCHAIRE, apud VIGO, Rodolfo Luis. *Op. cit.*, p. 112.
23. VIGO, Rodolfo Luis. *Op. cit.*, p. 111.
24. Cf. VIGO, Rodolfo Luis. *Op. cit.*, p. 120.
25. Principal característica: El esfuerzo interpretativo compete a la razón práctica, es decir, a la conducta humana en la que aparece comprometida la justicia (Cf. VIGO, *op. cit.*, p. 229).
26. BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? – Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Buenos Aires: Paidós, 2004. p. 19.
27. VIGO, Rodolfo Luis. *Op. cit.*, p. 231.

## A tutela do meio ambiente por meio da ação popular como garantia do estado democrático

**Vinicius Pinheiro Marques<sup>1</sup>**

Doutorando em Direito (PUC/Minas)

**Ângela Issa Haonat<sup>2</sup>**

Doutora em Direito do Estado (PUC/SP)

Se as exigências da justiça só podem ser avaliadas com a ajuda da argumentação pública, e se essa argumentação está constitutivamente relacionada com a ideia de democracia, então existe uma íntima conexão entre a justiça e a democracia, que partilham características discursivas. (*Sen*, 2011, p. 359)

**Resumo:** O artigo parte da constatação de que a norma contida no art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB – impõe como dever de todos (poder público e da própria sociedade) preservar e defender o meio ambiente. Por força desse dispositivo, combinado com o art. 5º, inciso LXXIII, da CRFB, é que se ampliou o objeto de tutela da ação popular, acrescentando a tutela ambiental, ficando então recepcionada a Lei 7.417, de 29 de junho de 1965 (Lei da Ação Popular). O problema central abordado no artigo trata de compreender a relação existente entre o dever da coletividade de preservar o meio ambiente e o mecanismo processual da ação popular. O objetivo geral da pesquisa é demonstrar que a ação popular é um instrumento à disposição dos cidadãos para tutelarem o meio ambiente, com o intuito de assegurar o estado democrático.

## Introdução

A TEMÁTICA AMBIENTAL aparece hoje como um dos temas de maior relevância deste século, estando incorporada às preocupações gerais da sociedade, na medida em que se torna cada vez mais evidente que o crescimento econômico, a garantia da qualidade de vida às futuras gerações e, sobretudo, a sobrevivência da espécie humana não podem ser pensados sem a perspectiva de um meio ambiente equilibrado.

O art. 3º, inciso I, da Lei 6.938/81, que rege a Política Nacional do Meio Ambiente, delimita, na seara jurídica, o conceito de meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Ademais, a própria CRFB em seu art. 225, *caput*, o estabeleceu como direito fundamental de todos.

Apesar do direito ambiental ser abrangente, considerados seus variados aspectos, pode-se compreendê-lo como unitário na medida em que é regido pelos princípios, diretrizes e objetivos que compõem a Política Nacional do Meio Ambiente.

Na doutrina brasileira, encontram-se pelo menos quatro aspectos do meio ambiente, quais sejam: o meio ambiente natural ou físico (solo, água, flora e fauna), o meio ambiente artificial (espaço urbano habitável – conjunto de edificações, espaços fechados e equipamentos públicos), o meio ambiente cultural (patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico) e o meio ambiente do trabalho.

Para tutela desses direitos coletivos (*lato sensu*) existem normas processuais no sistema jurídico brasileiro aptas a salvaguardá-los. Justamente nesse contexto é que se insere a ação popular, regulamentada pela Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, conhecida como Lei da Ação Popular (LAP), conferindo legitimidade a todo cidadão para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio, considerando este como sendo os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

A Constituição Federal de 1988, especificamente no art. 5º, inciso LXXIII, ampliou o objeto de tutela da ação popular acrescentando a

tutela ambiental, uma vez que, por força do art. 225 da carta magna, é dever de todos (poder público e coletividade) preservar e defender o meio ambiente. A solidariedade entre gerações bem como o compartilhamento da responsabilidade ambiental combinados com outras disposições do texto constitucional oferecem as bases para a construção de uma nova realidade político-jurídica pautada num estado democrático de direito.

Deste modo, a ação popular ambiental passa a ser o instrumento por meio do qual o cidadão vai exercer sua parcela de contribuição na defesa do patrimônio ambiental, compartilhando essa tarefa com o Estado, uma vez que o direito a um ambiente saudável é um direito de terceira dimensão ou de solidariedade, não dizendo respeito apenas a um cidadão, mas a todo gênero humano, impondo-lhe o exercício da cidadania em matéria ambiental, a fim de garanti-lo hígido não apenas para as presentes, mas também para as futuras gerações.

## **1. Ação popular no ordenamento jurídico brasileiro**

Segundo Antunes (2001), a ação popular é um dos mais tradicionais meios de defesa dos interesses difusos do direito brasileiro. A Constituição de 1934 estabeleceu, pela primeira vez, a garantia constitucional da ação popular no ordenamento jurídico brasileiro, nos seguintes termos: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios” (art. 113, item 38, CF/34).

Durante a ditadura de Getúlio Vargas, a ação popular foi suprimida na carta outorgada em 1937. Mancuso (2008), ao analisar o histórico da ação popular, notifica o seu desaparecimento durante os regimes fascistas de vários Estados. Passado o período ditatorial, a ação popular constitucional foi restaurada: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista” (art. 141,

item 38, CF/46). Percebe-se que houve a ampliação do objeto da ação popular considerando que, durante aquele período, avançou no Brasil a descentralização estatal, através da criação intensificada de órgãos da administração indireta, principalmente devido ao maior intervencionismo político do Estado.

Na Constituição de 1967, a ação popular é mantida, em termos similares, conforme se segue: “Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas” (art. 150, § 31, CF/67). A Emenda Constitucional n. 1, de 1969, por seu turno, reafirmou na íntegra o texto constitucional de 1967.

Embora se constate que os dispositivos constitucionais supracitados apontassem para uma defesa dos direitos ou interesses difusos, Mancuso (1994) destaca que estes não eram usados para certos fins, por exemplo, para a tutela dos bens ambientais.

Não obstante, Moreira (1977) leciona que foi a evolução doutrinária que, de fato, propiciou a melhor caracterização e sedimentação do conceito de interesses ou direitos difusos e, por conseguinte, assinalou com a possibilidade de utilização destes na sede da ação popular.

Temer (1996, p. 197), ao discorrer sobre o conceito de ação popular, analisa que este é o instrumento que deita suas raízes no direito romano, pelo qual o povo é chamado a exercer um poder de controle da atividade pública. “*Eam popularem actionem dicimus, quae suem ius populi tueter*. Eis a fonte romana da ação popular: a ação de que se servia o povo para defender os direitos do próprio povo. Com base nesse matiz é que se pode evidenciar a ação como “forma de participação comunitária dirigida contra atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o estado participe” (Garcia, 1989, p. 14). Ao se considerar a teoria da força normativa da constituição (Hesse, 1991), sobretudo no que tange à característica dela ser uma ordem geral objetiva do complexo de relações de vida e de ser uma força ativa de tarefas a serem realizadas, é que se deve destacar conceitos de ação popular com contornos constitucionais, tal como nos enunciados:

[...] remédio constitucional nascido da necessidade de se melhorar a defesa do interesse público e da moral administrativa, inspirando-se na intenção de fazer de todo o cidadão um fiscal do bem comum (Ferreira Filho, 1989, p. 277).

[...] é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes comparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiro público (Meirelles, 1999, p. 113-4).

A ação popular constitucional brasileira é um instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão, como garantia político-constitucional (ou remédio constitucional) para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional administrativo corretivo de atos lesivos do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico cultural (Silva, 2007b).

Em sentido complementar, Sirvinskas (2011) afirma que a ação popular ambiental é proposta não com fundamento em interesse individual, mas em interesse público relacionado ao meio ambiente. Não há, assim, coincidência entre o titular do bem lesado (coletividade) e o sujeito da ação (autor popular).

Silva (2009) evidencia ainda que o objeto imediato da demanda popular consiste na anulação do ato lesivo ao meio ambiente e na condenação dos responsáveis pelo ato, incluindo os seus destinatários, ao pagamento de perdas e danos ou, alternativamente ou cumulativamente, a repor a situação no *status quo ante*, isto é, a recuperar o meio ambiente degradado. Ao passo que o objeto mediato se constitui na proteção do meio ambiente, o que envolve a ideia de conservação, recuperação, preservação da sua qualidade.

Costa (2007) estabelece que a particularidade da ação popular reside justamente no seu caráter democrático, já que a sua legitimidade ativa é conferida a qualquer cidadão. E mais: o constituinte de 1988 tratou de facilitar o acesso conferindo gratuidade a esse poderoso ins-

trumento, ou seja, o autor popular é isento do ônus da sucumbência e das despesas judiciais (custas, taxas judiciárias, despesas com determinados atos processuais).

Não obstante, Leite (2000) ressalta que a primordial diferença entre a ação popular e outras ações de índole individualista é no que tange ao ressarcimento de lesões reclamado. Enquanto nestas últimas, por se fundarem em interesse próprio, o ressarcimento destina-se ao indivíduo diretamente, de forma exclusiva e pessoal, naquelas, o interesse pessoal condiciona-se ao manto da coletividade, e por isso o ressarcimento não visa à satisfação pessoal do indivíduo, mas, sobretudo, à satisfação do interesse difuso e comunitário.

## **2. Ação popular como instrumento de democracia, participação e defesa do meio ambiente**

A democracia, segundo Dallari (2005), tem entre seus elementos essenciais a participação, sustentada pelo princípio da supremacia da vontade popular, com o intuito de que o poder seja efetiva expressão desta última. Não obstante, Silva (2007a) leciona que a democracia tem como princípios basilares a soberania popular, segundo a qual o povo é a única fonte do poder, e a participação (direta ou indireta) do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular. Dessa forma, a participação é “elemento indispensável (quicá o mais importante) à realização do ideal democrático” (Ramos, 1991, p. 11).

Nas democracias modernas a abertura à participação popular no exercício e controle do poder tem variado ao longo dos tempos. Mirra (2011) elucida que na democracia liberal (séculos XVIII e XIX) a participação política era limitada, normalmente discriminatória, exercida pelo voto censitário. A liberdade individual mostrava-se imprescindível à burguesia ascendente para que pudesse exercer atividade mercantil; ao Estado, visto como um mal necessário, cabia deixar a sociedade entregue ao seu próprio dinamismo, não podendo intervir na esfera particular. Nesse contexto, fica evidente que a participação, sob a ótica liberal, foi “apenas um meio de garantir a liberdade individual dos de-

tentores do poder econômico, daí resultando restrições à participação ampla dos setores desprovidos de tal poder” (Mirra, 2011, p. 42).

No final do século XIX e início do século XX o dinamismo da ordem liberal tornou-se insustentável, pois ocasionou desigualdades sociais aviltantes à dignidade humana. A gravidade da questão social implicou a utilização do sufrágio como forma de atender às reivindicações e anseios da maioria da população. Nesse sentido, conforme destaca Passos (1988), a ampliação da participação política pelo voto propiciou o fortalecimento dos poderes do Estado. Este passou a ser considerado como instrumento indispensável para o atendimento do bem-estar de amplos setores da sociedade. De acordo com o referido autor, o “Estado abandona sua postura liberal, deixando de ser mero guardião das liberdades políticas para se tornar protagonista no cenário econômico. [...] novos atores ingressam na cena política e novas demandas se colocam no mercado político” (1988, p. 91).

Apesar de a democracia social ter ampliado a participação política, o povo ainda permaneceu formalmente representado por parlamentares e partidos políticos, os quais se consagraram como os principais meios de participação da população na condução da sociedade. Entretanto, ao longo do século XX percebeu-se a oligarquização dos partidos políticos, tornando inviável o controle eficiente por parte do eleitor sobre a atividade do representante eleito. Conforme observa Moreira Neto (1992), a organização profissional dos partidos políticos para a disputa de eleições transpareceu a insuficiência dessas associações como principal elemento de participação política em função dos seus fins e programas genéricos a serem implementados por candidatos selecionados primeiro pela direção dos partidos e depois pelo corpo eleitoral.

Com o distanciamento da atuação governamental em relação ao povo e a dificuldade de os partidos políticos serem expressão da vontade popular, Mirra (2011) assevera que o governo tornou-se incapaz de receber e filtrar as demandas da sociedade civil, acarretando uma crise de legitimidade da democracia social.

A proposta para superação dessa crise, que se aprofundou nas últimas décadas do século XX e início do século XXI, é a intensificação da participação popular nos caminhos da sociedade, não apenas por meios

formais de representação político-eleitoral, mas com a instituição de uma democracia participativa. Sobre esta, Dias (2001) a conceitua como sendo

o regime político baseado na intervenção direta, rotineira e transparente de cidadãos individualmente considerados ou organizados em associações ou grupos representativos de interesses, de identidade ou de valores, no planejamento, na deliberação, no exercício ou na fiscalização da atuação governamental, ou, ainda, na formação da vontade legiferante do Estado, por meio de canais formais de participação política (p. 78).

No entanto, há de se registrar que a democracia participativa não suprime a distinção entre governantes e governados nem exclui a representação político-eleitoral (Miranda, 2005). Não obstante, ressalta-se que a democracia participativa vem se estabelecendo como resultado do revigoreamento do papel político da sociedade, a qual passou a ser interpretada como um novo espaço de poder, ao lado do Estado e do mercado (Tavolaro, 2001).

Com tudo o que foi exposto, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu para o Brasil um novo modelo, diverso das constituições que a antecederam, expresso na fórmula *estado democrático de direito*, cuja característica essencial é a organização com foco em instituir um regime de democracia participativa no país. Nesse viés, Bonavides (2001) o denomina de “Estado Democrático-Participativo”. A positivação dessa nova modalidade de Estado na ordem constitucional brasileira decorre do disposto no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 bem como de seu respectivo parágrafo único<sup>3</sup>.

Ademais, o princípio participativo encontra-se inscrito em inúmeras outras disposições constitucionais, como por exemplo naquelas que preveem a participação pela via do exercício do direito de petição e da ação popular, a realização de plebiscitos e referendos, bem como abertura de iniciativa popular de leis, a participação de trabalhadores e empregadores em colegiados de órgãos públicos de seu interesse profissional ou previdenciário, a participação das associações representativas no planejamento municipal, dos contribuintes na fiscalização financeira municipal, dos usuários na administração pública direta e indireta,

na administração da seguridade social, nas ações e serviços públicos de saúde e a participação na gestão do ensino público.

Nesse sentido, o “estado democrático-participativo” instituído pela Constituição Federal de 1988 não privilegia somente uma democracia semidireta, pois o modelo projetado pelo constituinte clama pela participação popular quando estabelece a intervenção direta dos cidadãos ou das instituições representativas de forma ampla e rotineira nos processos decisórios públicos ou no controle das ações ou omissões que afetam a sociedade civil (Bonavides, 2001).

Por oportuno, cumpre registrar que no modelo de estado democrático-participativo existem ações governamentais que, independentemente de existir a previsão de participação popular, são tarefas irrenunciáveis do Estado, como se dá, por exemplo, na área da proteção ambiental na medida em que a Constituição Federal de 1988 impôs ao poder público o dever de defender e preservar o meio ambiente às presentes e futuras gerações (art. 225, *caput*).

Num contexto de estado democrático-participativo, os direitos políticos ganharam maior extensão, para configurarem direitos de autêntica participação política, ultrapassando o restrito campo da capacidade eleitoral ativa e passiva para abranger a possibilidade de mais ampla participação popular nos assuntos de interesse comum (Moraes, 2009). Por via de consequência, a concepção ampliada de direitos políticos atualiza o conceito de cidadania; esta passa a ser compreendida como cidadania social, expressa na participação política ativa na vida da sociedade, onde o cidadão é um indivíduo capaz de participar ativamente, individualmente ou em grupo nos assuntos do governo e da sociedade, transformado em autêntico protagonista (Lopes, 2006). Nesse sentido, a ação popular se coloca à disposição como um dos instrumentos de democracia que o cidadão tem para participar nas questões ambientais, aqui se incluindo o meio ambiente do trabalho, bem como para defendê-lo de lesão ou ameaça de lesão.

**Num contexto de estado democrático-participativo, os direitos políticos ganharam maior extensão, para configurarem direitos de autêntica participação política**

### 3. Acesso à justiça e sua moderna significação

Ao discorrer sobre o estado democrático de direito, Leite (2010) pondera que este tem por objetivos essenciais construir uma sociedade livre, justa e solidária; corrigir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem-estar e justiça sociais para todas as pessoas; buscar o desenvolvimento socioambiental, a paz e a democracia. Tem-se, portanto, que a principal meta do estado democrático de direito não se restringe a apenas justificar os direitos sociais e direitos humanos, mas sim garanti-los. Desse pressuposto é que se extrai a relevância do Poder Judiciário e do próprio processo como instrumentos de promoção da defesa dos direitos fundamentais e da inclusão social.

Ainda assim, atualmente vive-se numa sociedade de massa, profundamente desigual e contraditória, onde os danos aos direitos humanos, notadamente os sociais, alcançam um número expressivo de cidadãos. Conforme Castelo (2003), são exatamente estas macrolesões que exigem uma nova postura dos atores jurídicos com vistas a tornarem efetivos os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Com a instauração do estado democrático de direito, no Brasil marcado pela CRFB de 1988, o acesso à justiça recebeu um enfoque que extrapola o acesso formal ao Poder Judiciário. Esse tema, bem como a sua consequente viabilização, continua corrente em diversos fóruns de discussão, o que demonstra que tal ideal ainda não se encontra de forma satisfatória.

No que se refere ao acesso à justiça por meio da tutela jurisdicional do Estado, a carta magna brasileira estabelece a obrigatoriedade do Poder Judiciário de apreciar lesão ou ameaça de direito. Nesse sentido, Araújo (2006) observa que há doutrinadores que identificam o cidadão enquanto consumidor da justiça, tendo estes o direito de receber o produto final (provimento jurisdicional) sem vícios; enfim, todos os jurisdicionados-consumidores têm garantido o direito de receber um tratamento adequado ao se socorrerem do Poder Judiciário para tutela dos seus bens e direitos.

Sobre a amplitude da expressão acesso à justiça, Cappelletti e Garth (1988, p. 8) já pontuavam que

é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

O acesso à justiça pela via jurisdicional hoje deve ser compreendido como forma de obtenção de uma decisão prolatada em tempo razoável e adequada para pacificar o conflito posto em juízo. Entretanto, se a tutela jurisdicional for prestada de forma intempestiva para preservação do bem da vida ou do direito, ou se for injusta, além da ineficiência que causará ao direito, será mortal ao próprio princípio do acesso à justiça. Barbosa (1997, p. 40) já destacava que

justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.

Cappelletti e Garth (1988) sistematizaram e descreveram em estudo pioneiro sobre as barreiras que impedem ou dificultam o acesso efetivo à justiça, contudo Morais e Spengler (2008) analisam que outros empecilhos, tais como a morosidade, burocracia estatal e insuficiência da decisão, podem surgir como obstáculos.

A EC 45/2004 trouxe significativas mudanças no texto constitucional. Em especial assegurou que todos têm a garantia de um processo judicial e administrativo com razoável duração e meios que garantam a celeridade de sua tramitação<sup>4</sup>. Tal inclusão no rol dos direitos fundamentais individuais representaria uma resposta à “crise na prestação jurisdicional e às dificuldades na implementação dos direitos para a maioria da população” (Sadek, 2005, p. 271), pois, com base neste princípio, foi criada a Secretaria de Reforma do Judiciário, vinculada ao Ministério da Justiça, com o claro propósito de promover, coordenar, sistematizar e angariar propostas referentes à reforma do Judiciário.

Contudo, vincular a expressão acesso à justiça com a ideia de acesso ao Poder Judiciário é limitá-la para o contexto de um estado democrático de direito; em verdade tal expressão deve necessariamente estar ligada ao tema de direitos humanos. Conforme bem destaca Fachin (2005, p. 239), “o grande desafio, seja do aparelho estatal ou da sociedade civil organizada, seja individualmente, como exercício de cidadania, é transpor o fosso abissal que subsiste entre discurso teórico e a prática de tais direitos”.

A concepção de acesso à justiça sob a ótica dos direitos humanos supera o poder do Estado, na medida em que a legitimação para as decisões estará vinculada ao princípio da soberania popular e aos domínios das leis garantidoras dos direitos humanos. Habermas (2002) alerta que, para fins de garantir a expressão correta dos direitos humanos, há de se considerar um procedimento democrático que assegure o pluralismo social e de concepções, pois, nesse viés, seria o processo democrático elemento essencial que concede força legitimadora ao processo de criação do direito.

Em síntese, no momento em que o Poder Judiciário for provocado, ele deve prestar a tutela jurisdicional de modo que seja assegurada uma resposta célere e adequada com vistas à construção de um acesso à justiça vinculado as premissas de direitos humanos, ou seja, uma justiça coerente com as expectativas dos cidadãos.

Ao se interligar as ideias de acesso à justiça e direitos humanos no contexto do estado democrático de direito, torna-se fácil visualizar que aquele detém todos os contornos de um direito humano e fundamental. Deve ser considerado como direito humano, uma vez que estão previstos em tratados internacionais mecanismos de defesa de direitos que têm por objeto a dignidade, a liberdade, a igualdade e a solidariedade entre todos os seres humanos, independentemente de origem, raça, cor, sexo, crença, religião, orientação sexual, idade ou estado civil. Nesse sentido, o art. 89 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, dispõe textualmente que “toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”. O acesso à justiça é também direito fundamental, porquanto cata-

logado no elenco dos direitos e deveres individuais e coletivos constantes do art. 5º, inciso XXXV, da CRFB.

Não obstante, Bueno (2011) chama a atenção para a necessidade de aprimorar, ampliar e otimizar a eficiência do acesso à justiça, sendo que, para alcançar tal desiderato, deve-se superar a baliza da categorização dos direitos na medida em que os direitos e interesses difusos, tanto quanto os coletivos e individuais homogêneos, não são classes ou tipos de direitos interpenetráveis ou relacionáveis entre si, mas que devem ser interpretados como realidades complementares.

Considerando a atual sociedade de massa, onde os direitos humanos são violados em grade escala, Leite (2010) pondera que a efetivação do acesso coletivo à justiça exige, principalmente, um pensar coletivo, consonante com a nova ordem política, econômica e social implantada em nosso ordenamento jurídico a partir da CRFB de 1988, pois o modelo processual individual encontra-se em crise e não se demonstra efetivo para as demandas sociais.

#### **4. Crise do modelo processual individualista**

As ciências jurídicas encontram-se umbilicalmente ligadas ao surgimento e evolução do Estado, de modo que não se consegue compreender um sem o outro. A primeira forma de Estado moderno foi o absolutista, que detinha como característica basilar a centralização do poder no soberano, mas com a ausência de limites constitucionais ou infraconstitucionais:

Sua primeira feição, marcada pela ausência de formalização e centralização do poder, teve o mister de consagrar a fixação do território, unificando o povo e criando instrumentos e instituições capazes de assegurar a centralização do poder (Macedo, 2005, p. 126).

Somente com o Iluminismo é que surgiu o ideal da elaboração de constituições e, conseqüentemente, de Estados constitucionais. Segundo Canotilho (2002, p. 1.135), “a ideia de lei fundamental é inseparável da razão iluminista que acreditava ser possível, através de um

documento escrito (produto da razão), organizar o mundo e realizar um projeto de conformação política”.

Com a configuração do Estado liberal, marcado pela forte presença e financiamento de uma burguesia em ascensão, o direito também foi forjado sob a lógica liberalista que deveria assegurar os direitos e liberdades individuais, como vida e propriedade, criando, desse modo, um espaço de proteção dos indivíduos contra o Estado. Ao Poder Legislativo cumpria a única obrigação de compor normas que garantissem um espaço de não atuação.

Posteriormente às grandes guerras mundiais, o direito passou a exercer função positiva, acompanhado por um Estado que, face às necessidades e desigualdades da sociedade, assumiu postura de promoção de novos direitos:

Nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. (...) Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo (...) A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas ‘declarações de direitos’, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento faz-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações, indivíduos. (...) Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos (Cappelletti; Garth, 1988, p. 9-11).

O transcurso do século XX revelou a crise da era dos direitos sociais, uma vez que estes estavam em descrédito em razão de sua inefetividade. Por essa razão, o enfoque se deu em direitos pautados por novos ideais, com exigências de ordem transcendental aos elementos subsuntivos do direito. Os direitos de terceira dimensão emergem como

fruto de solidariedade e fraternidade, tendo como marca característica a transindividualidade:

A partir da década de 60, começou a desenhar-se uma nova categoria de direitos humanos vulgarmente chamados *direitos da terceira geração*. Nesta perspectiva, os direitos do homem reconduzir-se-iam a três categorias fundamentais: os direitos de liberdade, os direitos de prestação (igualdade) e os direitos de solidariedade (Carnotilho, 2002, p. 384).

Com o advento da CRFB foi estabelecido um novo modelo de Estado, entretanto não mais sob a lógica de um estado liberal, mas sim de estado democrático de direito. Este surge com expectativa de superar as duas primitivas formas de Estado (e direito):

Se no paradigma liberal o Direito tinha a função de meramente ordenadora, estando na legislação o ponto de tensão nas relações entre Estado-Sociedade, no Estado Social sua função passa a ser promotora, estando apontadas as baterias para o Poder Executivo, pela exata razão da necessidade da realização das políticas do *Welfare State*. Já no Estado Democrático de Direito, fórmula constitucionalizada nos textos magnos das principais democracias, a função do Direito passa a ser transformadora, onde o polo de tensão [...] passa para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais (Streck, 2002, p. 145).

O Estado democrático, sem abdicar das dimensões individuais e sociais dos direitos, assume figura importantíssima na qualidade de gerente e principal agente transformador de uma sociedade. Não obstante, o Estado também vivencia uma crise de inefetividade dos direitos sociais, não se dando a sociedade por satisfeita com a mera proteção individual.

As bases legais em que foram construídos todos esses direitos são fruto de um momento marcado pelo cientificismo e tecnicismo, pois o direito, enquanto ciência social aplicada, herdou das ciências naturais a intenção de se constituir como ciência propriamente dita, apesar do seu

objeto de estudo não se identificar com o método científico das ciências naturais, além de também ser inviável a demonstração empírica.

Kuhn (2009), ao fazer um recorte histórico, demonstra que o paradigma científico tornou-se hegemônico na época moderna e se constituiu a partir das ciências naturais. Suas origens podem ser localizadas no século XVI, sobretudo na revolução científica de Nicolau Copérnico, Galileu Galilei e Isaac Newton. A partir daí as descobertas científicas refutavam todo o conhecimento até então conquistado por meio do senso comum. Ainda no século XIX, o modelo mecanicista das ciências naturais se instalou em todas as áreas do conhecimento humano, incluindo o próprio direito, e em todos os ramos do saber procurava-se estabelecer a relação entre sujeito e objeto de modo que o sujeito estuda o objeto como ente absolutamente destacado de si.

Conforme explica Santos (2013), naquele momento acreditava-se que o modelo mecanicista, advindo das ciências naturais, era o modelo ideal no qual todas as ciências deveriam se espelhar para construir suas bases teóricas. Acreditava-se que não somente o universo funcionava de forma mecânica, mas também a mente, o corpo, a sociedade, a história etc. Nesse ângulo de visão, qualquer objeto científico, em qualquer área do saber, tornou-se uma *coisa*; logo seria uma engrenagem passível de ser apreendida e decifrada. No direito, essa justa procura pelo exato redundou no Positivismo.

O Código Processual Civil brasileiro de 1973 encontra-se estreitamente vinculado aos ideais liberais, em que o individualismo (e os direitos individuais) é o carro-chefe da produção legiferante, assim como foi constituído o ideal do positivismo jurídico:

A crise do modelo (modo de produção de Direito) se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em nossos Códigos (...). Esta é a crise do modelo (ou modo de produção) de Direito, dominante nas práticas jurídicas de nossos tribunais, fóruns e na doutrina (Streck, 2002, p. 83).

Nessa linha de pensamento, Hommerding (2007) argumenta que a situação do processo civil, na era das massas, é precária, pois foi idealizado para uma sociedade cuja historicidade é incompatível com a atual e assim o direito processual não resistiu à sua finitude. Silva (2004, p. 318), no mesmo sentido, assevera que para o direito processual civil a história parou no século XIX: “Daí por que não devemos depositar demasiada esperança na ‘Reforma do Poder Judiciário’, se não estivermos dispostos a *repensar os fundamentos do sistema, superando os ideais do Iluminismo*” (Silva, 2004, p. 318).

## **5. O problema do conceito de cidadão contido na lei da ação popular: um obstáculo a ser superado**

Na seara processual, a legitimidade ativa para propositura da ação popular pode ser classificada como ordinária na medida em que todo o ato ilegal ao direito difuso tipifica o autor como vítima, em razão da ilegitimidade ou dano (presente e futuro). Conseqüentemente, “quando o cidadão promove a ação popular assim o faz na condição de ‘cotitular’ do direito que foi lesado e assim age em nome próprio para tutelar interesse próprio” (Paula, 2009, p. 228-9).

Jônatas de Paula sustenta sua posição argumentando que não se pode qualificar a legitimidade ativa como ordinária ou extraordinária a partir dos efeitos subjetivos da sentença ou da extensão subjetiva da coisa julgada, posto que, se assim prosseguir nesse método de análise, a legitimidade somente seria averiguada a partir do trânsito em julgado da sentença, para depois concluir se as partes eram ou não legítimas para integrar a relação processual.

Por oportuno, impende destacar a posição de Nery Junior (2001), que entende neste caso ser uma espécie de legitimação autônoma para condução do processo, pois é “totalmente independente do direito material discutido em juízo: como os direitos difusos e coletivos não tem titulares determinados, a lei escolhe alguém ou algumas entidades para que os defendam em juízo” (2001, p. 569).

O exercício da ação popular depende da condição de cidadania, que possui uma dimensão minimalista, pois de acordo com o art. 1º, § 3º, da Lei 4.717/65, a cidadania será comprovada com o título eleitoral ou com documento equivalente.

Castro (2006) tenta justificar a restrição de legitimados ativos na medida em que tal dispositivo revela especial preocupação em dotar o eleitor de instrumento de ação, num efetivo reconhecimento de que aquele que detém um cadastro eleitoral possui, pelo menos, duas características essenciais: capacidade de fato para exercer os atos da vida política e consciência social da importância de seu cadastro como eleitor. Assim, “a possibilidade do cidadão-eleitor ingressar com a ação popular, e só ele, é uma espécie de prêmio à cidadania” (Castro, 2006, p. 193).

Gonçalves (2011) sustenta que tratar a ação popular como um direito político e, portanto, restrito aos eleitores não significa retirar dos demais brasileiros a condição de titulares do direito ambiental, mas tão somente interpretar o que, inegavelmente, disse o constituinte, que se pretendesse dar à ação popular uma legitimidade universal, não teria utilizado o termo cidadão, mas outro vocábulo, como “todos”.

Não merece prosperar a linha de argumentação sustentada pelos citados autores e demais que com eles concordam. O texto do art. 5º, LXXIII, é categórico ao afirmar que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular” (destaque nosso), não podendo uma norma infraconstitucional da Lei 4.717/65 contrariar este direito fundamental.

Nesse sentido, Almeida (2003, p. 403) é contundente ao afirmar que a ação popular ambiental é “garantia constitucional fundamental”, não sendo “compatível, na espécie, qualquer interpretação restritiva”.

Além deste fundamento de ordem constitucional pela não recepção do art. 1º, § 3º, da Lei 4.717/65, há de se considerar que o conceito de cidadão ou cidadania evoluiu ao longo da história, e que a compreensão atual é de que a participação popular é valioso instrumento de transformação da sociedade e fortalecimento das instituições democráticas, fazendo-se necessário um esforço hermenêutico para propiciar uma leitura adequada da norma que dispõe sobre a legitimidade *ad causam* da ação popular, não se limitando apenas a uma discussão jurídica dogmática.

Sobre a evolução dos termos cidadão e cidadania, Soares (2011) esclarece que a Antiguidade desconhecia direitos individuais, pelo que o conceito de cidadania, construído na perspectiva greco-romana, vê-se demarcado por privilégios usufruídos pelas castas sociais mais elevadas em detrimento das castas inferiores, condenadas às funções subalternas em uma sociedade organicista.

No entanto, a qualidade de cidadão, principalmente de Roma, como titular de exigências e prestações do Estado e de participação da vida política, deve ser reconhecida como legado para a cidadania moderna graças à sagacidade do espírito jurídico dos romanos (Jellinek, 1954, p. 236).

Ao relatar sobre o período medieval, Soares (2011) afirma que o tema essencial da teoria do medieval é a dicotomia estabelecida na relação do Estado, enquanto poder temporal, com a Igreja, enquanto poder espiritual. Nesse sentido, o “Estado era visto, antes das concepções escolásticas, como mal necessário derivado da queda do homem, que apenas lograria sua proteção e salvação pela Igreja, não mais se sujeitando à *pólis*” (p. 169). Complementando, cabe destacar as palavras de Arendt (1987, p. 30), para quem a “*vita activa* e o *bios politikos* direcionaram-se para a vida de contemplação cristã”, representando, dessa forma, o que Duby (1992) denominou de retração do poder público na primeira fase medieval.

Consoante os ensinamentos de Soares (2011), percebe-se que o sentido histórico em que se matizou o conceito de cidadania deriva das conquistas socioeconômicas e políticas dos movimentos libertários. Assim, ele pondera que, na cidadania do Estado liberal ou clássica, o papel de cidadão condiciona-se à forma individualista e instrumental, em que os indivíduos se apresentam como pessoas privadas, externas ao Estado, e seus interesses são pré-políticos. Já na cidadania social, prevalece uma concepção comunitarista: “Há uma cidadania ativa e pública, e não mais formal ou passiva” (Soares, 2011, p. 178), em que os indivíduos interagem numa comunidade política.

O sentido histórico em que se matizou o conceito de cidadania deriva das conquistas socioeconômicas e políticas dos movimentos libertários

Na concepção moderna de estado de direito, a concretização dos direitos fundamentais permite aos titulares exercer plena, efetiva e socialmente a cidadania ativa, ao satisfazer uma parte decisiva da função de integração, organização e direção jurídica da constituição. Nesse sentido, Soares (2011, p. 184) aduz que “a cidadania ativa no estado democrático de direito pressupõe um cidadão político, capaz de influir concretamente na transformação da sociedade e apto a fazer valer suas reivindicações perante os governantes”.

**O direito a um procedimento justo implica a existência de procedimentos coletivos, possibilitadores da intervenção coletiva dos cidadãos na defesa dos direitos econômicos**

Desta forma, parece que assiste razão à Fiorillo (2009) ao argumentar que a exigência do documento descrito no art. 1º, § 3º, da Lei 4.717/65, hipertrofiada por uma doutrina interessada em inviabilizar o efetivo acesso à justiça durante algumas décadas, não se coaduna evidentemente com o critério definido para a ação popular ambiental constitucional estabelecido na Constituição Federal de 1988, na medida em que seus bens ambientais – vinculados materialmente à vida da pessoa humana e causa de pedir de toda e qualquer ação ambiental – são de uso comum do povo brasileiro.

Nesta linha de entendimento, é interessante a observação de Canotilho (2002) de que o direito a um procedimento justo implica nos dias de hoje a existência de procedimentos coletivos, possibilitadores da intervenção coletiva dos cidadãos na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais de grande relevância para a existência coletiva (exemplo: ‘procedimentos de massas’ para a defesa do ambiente, da saúde e do patrimônio cultural dos consumidores).

Verifica-se que a participação popular no sistema democrático ultrapassa a noção do sistema representativo tradicional, no qual a cidadania se restringia à participação do eleitor na escolha de seu representante no Poder Legislativo e do Poder Executivo. Ghellere (2010) assevera que ao cidadão é dado o poder de participação também na esfera do Judiciário, ou seja, através das chamadas *ações coletivas* e ainda através de qualquer tipo de ação de conhecimento que busque a

efetivação de seus direitos fundamentais: o popular é chamado a buscar e exigir a proteção dos direitos transindividuais que estão sendo ameaçados ou danificados.

Sobre esse ponto de tensão, o STJ vem mantendo posicionamento de ser condição da ação a apresentação do título de eleitor, tal como se observa no acórdão colacionado:

Processual civil – Embargos de declaração – Ação popular – Falta de comprovação da qualidade de cidadão (cópia de título de leitor) – Art. 1º, § 3º da Lei 4.717/65 – Extinção do processo no segundo grau de jurisdição – Ausência de condição da ação – Art. 13 do CPC: inaplicabilidade – Erro material que se corrige.

1. Indicação equivocada de que o julgamento teria ocorrido por maioria por considerar como voto vencido a manifestação do advogado de uma das partes. Erro material que se corrige para afastar-se a conclusão de que ocorreu cerceamento de defesa e desobediência ao art. 530 do CPC.

2. Tese em torno da aplicação dos arts. 13 e 284 do CPC analisadas expressamente pelo Tribunal *a quo*, o que afasta a negativa de vigência do art. 535 do CPC.

3. O art. 5º, LXIII da CF/88 e o art. 4.717/65 estabelecem que somente o cidadão tem legitimidade ativa para propor ação popular.

4. Considera-se cidadão os brasileiros natos ou naturalizados e os portugueses equiparados no pleno exercício dos seus direitos políticos.

5. Tratando-se a legitimidade ativa de condição da ação e não representação processual, afasta-se a aplicação dos arts. 13 e 284 do CPC, não sendo possível permitir que a parte traga aos autos cópia do título eleitoral ou documento que a ele corresponda. Correta extinção do feito sem julgamento do mérito.

6. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para negar provimento ao recurso especial” (BRASIL, 2007).

Infelizmente o STJ deixou de avançar na interpretação do conceito de cidadão, para os efeitos da LAP, e limitou-se a uma interpretação literal e positivista.

Como bem salienta Ferraz Júnior (2009), o positivismo jurídico esteve inegavelmente ligado à necessidade de segurança da sociedade burguesa, pois o período anterior à Revolução Francesa ficou caracterizado pelo enfraquecimento da justiça, mediante o arbítrio inconstante do poder da força, provocando a insegurança das decisões judiciais. Nesse sentido, a autolimitação da ciência do direito ao estudo da lei positiva representava a própria estabilidade do direito.

Ao analisar a teoria do positivismo jurídico, Bobbio (1995) menciona algumas características e, conseqüentemente, problemas. O primeiro ponto de crítica reside na própria postura científica do positivismo jurídico frente ao direito, ou seja, faz a exclusão de juízo de valor, eliminando todos os elementos subjetivos, e adota a postura da tomada de conhecimento da realidade (juízo de fato). Assim, o estudo da norma somente se opera no plano da validade, analisando se a norma faz parte de um ordenamento jurídico real, efetivamente existente numa dada sociedade.

O segundo ponto de crítica é o problema das fontes do direito na doutrina positivista, pois, segundo esta, há prevalência de uma determinada fonte do direito (lei) sobre todas as outras. Para que tal situação ocorra é necessário que no ordenamento jurídico existam várias fontes (ordenamento complexo) e que estas fontes não estejam num mesmo plano; enfim, devem estar hierarquicamente estruturadas.

E não menos importante, a crítica ao positivismo jaz também na concepção imperativista da norma, ou seja, a norma jurídica como tendo a estrutura de um comando, buscando estabelecer uma relação de subordinação vinculada à concepção legalista-estatal do direito.

Sobre o acesso à justiça, Canotilho (1993) leciona que este é um princípio jurídico essencial da ordem jurídica e constitui um distinguido fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. No ordenamento jurídico brasileiro ele está inserido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, expressado nos termos de que a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Entre as possibilidades de um modelo de constituição liberal, comunitarista ou crítico-deliberativo, impera em nossa ordem jurídico

constitucional uma vertente caracterizada pela visão comunitarista da Constituição:

Em linhas gerais, o comunitarismo jurídico consiste numa compreensão da sociedade segundo a qual a constituição de um povo sintetiza os ideais e valores identificadores dessa comunidade como fonte formal de princípios normativos a serem concretizados (Silva Filho, 2009, p. 15).

Para Fachin e Tristão (2009), o acesso à justiça é um verdadeiro princípio constitucional fundamental que deve nortear a atividade hermenêutica no momento da aplicação concreta da lei para que se possa franquear opções para sua efetivação, possibilitando, dessa forma, a construção da democracia de forma justa e igualitária.

Exposta a fragilidade e insuficiência do positivismo jurídico para as demandas sociais e no caso específico do art. 1º, § 3º, da Lei 4.717/65, fica evidente o problema da lacuna imprópria ou a inadequação social da referida norma no contexto atual, o que decorre de uma leitura positivista. Sobre as lacunas, é relevante frisar a lição de Larenz (1991, p. 519):

Toda lei contém inevitavelmente lacunas. Igualmente se reconheceu desde há muito a competência dos tribunais para colmatar as lacunas da lei. É, portanto, um desiderato importante da Jurisprudência pôr à disposição do juiz métodos com ajuda dos quais ele possa cumprir essa tarefa de modo materialmente adequado e conclusivo. Mas, por vezes, não se trata só no desenvolvimento judicial do Direito colmatar lacunas da lei, mas da adoção e conformação ulterior de novas ideias jurídicas que, em todo o caso, se tinham insinuado na própria lei, e cuja realização pela jurisprudência dos tribunais vai para além do plano originário da lei e o modifica em maior ou menor grau. Compreende-se que também um tal desenvolvimento do Direito superador da lei só deva ter lugar em consonância com os princípios directivos da ordem jurídica no seu conjunto.

Cappelletti e Garth (1988) apontam a necessidade de que o instrumento chamado *processo*, que serve enquanto caminho para a realização do direito material, seja realmente apto e célere para garantir a quem de direito o bem da vida afirmado em juízo. Desta forma, restringir o acesso à justiça não oportunizando a ação popular ambiental é negar o direito material pleiteado. Numa ponderação de princípios, há de se sobressair neste caso o acesso à justiça e afastar a norma que exige a apresentação de título de eleitor ou de documento semelhante que faça as vias da comprovação da cidadania.

**O acesso à justiça é um verdadeiro princípio constitucional fundamental que deve nortear a atividade hermenêutica no momento da aplicação concreta da lei**

Gontijo (2011) sustenta que o direito estaria alinhado ao universo da semiótica ou semiologia, esta enquanto estudo da produção social de significados com base em sistemas de signos. Para Trask (2004, p. 263) os objetos de estudo da semiótica “são examinados como textos que comunicam significados, e esses significados derivam da interação ordenada de elementos portadores de sentido, os signos, que estão eles mesmos encaixados num sistema estruturado, de maneira parcialmente análoga aos elementos portadores de significados em língua”.

Se a semiótica estuda o significado que a linguagem atinge mediante o contexto que é empregada, a ideia de contexto deve ser analisada pelo direito de forma cuidadosa, pois aí reside seu desafio.

Continuando nas lições de Gontijo (2011), no direito há dois hemisférios básicos para se pensar o contexto, os quais sugerem momentos específicos. O primeiro, aqui como ponto de partida, é quando a lei é feita; já o segundo, quando a lei é aplicada ou interpretada, sendo considerado o momento de concreção.

Fato é que o direito deve estar atento a uma análise crítica do discurso, e nessa toada interessam algumas abordagens especiais como: Em que contexto social e político o discurso é proposto? Quem o propõe? Em que ordem o propositor está inserido? A quem este discurso

está dirigido e por quê? Que interesses subjazem o texto produzido pelo operador do direito?

Linguagem é uma questão humana. Por este motivo, talvez, Perelman (1998, p. 148) escreveu que o “aprendizado de uma língua também significa aderir valores de que, de modo explícito ou implícito, ela é portadora, às teorias cujas marcas traz, às classificações subjacentes ao emprego dos termos”.

Com bases na compreensão do objeto de estudo da semiótica é que se questiona a exigência de inscrição e quitação com as obrigações eleitorais para o exercício da ação popular. Primeiro, o contexto de cidadania em 1965, em que existia um estado ditatorial, é completamente diferente do contexto atual, em que se vivencia um estado democrático. Segundo, não era do interesse do estado ditatorial sofrer controles ou fiscalização de qualquer pessoa. Terceiro, a manutenção de um discurso restritivo é incoerente com um estado democrático, que somente visa atender interesses escusos de um poder que não quer ser controlado ou fiscalizado.

O direito é um fenômeno complexo e sua formação se dá a partir de outras áreas do conhecimento. A linguagem constrói os sentidos e os faz pragmaticamente, ou seja, por meio dos usos que se faz desses sentidos. A construção dos sentidos se dá por meio da linguagem, desta forma o suposto sistema autorreferencial do direito nunca se fecha completamente, mas apenas parcialmente porque comunga com o mundo externo – o ambiente e outros sistemas – a formação dos signos que usa e interpreta (Gontijo, 2011).

Este fenômeno é a expressão mais precisa do que se pode entender por *hermenêutica jurídica* e permite compreender que a exigência de título de eleitor ou documento equivalente é incompatível, pois a lei de 1965 atribuiu um significado para o termo *cidadania* coerente à época de sua aprovação, mas que não atende à realidade social atual, e hoje, pelo termo *cidadania* ter outro significado, deve ser coerente com um estado democrático de direito e com os valores cristalizados na Constituição Federal (Gontijo, 2011).

## Considerações finais

A democracia é o regime geral para a realização dos direitos fundamentais do homem; ela não teme, antes requer, a participação ampla do povo e de suas organizações, consistindo na possibilidade real e concreta das pessoas em geral tomarem parte no sistema de direção da sociedade, em especial no exercício e no controle do poder. No estado democrático participativo, a participação popular não substitui a atuação dos órgãos e agentes públicos; apenas os reforça, os aperfeiçoa e os controla por meio do maior envolvimento da sociedade civil.

A área ambiental foi pioneira na incorporação da participação popular como elemento indissociável das estratégias a serem adotadas para a proteção do meio ambiente. Reivindicada e impulsionada pelo movimento ambientalista, a participação pública na defesa da qualidade ambiental tem se fortalecido ao longo dos anos, a partir da emergência da problemática ambiental como questão política.

O cidadão, como sujeito político e dotado de autonomia ativa, deve participar dos procedimentos democráticos, decidindo nas diversas instâncias de uma comunidade, em diversificados papéis, o seu destino social como pessoa humana.

## Notas

1. Vinicius Pinheiro Marques. Doutorando em Direito (PUC/Minas). Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos e professor do Curso de Direito (UFT), da Faculdade Católica do Tocantins (FACTO).
2. Ângela Issa Haonat. Doutora em Direito do Estado (PUC/SP). Professora do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT), e da Faculdade Católica do Tocantins (FACTO).
3. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
I – a soberania;  
II – a cidadania  
III – a dignidade da pessoa humana;  
IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

4. 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.

## Referências

- ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Acesso à justiça e efetividade do processo: a ação monitória é um meio de superação de obstáculos?* Curitiba: Juruá, 2006.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Data de acesso: 23/01/2015.
- \_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Data de acesso: 23/01/2015.
- \_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1946. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Data de acesso: 23/01/2015.
- \_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 24 jan. 1967. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Data de acesso: 23/01/2015.
- \_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Data de acesso: 23/01/2015.
- \_\_\_\_\_. Lei 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 05 jul. 1965. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Data de acesso: 23/01/2015.

- \_\_\_\_\_. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 02 set. 1981. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Data de acesso: 23/01/2015.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial 538.240/MG. Rel. Min. Eliana Calmon. *Diário de Justiça*, Brasília, 30 abr. 2007.
- BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela coletiva em juízo: uma reflexão sobre a alteração proposta para o art. 81, parágrafo único, inciso III, do CDC. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 31, n. 114, p. 18-30, dez. 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do novo Código Civil*. São Paulo: LTr, 2003.
- CASTRO, João Marcos Adede y. *Tutela civil do meio ambiente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- COSTA, Melina de Oliveira Gonçalves Fernández. A ação popular como instrumento de defesa do meio ambiente e exercício da cidadania ambiental. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 1, n. 15, jan./fev./mar. 2007.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DIAS, Solange Gonçalves. *Democracia representativa x democracia participativa: participação popular no plano local e emergência de um novo paradigma democrático*. 2001. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2001.
- DUBY, Georges. *História da vida privada: da Europa feudal à renascença*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- FACHIN, Luiz Edson. A tutela efetiva dos direitos humanos fundamentais e a reforma do judiciário. In: RENAULT, Sergio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. (Orgs.). *Reforma do judiciário: comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FACHIN, Zulmar; TRISTÃO, Ivan Martins. O acesso à justiça como direito fundamental e a construção da democracia pelos meios alternativos de solução de conflitos. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 13, p. 47-64, nov. 2009.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. 16. reimp. São Paulo: Atlas, 2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1989.

- \_\_\_\_\_. *Princípios do direito processual ambiental*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GARCIA, José Carlos Cal. *Linhas mestras da Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GHELLERE, Rui Ghellere. *Tutela ambiental e técnica processual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.
- GONÇALES, Josiane Cristina Cremonizi. Ação popular ambiental e advocacia pública. In: BEJNJAMIN, Antonio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e funções essenciais à justiça: o papel da advocacia de estado e da defensoria pública na proteção do meio ambiente*. Revista dos Tribunais, 2011.
- GONTIJO, Lucas Alvarenga. *Filosofia do direito: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada linguística-pragmática*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperger, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Buenos Aires: Albatroz, 1954.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1991.
- LEITE, José Rubens Morato. Ação popular: um exercício da cidadania ambiental? *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17, 2000.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. A cidadania na constituição federal brasileira de 1988: redefinindo a participação política. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. (Coord.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário público, do patrimônio cultural e natural; e do meio ambiente*. São Paulo: RT, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Ação popular*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 1. ed. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ação popular como instrumento de tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política – legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais de democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- NERY JUNIOR, Nelson. A ação civil pública no processo do trabalho. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Direito processual ambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.
- PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- SADEK, Maria Tereza. Efetividade de direitos e acesso à justiça. In: RENAULT, Sergio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. (Orgs.). *Reforma do judiciário: comentários à Emenda Constitucional 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SANTOS, Willians Franklin Lira dos. *A crise do dissídio individual e o fenômeno da coletivização do processo: o papel da prova como garantia da efetividade e cidadania no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia da Letras, 2011.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SILVA, Bruno Campos. As tutelas de urgência no âmbito da ação civil pública ambiental. Tutelas antecipada e cautelar. *Revista de Direitos Difusos, Interesses Difusos: temas polêmicos II*. São Paulo, ano V, v. 26, julho-agosto/2004.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007a.
- \_\_\_\_\_. *Ação popular ambiental*. 2. ed. São Paulo: Malheiros: 2007b.
- \_\_\_\_\_. *Direito ambiental constitucional*. 7. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

- SILVA FILHO, Alberico Alves da. Repensando a cidadania no Brasil. In: GALUPPO, Marcelo Campos (coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2011.
- TAVOLARO, Sérgio Barreira de Faria. *Movimento ambientalista e modernidade: sociabilidade, risco e moral*. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2001.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.



# EM DESTAQUE



# Saneamento do processo no CPC/2015

**Gelson Amaro de Souza<sup>1</sup>**

Doutor em Direito Processual Civil (PUC/SP)

**Resumo:** Este breve estudo visa analisar o instituto do saneamento visto sob a normatização do CPC/2015 e a sua aplicação no dia a dia forense. Hoje já não mais se utiliza das expressões despacho saneador e saneamento do processo. Todavia, tal providência continua existindo, embora não mais em fase estanque do processo, pois segue por todo o seu trâmite, do começo ao fim do processo. Mesmo sem a legislação fazer uso desta terminologia, o saneamento é uma necessidade que serve a qualquer processo.

## Introdução

SABE-SE QUE A FINALIDADE DO PROCESSO é proteger o direito material, impedindo a sua violação ou proporcionando a reparação quando concretamente violado. Assim é que o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal afirma que nenhuma lei poderá afastar da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão. Fica clara a preocupação do constituinte em erigir o processo como instrumento para a realização do direito material. Nesta toada, o processo existe para dar proteção ao direito material. Mas, para que isso aconteça, o processo precisa seguir o procedimento legal, sem vícios ou defeitos. A forma de corrigir os vícios e retirar os defeitos do processo ou do procedimento é o que se convencionou chamar “saneamento do processo”.

Como instrumento para a realização do direito material, o processo precisa contar com procedimento idôneo, sem vícios ou defeitos, para que possa cumprir a sua missão de proteger o direito material e realizar a justiça. Neste passo bem observou Amaral Santos (*Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 239) que para servir de instrumento idôneo da jurisdição o processo deverá formar-se e desenvolver-se regularmente. E, para que assim o seja, o Estado tem tanto ou mais interesse que as partes, devendo o juiz fiscalizar o processo desde o seu início de modo a atingir a sua meta, não só garantindo que esteja isento de vícios, defeitos ou irregularidades, como também em condições de se proferir sentença justa.

## 1. Saneamento do processo

A expressão saneamento dá a ideia de limpeza, correção, conserto, suprimento, acerto. A doutrina sempre ensinou que o saneamento do processo às vezes começa com a análise da petição inicial, como nos casos de despacho que manda completá-la ou emendá-la, bem como aquele que manda acertar a representação ou juntar documentos necessários à propositura da ação (art. 320 do CPC/2015).

Em verdade, o saneamento do processo não se faz com uma providência isolada nem um simples despacho, por isso há de entender-se que o saneamento do processo mais se liga a uma fase processual do que a um mero despacho, como se tornou conhecido na sistemática passada. Moacyr Amaral Santos ensinava que a função saneadora do juiz ele a exerce desde ao receber e despachar a petição inicial, mas, dando maior ênfase, especialmente, através das chamadas providências preliminares (*Primeiras linhas de DPC*, v. 2, p. 247).

Calmon de Passos, de sua vez, afirmou que o revogado código de 1973 havia reservado o nome de despacho saneador não para o que expunge o processo de seus vícios e irregularidades, sim para aquele que o declara livre desses mesmos vícios e em condições de prosseguir na fase instrutória (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, p. 578). O nosso Código de Processo Civil de 2015 não tratou especificamente do saneamento do processo como o fez o código anterior, preferindo tra-

tar, no artigo 334, das audiências de conciliação e mediação e, no artigo 347, das providências preliminares, e entre estas encontram-se muitas providências saneadoras, muito embora não se utilize desta expressão. Mas isso não impede que o juiz tome medidas saneadoras desde o início até o fim do processo.

Apesar de não ser possível isolar o saneamento do processo em uma dada localização da legislação, o CPC/2015 procurou, dentro do possível, concentrar as matérias relacionadas ao saneamento do processo nos capítulos IX (artigos 347 a 353) e X (arts. 354 a 357).

No capítulo IX cuida das providências preliminares e saneamento do processo, abrindo as seções I com o art. 348, que trata da não incidência dos efeitos da revelia, e art. 349, que permite ao revel tomar o processo e produzir provas. A seção II fala da alegação de fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor (art. 350), e a seção III repete as alegações do réu (arts. 351 a 353).

No capítulo X trata do julgamento conforme o estado do processo (arts. 354 a 357) abrangendo a seção I, da extinção do processo (art. 354); a seção II, do julgamento antecipado do mérito (art. 355); a seção III, do julgamento parcial do mérito (art. 356); e seção IV, do saneamento e da organização do processo (art. 357). Percebe-se que, por mais de uma vez, o Código de Processo Civil de 2015 fala expressamente em saneamento (capítulo IX e seção IV do capítulo X). Mas as matérias tratadas nas outras seções desses capítulos, bem como as matérias constantes dos arts. 330 e 337 do CPC/2015, também são inerentes ao saneamento do processo.

## 2. Das providências preliminares

Uma vez efetuada a citação e ultrapassada a oportunidade de resposta do réu, os autos serão remetidos ao juiz, que os analisará e determinará algumas providências complementares, quando estas se fizerem necessárias (art. 347 do CPC/2015).

Havendo contestação do réu ou mesmo sem contestação, mas neste último caso se for uma das hipóteses em que não ocorre o efeito da

revelia (art. 348 do CPC/2015), o juiz mandará o autor especificar as provas com as quais pretende provar os fatos alegados.

Não havendo contestação, e não sendo caso das exceções (art. 345 do CPC/2015), o juiz julgará no estado do processo (arts. 316 e 354 c/c arts. 485 e 487 do CPC/2015).

Comparecendo o réu e alegando qualquer das matérias previstas no art. 337 do CPC/2015, o autor será ouvido no prazo de quinze dias, sendo-lhe permitida a produção de prova documental (art. 350 do CPC/2015).

### 3. Do julgamento conforme o estado do processo

O capítulo X do título I do livro I da parte especial, que trata do procedimento comum, regula as formas e como o processo será julgado no estado em que se encontra.

A expressão julgamento no estado do processo tem provocado alguma confusão, pois muitos entendem que se trata de julgamento que extingue o processo sem julgamento de mérito. No entanto a atual legislação processual civil, no art. 354 do CPC/2015, contém redação bastante clara a indicar que se trata de julgamento de mérito quando a extinção for com base no art. 487 e sem mérito nos casos do art. 485 do CPC/2015. Os arts. 355 e 356 contêm redação clara falando em mérito, o que afasta qualquer dúvida a respeito.

A redação da seção I do capítulo X, art. 354, que trata da extinção do processo, já traz em seu bojo casos de julgamento de mérito ao se referir ao art. 487, pois este cuida de julgamento de mérito. Nesta seção, encontra-se também referência ao art. 485, e este sim cuida da extinção do processo sem mérito. A expressão “extinção de processo” da seção X e do art. 354, que manda o juiz proferir sentença e, com isso, extinguir o processo quando ocorrerem as hipóteses dos arts. 485 e 487, significa no primeiro caso sentença sem julgamento de mérito (art. 485) e no segundo extinção com julgamento de mérito (art. 487 do CPC).

A extinção do processo com base no art. 485 não corresponde ao julgamento da lide, visto que nesses casos o processo será extinto sem

juízo de mérito. Todavia, a extinção com base no art. 487 do CPC/2015 já é julgamento da lide, porque, por expressa disposição da norma, já se julga o mérito da causa. Ora, julga-se o mérito, julga-se a lide. Pois a lide é o próprio mérito.

#### 4. Do julgamento antecipado do mérito

Na seção II do capítulo X, a que foi reservada a expressão “Do julgamento antecipado do mérito”, está dito em seu art. 355: “O juiz julgará diretamente o pedido, proferindo sentença com resolução do mérito quando: I – não houver necessidade de produção de outras provas; II – o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349.”

A redação do *caput* do art. 355 ao que se pensa é equivocada, pois inicia falando em julgamento antecipado do pedido. Julgamento antecipado não existe. Todo julgamento deve ser no momento certo e não há como antecipá-lo. Melhor se tivesse dito que se trata de julgamento “direto do pedido” e não antecipado. Depois, ao se falar em julgamento do pedido, já está se referindo ao mérito e não haveria necessidade de dizer que se trata de resolução do mérito.

No inciso I do art. 355, encontra-se a casuística de que esse julgamento acontece quando não houver necessidade de produzir outras provas. Mas o inciso II acrescenta que assim também o será quando o réu for revel e ocorrer o efeito da revelia previsto no artigo 344 e não houver requerimento de produção de prova na forma do artigo 349. Ora, já se disse que um dos efeitos da revelia é a presunção de verdadeiros os fatos narrados pelo autor (art. 344). Assim, os efeitos da revelia dispensam a produção de prova, restando tão somente matéria de direito para ser analisada. Logo, o caso de revelia constante do inciso II já estava contido no inciso I (desnecessidade de produção de outras provas).

Disposição parecida com esta, no Código de Processo Civil de 1973, gerou confusão e dificultava o entendimento sobre o julgamento no estado do processo e julgamento antecipado da lide. Pensavam alguns que o julgamento antecipado da lide se dava somente quando se julga-

va o mérito (o que era correto) e o julgamento no estado do processo quando se extinguiu o processo sem julgamento do mérito. Esse último entendimento era equivocado.

Com a nova redação do art. 354 do CPC/2015, a situação parece haver ficado mais clara, pois faz referência a qualquer das hipóteses dos artigos 485 e 487, sendo que este último trata de julgamento de mérito. Ficou agora bem nítido que o julgamento do estado do processo abrange as duas formas. É o gênero do qual as duas formas mencionadas são espécies. Tanto é julgamento no estado do processo a extinção do processo sem julgamento do mérito, como quando este é decidido. O chamado julgamento antecipado do pedido (que de antecipado nada tem)<sup>2</sup> é uma forma de julgamento no estado do processo.

A expressão julgamento no estado do processo deve ser entendida como nos casos em que o processo fornece elementos seguros para o juiz decidir como está, sem a necessidade de nenhuma outra providência, tanto para decidir o pedido (mérito) como para extinguir sem julgamento de mérito (pedido). Não há como separar o julgamento antecipado da lide, do julgamento no estado do processo, pois aquele é uma das espécies deste. Extinguindo o processo, com ou sem o julgamento do pedido (arts. 485 e 487 do CPC/2015), o caso é de julgamento no estado do processo. Isto é, no estado em que o processo se encontra.

#### **4.1 Julgamento antecipado parcial do mérito**

O artigo 356 do CPC/2015 apresenta como inovação a possibilidade de haver julgamento de mérito em relação a alguns pedidos quando existir mais de um pedido em cumulação no mesmo processo. Trata-se de novidade, porque o CPC/1973, em sua redação originária, não continha norma semelhante. Apenas com a Lei 10.444/02 é que se acrescentou o parágrafo sexto ao art. 273 do CPC/1973, surgindo norma assemelhada.

Diz o art. 356 que o juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados, ou parcela deles, (I) mostrar-se incontroverso ou (II) estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355. A intenção do legislador foi das melhores. Apenas a terminologia empregada é que parece não ter sido das mais felizes.

### 4.1.1 Julgamento parcial

A terminologia utilizada pelo legislador não parece ser a mais aconselhada. A frase “julgamento parcial” deve ser evitada, para impedir maiores problemas. Uma das maiores preocupações do jurisdicionado é evitar julgamento de forma parcial. A lei assegura a possibilidade de rejeição do julgador pelo jurisdicionado quando este for suspeito ou impedido, exatamente para evitar a parcialidade do julgador. Por isso é que se diz que a terminologia empregada no art. 356 do CPC/2015 não parece ser das melhores. É certo que abstraindo a forma terminológica inadequada, é possível entender o que o legislador quis dizer com a expressão “parcial”. Por óbvio não pode ser em referência ao julgador parcial nem em julgamento parcial.

Certamente, o legislador quis dizer em julgamento *por parte* (não parcial) quando existir mais de um pedido ou mais de uma questão a ser decidida. Isto no sentido de que é facultado ao juiz julgar um pedido antes de outro ou uma questão antes de outras. Será um julgamento por parte, mas não parcial, porque a imparcialidade é um dos requisitos de qualquer julgamento. Julgar por parte é diferente de julgamento parcial. O legislador poderia ser mais preciso e utilizar a palavra “julgamento por parte” ou “julgamento de parte da demanda”, ao se referir à demanda complexa, quando nela constar vários pedidos ou várias questões a serem decididas.

Em outras palavras, havendo vários pedidos ou várias questões a serem decididas, nada mais natural que se autorize ao juiz julgar um pedido antes de outro, ou uma questão antes de outra, conforme a desnecessidade de produção de outras provas. É aconselhável que se julgue antes dos outros o pedido ou a questão que trata apenas de matéria de direito ou que já conta com prova suficiente, podendo ser julgada antes de qualquer outra que ainda dependa de provas. Mas isso não implica julgamento parcial, senão apenas julgamento de parte da demanda. Essa parte (um pedido ou uma questão) deverá ser julgada imparcialmente e não parcialmente como diz a norma. Julga-se um pedido ou uma questão antes de outra, mas esse julgamento deverá ser completo e não incompleto (parcial).

### 4.1.2 Julgamento de mérito

Também o legislador não parece haver laborado com adequação terminológica ao falar em julgamento parcial de mérito. Como foi visto acima, julgamento algum poderá ser parcial, visto que a imparcialidade é requisito de qualquer julgamento. O que certamente quis o legislador é autorizar o julgamento por parte da demanda e não por parte do mérito, porque o mérito propriamente dito é incindível. O julgamento do mérito não pode ser dividido em partes, como meio mérito ou qualquer outra fração. O mérito somente pode ser julgado por inteiro.

A palavra “mérito” vem de merecimento, e quem merece deve fazer *jus* e não meio *jus*. Não se vê como alguém possa merecer e não merecer ao mesmo tempo, tomando-se por base o mesmo pedido. Quando o pedido é feito, o que se deve analisar é se o postulante tem ou não tem direito ao que se pede. Se quem pede merece ou não merece o que se pede. Assim, ao que se pensa, não se pode decidir o mérito parcialmente. Não pode haver meio merecedor.

Basta ver que o art. 356 fala em pedidos (no plural) e depois fala em parcelas deles. É certo que em havendo mais de um pedido, é possível o juiz julgar um deles antes dos outros. Para isso, basta que um ou mais pedidos não exijam outras provas. Parece certo é que o que serão julgados são os pedidos e, em caso de vários pedidos, pode-se julgar um ou alguns sem julgar naquele ato os demais. Todavia, o pedido que for julgado deve ser julgado por inteiro, ficando definido neste ato se o postulante tem ou não direito ao que se pede. Isto é, se merece ou não merece o que se pede. Nesta linha é que se afirma que não pode haver mérito parcial.

No parágrafo primeiro do art. 356, a lei fala que a decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida. O que pode ser líquida ou ilíquida é a obrigação constante do pedido que deve ser decidido por inteiro. O mérito nada tem a ver com liquidez ou iliquidez. Merece-se ou não se merece. Somente se pode pensar em liquidação de obrigação depois que esta é julgada por inteiro. Sem o julgamento por inteiro da obrigação, não se saberá quais serão os limites da liquidação.

Já o parágrafo segundo autoriza à parte liquidar ou executar a obrigação reconhecida na decisão que reconhece a obrigação. Para liquidar e executar uma obrigação há necessidade de se saber os seus limites. Na liquidação, pode não se saber os valores exatos, mas precisa saber os limites exatos do que se vai liquidar. Se for executar, então, a obrigação já deve ser líquida e, por assim dizer, obrigação certa, líquida e exigível, oriunda de um julgamento imparcial, não se podendo falar em execução de julgamento parcial.

### **4.1.3 Coisa julgada e decisão de antecipação do mérito**

O parágrafo terceiro do art. 356 do CPC/2015 afirma que, sendo caso de execução e havendo o trânsito em julgado da decisão, ela será realizada de forma definitiva. Mais uma vez, parece que o legislador não primou pela melhor redação. Ao falar em trânsito em julgado em parágrafo do artigo que trata do julgamento antecipado do mérito, pode gerar dúvida e até mesmo levar o intérprete a pensar que a decisão interlocutória que antecipa o julgamento de mérito poderá transitar em julgado. Todavia, parece não ser isso que a norma quer dizer.

A norma deste parágrafo diz apenas que, se no momento da execução já existir trânsito em julgado, a execução será de forma definitiva. Não parece dizer que a própria decisão de antecipação de julgamento de mérito transita em julgado. Ao falar em trânsito em julgado, parece que está a norma a se referir à sentença final que transitada em julgado será definitiva e, com isso, leva à definitividade também a decisão interlocutória, se com esta for compatível.

Assim, pode acontecer de a parte demorar o início da execução do julgamento antecipatório que é decisão interlocutória, e no momento em que visa a implementação da execução pode que já exista sentença com trânsito em julgado. Mas o trânsito somente pode ser da sentença final e não da decisão interlocutória de julgamento antecipado do mérito, porque esta não pode passar em julgado.

Como se sabe, o julgamento antecipado do mérito é realizado através de decisão interlocutória, tanto que a norma se utiliza da expressão “decisão” e, no parágrafo quinto, afirma que eventual recurso será na

modalidade de agravo de instrumento. O agravo de instrumento é recurso próprio de decisão interlocutória, considerada aquela que não encerra o processo. Exatamente por não encerrar o processo, a decisão não pode transitar em julgado.

#### 4.1.4 Impossibilidade de a decisão transitar em julgado

Como dito acima, o trânsito em julgado é instituto próprio do julgamento final do processo (sentença ou acórdão), não tendo aplicação para os casos de decisão interlocutória<sup>3</sup>. Não tem aplicação por uma razão muito simples: o trânsito em julgado resulta em impossibilidade de reapreciação do julgado, o que não ocorre com a decisão interlocutória, porque esta sempre estará sujeita à revisão ou reapreciação enquanto o processo não for extinto com sentença ou acórdão final (art. 485, § 3º, do CPC/2015). A coisa julgada somente se firma depois de julgados os pedidos e de extinto o processo<sup>4</sup>. Com acerto, o parágrafo primeiro do art. 357 fala em decisão estável e não em coisa julgada. Diz que após decorrido o prazo de dias do saneamento do processo, sem manifestação das partes a decisão fica estável. Fica estável e não imodificável, pois coisa julgada inexistente no caso.

Imagine-se uma decisão interlocutória determinando a antecipação de certo pagamento e depois em sentença final julga-se totalmente improcedente a ação, ou, até mesmo, ocorra extinção do processo sem julgamento de mérito por ilegitimidade de parte (art. 485, VI e § 3º, do CPC/2015), ou seja, depois de extinto o processo sem julgamento de mérito por falta de qualquer pressuposto processual (art. 485, IV e § 3º, do CPC/2015). Ainda, quando ao final se reconhece a ocorrência de prescrição (art. 487, II, do CPC/2015). Nestes casos a decisão interlocutória, ainda que irrecorrida, desaparece por força do julgamento final. São casos em que, mesmo que a decisão não seja recorrida, ela não transita em julgado<sup>5</sup>, fica somente sujeita à preclusão recursal, mas pode ser alterada a qualquer momento até o final do processo, em caso de se tratar de matéria de interesse público e imprecluível.

Enquanto o processo estiver em aberto, tudo o que foi decidido intermediariamente pode ser revisto e alterado, por força da incoerência

de preclusão de matéria de ordem pública<sup>6</sup>. Basta ver que até mesmo depois de proferida sentença final, em havendo recurso da sentença ou do acórdão, ainda que sem alegação das partes, o decidido na interlocutória pode ser desfeito em razão do efeito translativo<sup>7</sup>, bem como, e até mesmo, por força do efeito extensivo dos recursos<sup>8</sup>. O efeito extensivo do recurso de uma parte permite que se reconheça a prescrição a favor de outra que não tenha recorrido<sup>9</sup>.

Mesmo que ocorra decisão antecipada do mérito, seja esta parcial ou não, uma vez que o processo não é extinto com esta decisão, ela se caracteriza como interlocutória e o processo continua, podendo o juiz apreciar as questões de ordem pública a qualquer momento, a pedido ou mesmo de ofício.

Ainda que ocorra a figura da preclusão em relação ao recurso de determinada parte, mas se outro recurso for interposto pela mesma ou outra parte, tudo o que antes fora julgado poderá ser alterado por força do recurso que conduza o efeito translativo. Exemplo disto pode ser encontrado para o caso em que o tribunal se depare com a falta de condição da ação ou de pressuposto processual de validade ou de existência do processo, prescrição ou até mesmo de outra qualquer matéria de ordem pública.

#### **4.1.5 Diferença entre preclusão e coisa julgada**

Não parece que a norma do parágrafo 3º do art. 356 do CPC/2015 tenha pretendido dizer que a decisão interlocutória que julga antecipadamente o mérito produz coisa julgada. A referência à coisa julgada serve para os casos em que já exista julgamento final com trânsito em julgado. Mas, se assim não for, o legislador laborou em insuperável equívoco. Isso porque a decisão interlocutória não passa em julgado, sendo alcançada somente pela preclusão e não pela coisa julgada. Por isso, é extremamente importante conhecer a diferença entre preclusão e coisa julgada.

Talvez o que mais tem provocado o equívoco na interpretação da coisa julgada seja a confusão que continuamente se faz entre esta e a preclusão recursal. A preclusão é instituto que tem aplicação interna no

processo e se refere apenas a determinado ato. É a perda da oportunidade de praticar o ato dentro do processo. A coisa julgada se dá fora do processo e depois que este é extinto. Aplica-se em confronto com outro processo que reconduza a mesma ação. A preclusão somente é aplicável dentro daquele processo onde o ato deveria ser praticado e não o foi.

A coisa julgada impede novo julgamento em outro processo, seja a pedido ou mesmo de ofício. Quando ocorrente a coisa julgada nem mesmo as questões de ordem pública poderão ser apreciadas em outro processo. A preclusão impede a prática do ato omitido somente dentro daquele processo, mas não impede que ato semelhante seja praticado em outro processo, nem mesmo que ocorra novo julgamento de ques-

**Quando ocorrente a coisa julgada, nem mesmo as questões de ordem pública poderão ser apreciadas em outro processo**

tão de ordem pública na forma do art. 485, § 3º, do CPC/2015.

A preclusão recai sobre o ato a ser praticado no processo e pode atingir apenas uma das partes. A coisa julgada recai sobre o processo como um todo e não pode atingir somente uma das partes. Quando se dá a coisa julgada, ela o será para todas as partes no processo, não se podendo falar que passou em julgado o capítulo “a” ou o “b”, bem como não se pode falar em trânsito em julgado para o autor ou para o réu isoladamente<sup>10</sup>.

A coisa julgada se dá, de regra<sup>11</sup>, quando nenhum recurso mais é possível no processo. A preclusão se dá quando um ato isolado no processo não mais poderá ser praticado, mas outros poderão sê-los no mesmo processo e pela mesma parte. A preclusão impede a prática do ato dentro daquele processo; a coisa julgada impede novo julgamento da causa em outro processo.

Portanto, é de se imaginar que a referência feita ao trânsito em julgado constante do art. 356, § 3º, do CPC/2015 não está pretendendo dizer que a decisão interlocutória que julga antecipadamente o mérito em relação a um ou mais pedidos (sem finalizar o processo) alcança o trânsito em julgado. Mas, se esta foi a intenção do legislador, o equívoco é evidente e a doutrina e a jurisprudência por certo haverão de ditar o rumo que a interpretação e a aplicação desta norma deva seguir.

## 5. Saneamento e organização do processo

O saneamento do processo, a rigor, deve ter cabimento em todas as modalidades de processo e procedimento, eis que, sempre que o juiz determinar a emenda ou o aditamento da petição inicial, juntada de documentos necessários, citação de litisconsórcio necessário, estar-se-á diante de um ato tendente ao saneamento. Isto porque visa corrigir a falha do processo. Mas o saneamento em sentido estrito (art. 357 do CPC/2015) deve ter lugar nos processos com procedimento comum (art. 318 do CPC/2015) e, subsidiariamente, nos demais procedimentos especiais e no processo de execução, conforme dispõe o art. 318, parágrafo único, do CPC/2015.

No saneamento deve o juiz, quando existentes questões pendentes, resolvê-las naquele momento (art. 357, I); deve também delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, deixando claro para as partes quais os meios de provas que serão admitidos (art. 357, II). Diz a lei que ainda deve o juiz definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373, *caput*, bem como seu parágrafo primeiro (art. 357, III); delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito (art. 357, IV) e, quando for necessário, desde logo já designar audiência de instrução e julgamento (art. 357, V e § 3º), concedendo às partes o prazo de quinze dias para o arrolamento de testemunhas, caso seja necessária prova desta modalidade (art. 357, § 4º).

Interessante é a norma do parágrafo 2º do art. 357 do CPC/2015, sem precedente na legislação anterior, permitindo que as partes se antecipem ao juiz e elas mesmas em comum acordo delimitem as questões de fato (art. 357, II) e as questões de direito (art. 357, IV). É uma previsão benéfica para as partes, que, chegando a um consenso, lavram o acordo e o submetem ao juiz para homologação.

O grande avanço está em que, uma vez homologado este acordo, ficam delimitadas as questões de fato e de direito, de forma que as partes não podem voltar atrás. As partes e o juiz ficam vinculados ao que foi disposto no acordo, não se permitindo alteração por vontade das partes nem por iniciativa do juiz. Ressalvam-se apenas os casos em que ocorram vícios que possam levar à nulidade do acordo.

No entanto, a norma não faz referência aos casos de questões de fato ou de direito indisponíveis, o que parece que nessas hipóteses não poderá haver o acordo mencionado. Isto porque as questões de fato que se relacionam a direito indisponível não podem ser objeto de confissão, e assim sendo, ao que se pensa, também não poderão ser objeto de acordo probatório.

### **5.1 A questão da distribuição do ônus da prova**

O art. 357, III, do CPC/2015 volta a pôr fogo na questão da distribuição do ônus prova com uma redação um tanto duvidosa. Não parece que esta norma quis alterar a natureza da inversão ou distribuição do ônus da prova, que sempre foi considerada como norma de julgamento e não de instrução<sup>12</sup>. Mas uma interpretação apressada pode chegar a esta terrível conclusão.

O que parece é que a norma não quis alterar a natureza de julgamento da distribuição e da inversão do ônus da prova, apenas impor ao juiz uma obrigação de esclarecimento, no momento do saneamento, a quem incumbe o ônus da prova na forma e nos casos do art. 373 do CPC/2015. A norma do art. 357, III, do CPC/2015, ao se referir ao art. 373, não parece estar alterando a norma sobre prova. Ao contrário, mais parece estar confirmando a norma do art. 373, que já estabelece o ônus da prova. Ao falar em distribuição do ônus prova, observado o art. 373, fica a impressão de que se trata de deferimento de produção de prova para cada parte e não uma distribuição propriamente dita. Parece que a norma quis se referir à legitimidade para pedir e produzir a prova, na forma do art. 373 do CPC, e não uma distribuição diferente da prevista na norma.

A distribuição e a inversão do ônus da prova não devem ocorrer no momento do saneamento<sup>13</sup> pois trata-se de norma de julgamento que deve ser verificada na sentença<sup>14</sup>. A norma do art. 357, III, ao que se entende, apenas quis que o juiz deferisse pedido de prova a quem tem o ônus de prová-la e não inverter o ônus da prova, porque esta matéria somente pode ser verificada no julgamento final e não em fase de saneamento.

## 6. Natureza do saneamento

O saneamento do processo, como foi visto, não se prende a um único ato, como despacho, mas abrange decisões e sentença. Enquanto estiver no momento das providências preliminares, em regra se apresenta em despachos ordenatórios, que são aqueles que determinam ou ordenam a prática de algum ato para que se limpe o vício do processo e ele possa retomar o trâmite normal. Quando já estiver no momento do julgamento conforme o estado do processo (art. 354 do CPC/2015), a solução poderá ser a extinção sem o julgamento de mérito (art. 485) e a extinção com julgamento do mérito (art. 487), sendo em ambos os casos atos decisórios, consubstanciados em sentença, porque põem fim ao processo<sup>15</sup>. Mas, se o processo for considerado em ordem com a rejeição das preliminares apresentadas, quanto aos pressupostos e às condições da ação, tem-se uma decisão interlocutória, porque o processo continua.

Desta forma pode-se dizer que o saneamento do processo tem natureza complexa, que varia entre atos ordinatórios e decisórios. Por isso Marcos Afonso Borges, ao tratar do assunto no sistema anterior, expressou: “Pelo atual sistema processual, poderá o juiz no momento do saneamento do processo: a) julgar extinto o processo com ou sem julgamento de mérito; b) conhecer diretamente do pedido e proferir julgamento antecipado da lide; ou c) não verificando nenhuma das hipóteses anteriores, proferir despacho deferindo as provas e designando data para audiência de instrução e julgamento” (*Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 24, p. 214). O saneamento vai variar de ato para ato, podendo ser despacho ordinatório, decisão interlocutória ou sentença, por isso é que se fala que tem a natureza complexa.

## 7. Objeto do saneamento

Falando sobre o objeto do saneamento, Galeno Lacerda afirmou que “tem por objeto, cm princípio, verificar a legitimidade da relação processual, compreendidas as condições da ação. Se o fim do despacho é

desimpedir o caminho para a instrução da causa, seu objeto, certamente, há de ser o exame da legitimidade da relação processual. Incluímos aqui o que a doutrina convencionou chamar pressupostos processuais e condições da ação”<sup>16</sup>.

Depreende-se do que ficou anotado que o objeto do saneamento é sanear, limpar, sanar vícios, desimpedir o caminho (no dizer de Galeno Lacerda) etc., tudo isso voltado a uma só coisa: deixar o processo em ordem para seguir até a solução do mérito da causa. Para deixar o processo livre de vícios e embaraços que, se existentes, impedem o julgamento do mérito, o saneamento visa a verificação da existência de eventual vício e, em caso positivo, vai procurar saná-lo quando possível, determinando às partes que diligenciem o que for necessário para a regularização (art. 485, § 1º, do CPC/2015).

Neste momento o juiz vai verificar a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, objetivando escoimar quaisquer vícios com relação aos pressupostos processuais, para o prosseguimento normal do processo ou extinção do processo quando ausentes uma das condições da ação. Havendo vícios ou ausência de pressuposto, na maior parte dos casos é possível a correção, e o juiz determinará providências neste sentido. Somente quando for impossível a correção, ou quando possível mas não providenciada a tempo pela parte interessada, é que proferirá sentença extinguindo o processo. *Verbi gratia*, quando não corrigido o vício ou defeito de representação (arts. 76 e 485, § 1º, do CPC/2015) no prazo, ou quando esta sanação já se demonstra desde logo impossível (perempção, litispendência e coisa julgada), bem como nos casos de ausência das condições da ação em que o processo será necessariamente extinto por carência da ação.

Assim, o objeto primacial do saneamento é verificar se estão presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, extinguindo o processo quando impossível a correção dos vícios e corrigindo-os quando possível para determinar o prosseguimento de um processo limpo e apto a chegar-se à solução de mérito com respeito à justiça e à ordem jurídica justa.

## 8. Conteúdo do saneamento

O artigo 357 do CPC/2015 procurou descrever o que deve conter o saneamento do processo, visando oferecer uma relação ampla do que deve o juiz fazer neste momento. Contudo, como nem sempre é possível a norma esgotar o conteúdo, fica em aberto a possibilidade de o juiz tomar outras medidas quando entender que são necessárias diante das circunstâncias de cada caso corrente.

### 8.1 Natureza do ato do juiz

No desempenho da atividade saneadora, o juiz poderá praticar diversos atos, variando conforme a situação se apresenta no momento. Assim, o ato saneador pode ser despacho, decisão, sentença ou acórdão.

**a) Despacho ordinatório** – Isto acontece quando o processo contiver vício que precisa ser corrigido e o juiz determina (ordena) essa correção ou, quando inexistir vício, declara saneado o processo e determina a especificação de prova e marca audiência. Trata-se de despacho apenas ordinatório porque está dando ordem, determinando que as partes pratiquem esse ou aquele ato processual, mas nada está decidido.

**b) Decisão interlocutória** – Há casos em que, mais do que um simples despacho ordinatório, o saneamento apresenta decisão interlocutória. Aqui já se trata de decisão ou ato decisório, que pode causar prejuízo ao interessado, por isso já se abrem as portas da via recursal. Assim é quando, no saneamento, o juiz rejeita preliminares arguidas pelo réu em relação ao autor ou do autor em relação ao réu. Ao rejeitar as preliminares, o juiz está decidindo interlocutoriamente. Excluindo algum pedido ou alguma das partes litisconsortes, estará decidindo incidentalmente. Ao acolher ou rejeitar a produção de determinada prova, está praticando ato decisório.

**c) Sentença terminativa** – Quando o juiz acolher a alegação do réu de falta de pressupostos ou de condições da ação, ele extingue o processo sem julgamento do mérito (art. 485 do CPC/2015). O juiz, ao perceber que não foram cumpridos os pressupostos processuais e que nem mais poderão ser cumpridos em razão da preclusão ou da impos-

sibilidade de cumprimento, bem como da ausência das condições da ação, estando incorrigível, não lhe restará outra solução que não a extinção do processo sem julgamento do mérito.

A extinção do processo por falta de pressupostos processuais ou das condições da ação, por não apreciar o mérito, será um ato decisório, consubstanciado em sentença terminativa (art. 485 do CPC/2015).

**d) Sentença definitiva** – Ao contrário da sentença terminativa que encerra o processo sem decidir o mérito, a sentença definitiva julga o mérito e não mais permite voltarem as partes a discutir a mesma causa (art. 487 do CPC/2015). Nesses casos, a sentença de mérito é proferida no próprio momento do saneamento, por duas razões muito óbvias: a) *primeira*: a questão não exige prova por ser apenas de direito ou, sendo de direito e de fato, este já estiver provado nos autos e por isso dispensar outras provas; b) *segunda*: porque desnecessária será a continuação do processo com perda de tempo e dinheiro se o mérito já pode ser julgado desde logo. Assim, toda vez que puder julgar o mérito imediatamente, não se vê razão para não fazê-lo, mesmo porque autorizado por lei, como se vê no art. 354, ao se referir ao art. 487, II e III, e também no art. 355 do CPC/2015.

**e) Acórdão** – Nas causas originárias que têm início diretamente nos tribunais, estes também desenvolvem as atividades saneadoras similares às que ocorrem em primeira instância.

## 9. Efeitos do saneamento

Os efeitos do saneamento poderão ser vistos por dois ângulos distintos: o primeiro sob o ponto de vista do conteúdo do ato praticado, que poderá ser ordinatório, constitutivo e declaratório; o segundo sob o ponto de vista da alterabilidade ou imutabilidade do ato praticado.

### 9.1 Efeitos quanto ao conteúdo

Este aspecto já foi visto no número anterior, e por isso remetemos o leitor àquele, para evitar-se repetição inútil. Falamos lá que, quanto aos

efeitos do conteúdo do ato praticado, ele será ordinatório, constitutivo e declaratório.

No que diz respeito aos efeitos quanto ao conteúdo dos atos praticados no saneamento, pode-se classificá-los da seguinte forma:

a) *Ordinatório* – Como já foi visto, são os atos que apenas ordenam a prática de outro ato ou cumprimento de alguma diligência.

b) *Constitutivo* – Enquanto o despacho ordinatório nada declara e nada constitui, outros atos do juiz existem que, se praticados no saneamento, vêm mudar a situação anterior e, por isso, são denominados de constitutivo, porque constitui algo novo ou desconstitui algo até então existente (constitutividade negativa). Assim se dá quando o juiz, acolhendo as preliminares de falta de pressuposto incorrigível ou de falta de condições da ação, põe termo ao processo sem julgamento de mérito. É constitutivo negativo, porque a relação processual se extinguiu. Segundo os ensinamentos de Galeno Lacerda, quando o juiz ordenar diligências saneadoras, este ato também terá feição constitutiva, pois modifica o curso do processo.

c) *Declaratório* – Casos existem em que o saneamento apresenta conteúdo de efeito declaratório. É o que se dá quando o juiz declara pura e simplesmente que o processo nada exige a ser saneado ou quando declara que já fora saneado, de forma genérica. Especificamente, a decisão que rejeita as alegações de ausência de pressupostos ou de condições da ação nada mais é do que um ato declaratório da existência dos pressupostos processuais ou das condições da ação.

## 9.2 Efeitos quanto à alterabilidade e à imutabilidade

Ao contrário do despacho ordinatório, em que não incide a preclusão, existem atos decisórios que serão atingidos pela preclusão ou pela coisa julgada, conforme seja a natureza deste ato. Neste ponto devem ser estudadas a coisa julgada e a preclusão em relação aos atos praticados no saneamento.

## 10. Coisa julgada

No direito brasileiro a coisa julgada ficou reservada para os julgamentos que põem fim ao processo, seja decidindo-o pelo mérito, seja ex-

tinguindo-se sem o julgamento de mérito. Os atos decisórios que põem fim ao processo chamam-se sentença<sup>17</sup> e somente esta está sujeita à coisa julgada. Coisa julgada é a qualidade que adere à sentença tornando-a imutável, quando contra ela não mais puder ser oferecido recurso. A sentença se torna imutável e qualificada pela coisa julgada sempre que não se apresentou recurso no momento oportuno ou, se apresentado, este já fora decidido. Toda vez que ao sanear o juiz extinguir o processo, o ato que está praticando é uma sentença, seja apenas extinguindo o processo sem julgamento do mérito (art. 485 do CPC/2015) ou quando decidir o mérito da ação (arts. 487 do CPC/2015). Neste caso, o interessado poderá interpor recurso de apelação. Todavia, se não recorrer, ou se recorrer mas a sentença for confirmada em grau de recurso, haverá coisa julgada, adquirindo o acórdão que substitui a sentença (art. 1.008 do CPC/2015) a qualidade de coisa julgada e, em razão disso, os efeitos da imutabilidade (art. 502 do CPC/2015).

Havendo sentença, mesmo que esta seja proferida por ocasião do saneamento (arts. 485 e 487 do CPC/2015), somente o recurso do interessado é que evitará o trânsito em julgado da sentença e com isso a sua imutabilidade. Não havendo recurso no momento oportuno, a sentença imediatamente adquire a qualidade de coisa julgada e, por conseguinte, os efeitos da imutabilidade; isto é, não mais poderá ser mudada.

### **10.1 Coisa julgada material**

Qualquer que seja o fundamento e a disposição da sentença, ela fará sempre coisa julgada. Todavia, dependendo do que foi decidido, a coisa julgada poderá ser material ou formal.

A coisa julgada material é a qualidade que se agrega à sentença que julga ação pelo mérito. Aquela que julga o pedido. Julga-se a matéria, a lide, o litígio que está em questão e que serviu de fundamento para a demanda. Havendo o julgamento daquilo que fundamentou a demanda, tem-se o julgamento de mérito e a sentença, ao ultrapassar todas as oportunidades de recurso, se torna definitiva, não somente em relação a este processo, mas definitivamente em relação a qualquer outro, eis que decidiu o fundamento da lide e este não pode ser renovado. Isto é a

coisa julgada material. Julga-se a matéria e não o processo, por isso não se pode mais renovar o assunto nem mesmo em outro processo. É a matéria que foi julgada que se torna atingida pela sentença imutável e por isso chama-se coisa julgada material. A coisa julgada material, por ser qualidade que se junta à sentença que julga o mérito (pedido, matéria, lide, litígio etc.), extravasa do processo em que foi a sentença proferida e afeta causa que não mais poderá ser posta novamente em discussão.

Exemplos dessa espécie ocorrem quando no saneador o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição e extinguir o processo com base no art. 487, II, do CPC/2015, que é julgamento de mérito.

Também quando o juiz acolher a alegação de pagamento e extinguir a ação de cobrança por entender que a dívida já está paga. Ainda quando o juiz diz pela procedência do pedido em caso em que esteja devidamente provado por documentos e estes não são impugnados pelo réu.

Em todas essas situações, há julgamento de mérito e as partes não mais poderão voltar à discussão, seja no mesmo processo, seja em outro, porque à sentença se agregou a qualidade de coisa julgada material. Ressalvam-se as hipóteses especialíssimas de cabimento de ação rescisória, caso em que o julgado anterior pode ser rescindido e outro proferido em seu lugar (art. 966 do CPC/2015).

## 10.2 Coisa julgada formal

Outro efeito que atinge a sentença é o da coisa julgada formal, qualidade da sentença que extingue o processo sem julgamento do mérito. Ficou expresso no item anterior que em caso de julgamento do mérito a sentença adquire a qualidade de coisa julgada material e a lide (mérito) não mais pode ser discutida no mesmo nem em outro processo. Neste ponto, diferente é a coisa julgada formal, qualidade que se agrega à sentença e não se permite discutir a mesma lide no mesmo processo que foi extinto, mas, de regra, podem as partes voltar a rediscutir a questão em outro processo<sup>18</sup>.

Tanto a sentença que decide o mérito quanto aquela que não decide o mérito, após ultrapassada a oportunidade recursal, adquirem a qualidade de coisa julgada formal e a questão não pode ser discutida

novamente no mesmo processo. Contudo, em se tratando de decisão que não julgou o mérito, a coisa julgada será apenas formal. Mas, se a sentença houver julgado o mérito, aí, além da coisa julgada formal (comum a todas as sentenças), ela passa a ter também a qualidade de coisa julgada material (somente quando se julga o mérito).

Exemplos de sentenças que não decidem o mérito da questão podem ser encontrados no art. 485 do CPC/2015, entre outros, especificamente quando se extingue a ação por falta de pressupostos ou de condições da ação. Assim, quando o processo é extinto por falta de legitimidade, interesse processual, bem como por ausência de qualquer pressuposto processual, tal qual a falta de personalidade jurídica ou judiciária, capacidade de agir, capacidade postulatória etc., nesses casos o ato judicial é uma sentença terminativa do processo sem julgamento da lide, que, de regra, poderá ser renovada em outro processo. Por isso é chamada de coisa julgada formal, porque no mesmo processo não mais pode ser rediscutida a questão, mas as partes poderão fazê-lo em outro processo, ressalvadas algumas exceções que inviabilizam a repetição da ação<sup>19</sup>.

## 11. Preclusão

Este, talvez, seja um dos efeitos mais marcantes e tormentosos do saneamento do processo. Distinguir em quais situações ocorre a preclusão e quais as que não são atingidas por ela é realmente tarefa não muito fácil. Prova disso é a grande divergência existente entre os doutrinadores.

Preclusão, a rigor, é a perda da faculdade da prática de um ato processual, por não havê-la exercido no momento oportuno. Deste modo até parece estranho falar-se em preclusão do saneamento, pois quem saneia é o juiz e não se vê como poderia ele (juiz) deixar de praticar algum ato ou perder a oportunidade para tal. Mas não é bem isso o que acontece. Em vez de a preclusão ser do saneamento, o que ocorre são os efeitos preclusivos das decisões tomadas no saneamento.

Fala-se que o simples despacho ordinatório não gera efeito preclusivo e que a sentença que põe fim ao processo, seja pelo mérito ou sem o mérito, será agregada da qualidade de coisa julgada e não preclusão

propriamente dita. A preclusão somente pode ocorrer de atos decisórios e, mesmo assim, daqueles atos que não ponham fim ao processo, que a lei preferiu chamá-los de decisão e a doutrina acrescentou os qualificativos de interlocutória ou incidental. Assim o ato decisório que julga questão incidente durante o saneamento é uma decisão interlocutória, e está sujeita aos efeitos preclusivos com relação à rediscussão da questão apreciada.

As decisões proferidas no saneamento comportam recurso de agravo de instrumento, e se a parte interessada não o apresentar no momento oportuno, não mais poderá fazê-lo em virtude da preclusão recursal que se instalará. É o que ocorre, por exemplo, quando juiz rejeita a reconvenção e determina o prosseguimento do processo principal. Há uma decisão interlocutória, e se não houver recurso do réu no momento próprio ocorrerá a preclusão recursal e não mais poderá fazê-lo.

Não mais poderá apresentar recurso nem mesmo reclamar por outro meio do não prosseguimento da reconvenção. O mesmo se dá se houver alegação de não cabimento da reconvenção e o juiz rejeitar essa alegação e determinar o seu prosseguimento. Também se o juiz rejeitar determinada modalidade de prova ocorrerá preclusão, se não houver recurso no momento oportuno. É decisão interlocutória a que exclui algum litisconsorte e manda prosseguir a ação com os demais. Quando se afasta algum pedido por impossível ou incompatível e manda prosseguir o processo com relação aos outros pedidos. Da mesma forma, quando se rejeita a alegação de falta de pressupostos e condições da ação em que a parte interessada poderá recorrer através de agravo de instrumento, mas se não o fizer no momento oportuno não mais poderá fazê-lo em razão da preclusão recursal.

É bom que fique claro que, toda vez que houver decisão interlocutória, isto é, aquela que não extingue o processo, o recurso quando cabível é o de agravo de instrumento, que se não apresentado no momento oportuno será atingido pela preclusão. Isto é, a parte vencida que pode

**Se o juiz rejeitar determinada modalidade de prova ocorrerá preclusão, se não houver recurso no momento oportuno**

apresentar o recurso, caso não o faça no momento oportuno, não mais poderá fazê-lo porque ficará impedida pela preclusão recursal. Em regra, toda vez que uma decisão interlocutória restou sem recurso oportuno, será ela atingida pelos efeitos preclusos, que se irradiam da preclusão recursal. Mas esta é a regra; nada obsta a existência de exceções, como serão vistas a seguir.

### **11.1 Preclusão recursal**

Como ficou assentado acima, a preclusão recursal é a perda da oportunidade de apresentar recurso no momento oportuno e, por isso, não mais poder apresentá-lo. O que se perde é a oportunidade de recorrer, utilizando-se do recurso adequado e percorrendo os seus trâmites legais. A questão decidida não mais poderá ser posta em discussão através de recurso. A preclusão é recursal por não mais comportar o recurso. O que se preclui é o recurso, e não a questão decidida que seria rediscutida no recurso, como pensam muitos. A questão decidida é atingida em regra pela irradiação dos efeitos preclusivos da preclusão recursal, mas entre a preclusão recursal e os efeitos desta preclusão que atinge a questão decidida existe diferença. Uma coisa é a preclusão recursal e outra é a irradiação de seus efeitos à questão decidida. Às vezes ocorre a preclusão recursal, mas os efeitos preclusivos não são irradiados para a questão decidida. Neste caso, o que não cabe mais é o recurso, mas a questão não sofre os efeitos da preclusão e pode ser reapreciada pelo juiz.

A preclusão é um efeito que se agrega ao recurso, mas não se irradia às questões que podem ser apreciadas e reapreciadas sem recurso, *v. g.*, art. 485, § 3º, do CPC/2015.

#### **11.1.1 Efeitos da preclusão recursal**

A preclusão recursal já é, por si só, um efeito que impede a propositura do recurso que não se apresentou em momento oportuno. Outro efeito da ausência de recurso é a imutabilidade da questão decidida quando sujeita à preclusão.

Uma vez decidida uma questão no despacho saneador, não mais poderão as partes voltar a discuti-la (art. 507 do CPC/2015), operando-se com relação a essa questão os efeitos preclusivos e com isso adquirindo esta decisão a qualidade de imutável.

Por isso Calmon de Passos, na esteira de pensamento de outros doutrinadores de igual porte, sempre se referindo ao sistema anterior, assim resumiu a situação: “A interlocutória não pode ser modificada pelo juiz nos seguintes casos: a) se recorrível e o recurso não foi interposto; b) se recorrida, foi confirmada pela instância superior; c) se, embora não recorrível, o processo, tendo continuado a sua marcha, atingiu uma situação incompatível com a modificação da decisão”<sup>20</sup>.

Como em nossa sistemática processual (CPC/2015) nem todos os atos decisórios são recorríveis, à luz do art. 1.015 do CPC/2015, a ausência de recurso oportunamente não ensejará a preclusão da matéria, que pode ser revista até o final do processo. Somente nos casos arrolados no art. 1.015, I a XIII, do CPC há previsão de recurso de agravo – é que a ausência do recurso oportunamente vai gerar a preclusão recursal e, por via de consequência, a irradiação dos efeitos desta preclusão à questão que não mais poderá ser discutida.

Também, se interposto o recurso e o mesmo não for acolhido, os efeitos preclusivos da questão julgada se instala a ponto dela não mais poder ser discutida nos mesmos autos. É de se notar que a preclusão recursal somente ocorre nos casos em que é cabível o recurso, porque naqueles casos em que não é cabível recurso, não pode haver preclusão recursal. Por exemplo, o mero despacho ordinatório não está sujeito a recurso e, assim, também não está sujeito à imutabilidade e, por isso, está fora do alcance da preclusão e da coisa julgada. Diz-se que ele é imprecluível ou não atingido pela preclusão.

### **11.1.2 Inocorrência dos efeitos preclusivos**

Falou-se acima que não se pode confundir a preclusão recursal com os efeitos preclusivos que recaiam sobre a questão decidida. São coisas distintas e a seguir procurar-se-á esclarecer melhor o problema.

Quando o interessado apresenta recurso no momento oportuno, a questão decidida e impugnada fica submetida a novo julgamento. Mas,

se não houver o recurso adequado, oportunamente ocorrerá a preclusão recursal e por via de consequência os efeitos desta se irradiam à questão decidida, cuja solução se torna imutável. Essa é a regra (arts. 505 e 507 do CPC/2015), que, todavia, comporta exceção (art. 485, § 3º). O legislador pátrio, segundo a velha teoria de que toda exceção deve ser expressa, abriu expressamente as exceções previstas no art. 485, § 3º, ao dispor que o juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

Nos casos dos incisos IV, V, VI e IX do art. 485 do CPC/2015, não ocorrem os efeitos preclusivos com relação à questão decidida, muito embora ocorra a preclusão recursal. O que se quer dizer com isso é que, se no saneador o juiz deu por presente os pressupostos processuais e as condições da ação, rejeitando implícita ou expressamente as preliminares arguidas pela parte interessada, cabe a esta, se quiser ver a questão sob novo julgamento, apresentar recurso de agravo de instrumento no momento oportuno e na forma prevista em lei. Não havendo a interposição do recurso oportunamente, perde a parte interessada o direito de interpô-lo. Isto é, preclui o ato de recorrer. Não mais poderá recorrer em razão da preclusão do recurso. Todavia, por exceção expressa em lei, apesar da preclusão do recurso, seus efeitos não se irradiam à questão decidida, que poderá ser revista a qualquer momento em primeira instância antes de proferida a sentença ou pelo tribunal em caso de recurso, porquanto não se operou o trânsito em julgado, não havendo de se falar em coisa julgada (art. 485, § 3º).

A parte não mais poderá reclamar nova apreciação através de recurso outro, porque não interpôs o apropriado no momento oportuno, mas poderá por simples manifestação nos autos solicitar nova apreciação, conforme entende Moacyr Amaral Santos (*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 252).

Para esse autor, a declaração no saneador de que o processo está saneado não faz preclusão quando, por exemplo, explícita ou implicitamente decide não ser necessária a intervenção do Ministério Público, nos casos em que esta é obrigatória. Reconhecendo mais tarde que ela o é, o juiz, seja o de primeiro grau, sejam juízes de apelação, poderá e

deverá mandar que o órgão do MP seja intimado e se manifeste (*op. cit.*, p. 252).

Não ocorrerão os efeitos preclusivos da decisão que no saneador der pela citação válida, porém mais tarde, percebendo que ela inexistiu ou foi inválida, o juiz pode reconhecer esse vício e anular o processo. Também a decisão no saneamento que reconhecer a capacidade da parte não gera efeito preclusivo à questão, pois o juiz a qualquer momento, percebendo que se equivocou na decisão, poderá reconhecer essa incapacidade, seja pela menoridade, seja pela saúde mental etc. e modificar o decidido.

Com relação à legitimidade da parte, a situação é igual: em caso de ser reconhecida no saneador a legitimidade de parte de alguém para pleitear como sucessor, se mais tarde o juiz perceber que aquele que pleiteia não é sucessor e, por isso, não tem legitimidade, poderá decidir a questão novamente. Assim também com relação à incompetência absoluta: se o juiz se der por competente e mais tarde verificar que errou ao decidir pela competência do juízo ou foro, poderá rever a sua posição e declarar a incompetência.

São essas algumas das exceções, em que, apesar da preclusão recursal, os efeitos desta não se irradiam para atingir a questão que fora decidida, e com isso incorrentes serão os efeitos preclusivos da decisão. A preclusão recursal impede a propositura de recurso tardio, mas não impede que as matérias não sujeitas à preclusão sejam revistas a pedido ou de ofício.

## 11.2 Explicação do fenômeno

Galeno Lacerda, defensor imbatível da teoria da inocorrência dos efeitos preclusivos, em passagem lapidar, deixou a seguinte exposição: “Verifica-se, portanto, que a mecanização do processo, através de termos rígidos, evitados do automatismo das preclusões; o amor à forma, em detrimento da substância e da finalidade do ato, constituem manifestações de um direito pouco evoluído” (*Despacho Saneador*, 2. ed. 1985, p. 155-6.).

O mesmo autor, após apresentar uma esquematização das nulidades processuais em absolutas, por infração de norma de interesse público,

relativas, por infração de norma imperativa, protetora de interesse da parte, e anulabilidades, por infração de norma dispositiva em relação à parte, acaba por concluir: “Se o juiz conserva a jurisdição, para ele não preclui a faculdade de reexaminar a questão julgada, desde que ela escape à disposição da parte, por emanar de norma processual imperativa” (*op. cit.*, p. 160-1).

Partindo-se desse ponto de vista, chegou o autor a afirmar que a preclusão recursal somente irradia seus efeitos à decisão no curso do processo quando a questão decidida está em dependência da disponibilidade da parte. Sendo indisponível a questão, a ausência não impe-

**A preclusão recursal impede a propositura de recurso tardio, mas não impede que as matérias não sujeitas à preclusão sejam revistas a pedido ou de ofício**

de o reexame pelo juiz. Sendo disponível, a falta de recurso representa aceitação tácita da parte e, com isso, os efeitos preclusivos atingem não só as partes, mas também ao juiz, que não mais poderá reapreciar a questão que já decidiu e com a qual a parte concordou, ainda que tacitamente. O mesmo autor, ao elaborar um quadro esquemático dos efeitos preclusivos do saneador, nele inseriu o seguinte: “Não terá efeito preclusivo; a) quando se pronunciar sobre nulidade absoluta ou relativa, exceto se extinguir o processo; b) sempre que julgar presentes as condições da ação; c) quando repelir defesa baseada em fato suspensivo indisponível para o réu” (Galeno Lacerda, *op. cit.*, p. 177).

Calmon de Passos ensina que a decisão que entender presentes os pressupostos processuais, com presença de órgão jurisdicional, capacidade de ser parte e postulação, pode ser alterada quando se perceber a falta de qualquer destes pressupostos, porque não há relação processual, “consequentemente, não há processo” (*op. cit.*, p. 587). Para ele, “onde ocorre a inexistência jurídica descabe a preclusão, porque o ato é nenhum para o direito”. A seguir apresenta o seguinte exemplo: “Um processo sobre dissídio individual de trabalho ajuizado perante a justiça comum é processo nenhum, não há relação processual, nem preclusão, não se podendo cogitar de efeito preclusivo do saneador” (*op. cit.*, p. 587).

### 11.3 Resumo esquemático dos efeitos do saneamento

Seguimos aqui o resumo esquemático apresentado por Galeno Lacerda e consistente na seguinte exposição. “Esquematizando o resultado da análise feita, no que concerne à eficácia do despacho saneador sobre as questões decididas, podemos afirmar que, na ausência de recurso, tal decisão:

1º. Terá eficácia material de coisa julgada: a) Se decretar a carência da ação, por impossibilidade jurídica do pedido ou *ilegitimatio ad causam*; b) Se acolher defesa do réu baseada em fato extintivo do pedido; c) Se julgar favoravelmente ao autor qualquer questão de mérito, excluídas as relativas às condições da ação.

2º. Produzirá efeito preclusivo: a) Sempre que terminativa do processo; b) Se rejeitar defesa baseada em fato suspensivo disponível para o réu; c) Sempre que decidir de qualquer forma, questão concernente a anulabilidade ou simples irregularidade de ato processual.

3º. Não terá efeito preclusivo: a) Quando se pronunciar sobre nulidade absoluta ou relativa, exceto se extinguir o processo; b) Sempre que julgar presentes as condições da ação; c) Quando repelir defesa baseada em fato suspensivo indisponível para o réu” (*Despacho Saneador*, citado, p. 177).

### Notas

1. Gelson Amaro de Souza. Doutor em Direito Processual Civil (PUC/SP). Membro do Institutoamericano de Derecho Procesal. Laureado com a Comenda Luciano Pinheiro de Souza do I Congresso de Direito Internacional de Direito Processual Civil. Advogado em Presidente Prudente – SP.
2. Peca a legislação pela terminologia. Não pode haver julgamento antecipado, porque o juiz sempre deve decidir no momento certo. Além, do mais o juiz somente pode decidir depois que parte tomar a iniciativa do pedido (art. 2º do CPC/2015). Se o juiz julga depois que a parte pede, não pode ser este julgamento antecipado.
3. Veja neste sentido: SOUZA, Gelson Amaro de. Coisa julgada – Impossibilidade de ser por partes. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 46; *Revista Jurídica-Lex*, v. 55; *Revista Bonijuris*, n. 582.
4. “A imutabilidade da decisão está condicionada ao trânsito em julgado que obviamente pressupõe julgamento dos demais pedidos, pois conforme será demons-

- trado no capítulo seguinte é incorreto falar em trânsito em julgado parcial no regime jurídico pátrio ante a sempre presente possibilidade de reconhecimento de questões de ordem pública a qualquer tempo que, uma vez reconhecidas, prejudicam todo o processo.” MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Influência dos efeitos dos recursos no cabimento e desenvolvimento da execução provisória*. REPRO, v. 165, p. 85. São Paulo: RT, novembro, 2008.
5. “A respeito, é salutar a lição de José Maria Tesheiner: “Decisões interlocutórias sujeitam-se a preclusão. A sentença produz coisa julgada formal e, eventualmente, também coisa julgada material (...). As decisões proferidas no curso do processo (interlocutória), quer atinentes ao mérito, quer atinentes às questões processuais, não fazem coisa julgada, nem mesmo no sentido formal. Em relação às decisões interlocutórias o que se produz é a preclusão, que as torna imutáveis no mesmo processo em que foram proferidas’ (Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 68-69). Colocada a controvérsia sob a ótica da preclusão, tem-se que a impossibilidade de discussão do tema restringe-se ao mesmo processo, mas não a outro.” STJ- EDcl no REsp 729.705-SP (2005/0033405-3) j. 15-10-2013, DJe. 4.12.2013.
  6. “1. As matérias de ordem pública, ainda que desprovidas de prequestionamento, podem ser analisadas excepcionalmente em sede de recurso especial, cujo conhecimento se deu por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos. Precedentes do STJ: REsp 801.154/TO, DJ. 21.05.2008; REsp 911.520/SP, DJ. 30.04.2008; REsp 869.534/SP, DJ 10.12.2007; REsp 660.519/CE, DJ. 07.11.2005. Edcl no AgRg no REsp 1.043.561-RO (2008/0064147-3). Rel. Min. Francisco Falcão. RDDP, v. 98, p. 134, maio, 2011.”
  7. RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius, ao tratar do efeito translativo assevera: “Consiste na possibilidade de o tribunal conhecer de matérias de ordem pública, que não sejam objeto do recurso, nem tenham sido examinadas pela primeira instância. Não se confunde com o efeito devolutivo, que restitui ao tribunal o exame daquilo que foi objeto do recurso.” RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. *Novo curso de direito processual civil*, v. 2, p. 88. São Paulo: Saraiva, 4. ed. 2008.
  8. SOUZA, Gelson Amaro de. Coisa julgada e o efeito extensivo do recurso. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 64, p. 73-84. Porto Alegre-RS: jan./fev., 2015 e *Revista Jurídica-Lex*, v. 72. São Paulo: Lex Editora, novembro/dezembro, 2014.
  9. “Reconhecimento da prescrição retroativa. Pena em concreto. Súmula 146 do STF, extinção da punibilidade, art. 110 c/c art. 109, §§ 11º e 2º do Código Penal. Apelações providas. Extensão dos efeitos dos recursos previstos no art. 580 do CPP ao réu não apelante”. TRF-5ª R. Ap. 8108 (0000790-88-2005.4.05.8000). 3ª T. DJe 20.09.2011. Rep. Jur. IOB, n. 19/2011, v. III, p. 639, 1ª quinzena de outubro de 2011.
  10. SOUZA, Gelson Amaro de. Coisa julgada – Impossibilidade de ser por partes. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 46; *Revista Jurídica-Lex*, v. 55; *Revista Bonijuris*, n. 582.

11. Ressalvam-se apenas aqueles casos em que mesmo não sendo mais possível recurso da sentença e mesmo assim ela não passa em julgado por força de remessa de ofício ou de outro recurso anteriormente interposto antes de precluir a oportunidade recursal, ainda pendente de julgamento.
12. “Honorários periciais – Pagamento. Inversão do ônus da prova e do custeio da perícia. Inadmissibilidade. Incidência do art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Caracterização da hipossuficiência da autora, que não a exime da responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais. *Regra de julgamento e não de instrução*. Recurso provido por maioria de votos.” TJSP. 11ª CDPriv. AI. 7.154.702-9-SP. rel. Des. Renato Rangel Desinano; j. 16/8/2007. m.v. Bol. AASP. n. 2565-Em, p. 1487, de 3 a 9/3/08.
13. “Prova – Perícia – Inversão do ônus – Deferimento, quando da prolação do despacho saneador – Improriedade – O exame da inversão deve ocorrer no momento da prolação da sentença – Recurso provido.” TJSP. AI. 7.004.458-9. j. 06-04-2005. JTACSP, 213, p. 125.
14. “Inversão do ônus da prova com determinação de depósito de honorários periciais – Deferimento – Decisão acerca da inversão do ônus da prova que deve ser tomada no momento da sentença – Depósito de honorários periciais a ser solucionado com base no Código de Processo Civil – Agravo de instrumento provido”. TJSP. AI. 7.308.509-3/- 11ª Câmara. J. 22-01-2009. Rel. Gil Coelho. JTJSP-Lex v. 335, p. 218, abril, de 2009.
15. Confirma nosso: Sentença – em busca de uma nova definição (Coautoria com Gelson A.S. Filho), *Repertório IOB*, v. III, n. 5, 2009, 1ª quinzena, março, 2009; *Revista Jurídica*, v. 376, pp. 19:42, fevereiro, 2009.
16. GALENO LACERDA. *Despacho Saneador*, p. 57, 2. ed. SAFE, 1985.
17. “Proferida a sentença, o juiz termina o seu ofício jurisdicional não podendo revogá-la, ainda que supostamente ilegal, sob pena de violação à coisa julgada, ensejando instabilidade nas relações jurídicas. Precedentes do STJ e desta Corte. Agravo liminarmente provido.” TJRS. AI. 70026910570. 20ª CC. Rel. José Aquino Flores de Camargo, julgado em 30.10.2008. No mesmo sentido: “TJRS-Ap. 70024121113-10ª, rel. Marco Aurélio dos Santos Caminha, j. 18-12-2008. STJ-REsp. 14879/SP, 3ª T. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 25-11-1996. STJ-REsp 95.813, 4ª Turma, rel. Min. Salvo de Figueiredo.” Em doutrina ver nosso: *Sentença em busca de uma nova definição*. Sentença (Coautoria com Gelson A.S. Filho), *Repertório IOB*, v. III, n. 5, 2009, 1ª quinzena, março, 2009; *Revista Jurídica*, v. 376, p. 19-42, fevereiro, 2009.
18. Diz-se de regra, porque existem casos em que mesmo sem o julgamento do mérito não se pode repropor a ação. Veja nosso artigo: *Extinção do processo sem julgamento do mérito e a impossibilidade de renovação da ação*. *Revista Jurídica*, v. 394, p. 11-40. Porto Alegre-RS. Notadez, agosto de 2010.
19. Vide – nota anterior.
20. CALMON DE PASSOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, p. 583.

## Referências

- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de DPC*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2.
- BORGES, Marcos Afonso. *Enciclopédia de direito*. São Paulo: Saraiva, 1976, v. 24.
- CALMON DE PASSOS, J.J. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. III.
- GALENO LACERDA. *Despacho Saneador*. 2. ed. Porto Alegre-RS: Sergio Antonio Fabris – Editor, SAFE, 1985.
- SOUZA, Gelson Amaro de. Coisa julgada – Impossibilidade de ser por partes. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 46; *Revista Jurídica-Lex*, v. 55; *Revista Bonijuris*, n. 582.
- \_\_\_\_\_. Coisa julgada e o efeito extensivo do recurso. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 64, p. 73-84. Porto Alegre-RS, jan./fev., 2015 e *Revista Jurídica-Lex*, v. 72. São Paulo: Lex Editora, nov./dez., 2014.
- \_\_\_\_\_. Sentença – Em busca de uma definição (Coautoria com Gelson A.S. Filho), *Repertório IOB*, v. III, n. 5, 2009. 1ª quinzena, março, 2009; *Revista Jurídica*, v. 376. Porto Alegre-RS: Notadez, fevereiro, 2009.
- \_\_\_\_\_. Extinção do processo sem julgamento do mérito e a impossibilidade de renovação da ação. *Revista Jurídica*, v. 394, p. 11-40. Porto Alegre-RS: Notadez, agosto de 2010.

# JURISPRUDÊNCIA



# Ementário do TJPR

## ADMINISTRATIVO

### **Candidata que não se enquadra nos requisitos do edital não deve tomar posse em concurso público**

Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Processual Civil - Apelação Cível e Reexame Necessário - Mandado de Segurança - Sentença denegatória - Reexame necessário não conhecido - Inteligência do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009 - Concurso público para provimento do cargo de educador infantil - Exigência de formação em nível superior cumulado com curso de nível médio em magistério - Impetrante que não logrou êxito em preencher requisitos do edital, mesmo tendo concordado, prévia e tacitamente, com os seus termos - Ato da administração pública em consonância com os princípios da vinculação ao edital e da legalidade, impessoalidade e moralidade. Reexame necessário não conhecido. Apelação cível conhecida e não provida. 1. Proferida sentença denegatória da ordem em mandado de segurança, não se trata de hipótese de cabimento do reexame necessário, consoante interpretação do disposto no artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.019/2009. 2. Não tendo a impetrante cumprido com as exigências previstas no edi-

tal que regula o concurso público do qual participou, muito embora, ao nele se inscrever, tenha delas se cientificado, concordando, prévia e tacitamente, com os seus termos, não há como ser empossada no cargo público pretendido.<sup>3</sup> Inexistindo ilegalidade ou abuso de poder algum no ato da Administração Pública que vedou o ingresso da requerente no quadro permanente de pessoal do Município, a manutenção integral da decisão denegatória da segurança é medida que se impõe.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1458701-8 - Mandaguari - 4a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. 2º Grau **Ademir Ribeiro Richter** - Fonte: DJ, 14.03.2016).

### **Concessionária de serviço público possui responsabilidade objetiva por peça de automóvel na pista que causou acidente com morte**

Ações indenizatórias por danos morais e materiais - Laudo pericial produzido unilateralmente por uma das partes - Ausência de obrigatoriedade de sua aceitação, principalmente quando se verifica que foi elaborado boletim de ocorrência, que goza de presunção de veracidade e foi produzido, de forma regular, por funcionário pú-

blico no exercício de suas funções - Acidente de trânsito ocorrido em rodovia pedagiada - Peça de automóvel na pista - Responsabilidade objetiva - Concessionária de serviço público - Falha na prestação do serviço - Excesso de velocidade - Não comprovação - Culpa concorrente - Inocorrência - Acidente que ocasionou o falecimento da esposa e mãe dos autores - Pensionamento indevido - Vítima falecida aos 69 (sessenta e nove) anos de idade - Ausência de comprovação de dependência econômica por parte do marido - Dano moral - Ocorrência - Valor da indenização mantido com relação ao filho e reduzido com relação ao marido, tendo em vista que este propôs duas ações distintas pleiteando indenização por danos morais em ambas - Impossibilidade de dupla compensação financeira pelo mesmo fato - Correção monetária - Incidência a partir do arbitramento do valor da indenização - Súmula 362 do STJ - Juros de mora - Incidência a partir do evento danoso - Súmula 54 do STJ - Recursos providos parcialmente.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1470329-0 - Foz do Iguaçu - 9a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Domingos José Perfetto** - Fonte: DJ, 05.04.2016).

### **Estado possui o dever de fornecer medicamento a paciente epilética**

Direito Constitucional e Processual Civil. Apelação Cível e

Reexame Necessário. Ação Civil Pública. Paciente portadora de epilepsia refratária de difícil controle e transtorno grave de conduta. Pedido de fornecimento do medicamento Aristab 15mg (Aripiprazol). Preliminares de incompetência do juízo e de ilegitimidade passiva do estado afastadas. Ofensa ao direito fundamental à saúde, consagrado no artigo 196 da Constituição Federal. Dever do Estado. Observância de políticas públicas que não constitui óbice à concessão do fármaco. Recurso parcialmente provido. Sentença parcialmente reformada em sede de reexame necessário, apenas para condicionar o fornecimento do fármaco à apresentação de laudo médico semestral.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1442661-2 - 4a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Abraham Lincoln Merheb Calixto** - Fonte: DJ, 14.03.2016).

### **Horário de funcionamento de cemitério municipal não pode ser regulado por ato normativo cuja iniciativa é de parlamentar**

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 9.652/2014 do município de Maringá, que dispõe sobre o horário de funcionamento do Cemitério Jardim Municipal. Ato normativo cuja iniciativa foi de parlamentar. Matéria que exige proposta legislativa do prefeito municipal. Inteligência dos arts. 7º e 66, inc. IV, da Constituição Estadual. Violação ao princípio da separação dos poderes. Interferência do legis-

lativo nas atribuições e na estruturação da administração pública. Precedentes deste órgão especial. Vício formal reconhecido. Ação julgada procedente.

(TJ/PR - Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1221801-2 - Curitiba - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Fernando Antonio Prazeres** - Fonte: DJ, 04.04.2016).

### **Multa cominatória por descumprimento de ordem judicial pode ser direcionada ao prefeito**

Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Pleito de matrícula em creche da rede municipal de ensino. Liminar parcialmente deferida na origem. Recurso interposto com o objetivo de direcionar a multa cominatória à prefeita municipal. Possibilidade. Agente público responsável pelo cumprimento da determinação judicial. Jurisprudência do STJ. Recurso provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1444535-5 - Colombo - 6a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Clayton de Albuquerque Maranhão** - Fonte: DJ, 31.03.2016).

### **Português possui a faculdade de exercer direitos políticos no Brasil, sendo assim, para tomar posse em concurso público, é desnecessária a juntada da certidão de quitação eleitoral**

Direito Administrativo. Concurso público. Certidão de quitação eleitoral. Requisito do edital aos eleitores no Brasil. Candidato português. Inexigibilidade. Opção por não exercer direitos políticos no

Brasil, Mantendo direitos políticos em Portugal. a) O artigo 12, parágrafo 1º, da Constituição Federal, estabelece que “Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição”. b) Nesse aspecto, destaca-se que Brasil e Portugal mantêm sucessivos acordos internacionais de reciprocidade de direitos de seus nacionais que estiverem no território da outra parte, e, que atualmente vige o Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, assinado em 22 de abril de 2000 na cidade de Porto Seguro, promulgado pelo Decreto nº 3.927, de 19 de setembro de 2001. c) É bem de ver que esse Tratado revogou expressamente a Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses, de 07 de setembro de 1971, regulamentada pelo superado Decreto nº 70.436/1972, bem como que no Decreto ora vigente (nº 3.927/2001) foi suprimida a previsão que existia nos artigos 12 e 13 do Decreto nº 70.436/1972, no sentido de que era requisito para o ingresso no serviço público brasileiro o gozo dos direitos políticos do português no Brasil, com suspensão do exercício dos mesmos direitos em Portugal. d) Destaca-se, ainda, que o atual Tratado prevê ao português o exercício dos mesmos

direitos e deveres dos brasileiros, reiterando a faculdade (e não obrigatoriedade) de requerer o gozo dos direitos políticos, sem condicionar, no entanto, a opção para o ingresso no serviço público, conforme se infere dos artigos 12, 13 e 17. e) Nessas condições, as normas do Edital e do Código Eleitoral que estabelecem a certidão de quitação eleitoral como requisito para a investidura em cargo público não se aplicam aos portugueses, eis que o gozo dos direitos políticos no Brasil é facultativo (artigo 17 do Decreto nº 3.927/2001) e não exclui o gozo de outros direitos (artigo 12 do Decreto nº 3.927/2001), ao passo que o exercício dos seus direitos políticos em Portugal contempla a liberdade de não votar. 2) Apelo a que se nega provimento. Sentença Mantida em reexame necessário.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1458301-8 - Maringá - 5a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Leonel Cunha** - Fonte: DJ, 01.04.2016).

### **Servidor público não deve ser exonerado sem o devido processo legal administrativo**

Apelação Cível. Mandado de Segurança. Professoras do município de Matinhos. Exonerações sumárias em razão da negativa de registro de suas admissões, ocorridas há mais de treze anos, pelo tribunal de contas. Necessidade da instauração do devido processo legal administrativo. Ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ordem concedida.

Sentença escoreita. Recurso ao qual se nega provimento, com a confirmação da sentença recorrida em sede de reexame necessário. (1) “É arbitrário o ato que determina a exoneração sumária de servidora concursada e nomeada há mais de dez anos, sem que nenhum procedimento administrativo fosse sequer instaurado, acatando tão somente a determinação do Tribunal de Contas que, ao analisar os atos de admissão seis anos depois de realizados os concursos, negou registro a alguns deles. (...) Não se pode admitir o desfazimento de situações consolidadas e constituídas de aparente legalidade (admissão da Impetrante no serviço público), sem que se dê ao administrado o direito à ampla defesa e ao contraditório, o que, na espécie, não ocorreu” (TJPR, 5ª CCv., ApCvReex. nº 335.722-6, Rel. Des. Leonel Cunha, j. em 05.09.2006). (2) A finalidade de se instaurar, em casos que tais, o devido processo legal administrativo, em estrita obediência às normas constitucionais que lhe são inerentes, é justamente porque o servidor, que não foi chamado a intervir no procedimento que tramitou perante o Tribunal de Contas, tem o direito de aferir e se for o caso de demonstrar em sentido contrário se sua admissão realmente está contaminada pelo vício da nulidade.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1411862-6 - 5a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Adalberto Jorge Xisto Pereira** - Fonte: DJ, 01.04.2016).

## CIVIL

### Atualização monetária do seguro DPVAT atua desde a data do evento danoso

Apelação Cível. Seguro obrigatório (DPVAT). Ação de cobrança. 1. Quitação dada em relação ao pagamento administrativo parcial. Quitação que não tem o condão de implicar a renúncia à pretensão de cobrança judicial de eventuais diferenças. 2. Correção monetária do *quantum* indenizatório arbitrado em lei. Possibilidade, mesmo se inexistente pedido da parte, autorização contratual ou legal específica. Montante indenizatório que sofre o efeito corrosivo causado pelo processo inflacionário. Termo inicial da correção monetária. Data do evento danoso. A correção monetária não proporciona um *plus*, mas apenas a necessária preservação do efetivo valor da indenização securitária, compensando a corrosão ocasionada pelo processo inflacionário. A sua incidência independe de pedido da parte (podendo ser determinado de ofício pelo magistrado), de estipulação contratual ou previsão legal específica, não havendo que se cogitar, nesse último caso, usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário. Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Resp. 1.483.628/SC, submetido ao regime dos recursos repetitivos (art. 543-C

do CPC), “a incidência de atualização monetária nas indenizações por morte ou invalidez do seguro DPVAT, prevista no § 7º do art. 5º da Lei n. 6194/74, redação dada pela Lei n.11.482/2007, opera-se desde a data do evento danoso”. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1428742-0 - Curitiba - 8a. Câmb. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Francisco Eduardo Gonzaga de Oliveira** - Fonte: DJ, 04.04.2016).

### Comissão de permanência não pode ser cumulada com outros encargos moratórios

Apelação cível. Ação revisional de contrato de financiamento de veículo. Demanda julgada procedente. Insurgência. Recurso de apelação. 1. Mitigação da *pacta sunt servanda*. Vulnerabilidade do consumidor. Capitalização de juros. Legalidade. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento de incidente de processo repetitivo no Recurso Especial 973.827/RS. Taxa de juros remuneratórios que se mostra legítima pelo entendimento do STJ. Comissão de permanência que não pode ser cumulada com outros encargos moratórios. Legalidade do IOF. Ausência de previsão das demais tarifas administrativa. Repetição dos valores indevidamente cobrados que deve se dar de forma simples. Ônus su-

cumbenciais mantidos. Apelação 2. Não conhecimento. Ausência de interesse recursal diante da inovação recursal. Sentença mantida. Recurso de apelação 1 conhecido e parcialmente provido. Recurso de apelação 2 não conhecido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1490300-1 - 7a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ana Lúcia Lourenço** - Fonte: DJ, 30.03.2016).

### **Consumidor cuja bagagem contendo medicamentos foi extraviada deve receber indenização**

Responsabilidade civil. Extra-vo de bagagem. Não entrega de uma delas no local de destino dos autores, Peru, que continha medicamentos de uso contínuo pelo primeiro autor. Frustração do passeio programado pelos autores, pai e filho. Dano moral caracterizado. Danos materiais verificados. Juros. Termo inicial. Valor da indenização. Apelação principal provida em parte. Apelação adesiva não conhecida.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1446496-1 - 10a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Albino Jacomel Guerios** - Fonte: DJ, 22.03.2016).

### **Consumidor deve ser indenizado por violação do dever de informação que gerou reação alérgica decorrente do uso de creme dermatológico**

Apelação Cível - Reparação de danos - Reação alérgica causada por creme dermatológico, receitado por médica dermatologista - Sentença de

improcedência reformada - Revelia. Presunção de veracidade dos fatos alegados - Ausência de informação, na bula do produto, sobre a necessidade de realizar teste de contato antes de aplicá-lo. Violação ao princípio da informação - Inteligência do art. 12, do Código de Defesa do Consumidor - Dever de indenizar configurado - *Quantum* indenizatório fixado de acordo com as circunstâncias do caso concreto - Inversão do ônus de sucumbência - Recurso conhecido e provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1464552-2 - Loanda - 9a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Francisco Luiz Macedo Junior** - Fonte: DJ, 29.03.2016).

### **Duplicata sem aceite protestada pode fundamentar execução de título extrajudicial**

Apelação Cível. Embargos à Execução. Duplicata. Preliminar. Contrarrazões. Pleito de não conhecimento do recurso. Afastado. Autos que compõem todas as peças necessárias ao deslinde do feito. Recurso de apelação. Cerceamento de defesa. Inexistência. Livre convencimento do magistrado. Matéria eminentemente de direito. Afastada. Duplicata mercantil título executivo extrajudicial na forma do artigo 585, inciso I do CPC. A duplicata sem aceite, devidamente protestada e acompanhada dos comprovantes de entrega das mercadorias ou da prestação de serviços, constitui documento hábil a embasar execução de título extrajudicial. Excesso de execução consubstanciado em mera

aplicação de taxa de juros equivocada. Sentença mantida. Recurso de apelação conhecido e negado provimento.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1270953-2 - União da Vitória - 16a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes** - Fonte: DJ, 14.03.2016).

### **Estando o corretor na sede da construtora quando da compra do imóvel, é indevida a cobrança de comissão de corretagem**

Ação de rescisão de contrato cumulada com devolução de valores e indenização por dano moral. Contrato de compromisso de compra e venda de imóvel. Taxa de corretagem. Comprador que se dirigiu diretamente à sede da construtora. Corretor que atua no interesse exclusivo e em nome da construtora. Venda casada. Art. 39, I, do CDC. Devolução simples. Financiamento. Condição necessária à concretização do negócio. Não aprovação do crédito que acarreta a rescisão contratual que, no caso, não pode ser atribuída ao autor. Retenção de valores. Impossibilidade. Partes que devem voltar ao *status quo ante*. Dano moral. Inexistência. Frustração de negócio que não caracterizou dano moral, mas mero dissabor. Precedentes. Apelo da ré desprovido. Redistribuição dos ônus sucumbenciais. Honorários advocatícios majorados para 15% sobre o valor da condenação. Apelo do autor parcialmente provido. Apelo da ré desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1336282-2 - Ponta Grossa - 17a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Fernando Paulino da Silva Wolff Filho** - Fonte: DJ, 04.04.2016).

### **Indícios de encerramento irregular da empresa e de insolvência não são suficientes para a desconsideração da personalidade jurídica**

Agravo de Instrumento. Execução de título extrajudicial. Decisão agravada que indeferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica. Indícios de insolvência e de encerramento irregular, o que não autoriza por si só a desconsideração. Precedentes do superior tribunal de justiça. Ausência de prova inequívoca dos requisitos do artigo 50 do Código Civil. Decisão agravada mantida. Recurso conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1469411-6 - Curitiba - Ac. unânime - Rel.: Des. **Athos Pereira Jorge Junior** - Fonte: DJ, 23.03.2016).

### **Inexiste ilegalidade na cláusula de sucesso (over price), quando legalmente pactuada em contrato de corretagem**

Embargos Infringentes. Apelação Cível. Ação Declaratória de Nulidade e Embargos à Execução. Contrato de corretagem. Venda de imóvel. Cláusula de sucesso (*over price*). Nulidade. Inocorrência. Contrato firmado de forma livre e consciente. Agentes capazes. Enriquecimento ilícito.

Inocorrência. - Boa-fé objetiva e art. 723 do Código Civil. Violação. Inocorrência. Comissão de corretagem. Cobrança. Possibilidade. Inscrição no Creci. Desnecessidade. Recurso desprovido.

(TJ/PR - Embs. Infringentes n. 1256049-1/01 - Ponta Grossa - 13a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Eduardo Casagrande Sarrão** - Fonte: DJ, 05.04.2016).

### **Paciente é indenizada por resultado errôneo de teste de HIV**

Apelação Cível - Ação de indenização por danos morais - Preliminar de cerceamento de defesa não configurada - Incidência do CDC. Possibilidade de inversão do ônus da prova - Médico que informa à paciente que o primeiro resultado do teste para verificação do vírus HIV deu positivo, quando, nos termos do disposto na Portaria nº 151/2009 e 488/1998 do Ministério da Saúde, deveria informar que o resultado fora indeterminado, solicitando a repetição do exame. Falha na prestação de serviço. Responsabilidade subjetiva do médico configurada - Dano moral caracterizado - *Quantum* que comporta redução - Consonância com o princípio da razoabilidade e com as peculiaridades do caso concreto - Precedentes deste tribunal - Recurso parcialmente provido apenas para reduzir o valor da indenização pelo dano moral.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1416321-0 - Londrina - 8a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Gilberto Ferreira** - Fonte: DJ, 04.04.2016).

### **Somente após a imissão na posse é possível realizar a cobrança da taxa condominial do adquirente**

Agravo de Instrumento. Contrato de compromisso de compra e venda de imóvel. Legitimidade passiva. Condição da ação não analisada no juízo de origem. Supressão de instância. Ausência de interesse recursal. Responsabilidade da construtora por débitos condominiais até a entrega da obra. Recurso conhecido parcialmente e, na parte conhecida, desprovido. Consoante a jurisprudência do STJ, reafirmada sob a sistemática do art. 543-C do CPC, nos contratos de compromisso de compra e venda, o adquirente somente passa a ser responsável pelas taxas e despesas condominiais após a imissão na posse do imóvel e da respectiva ciência deste fato pelo Condomínio.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1368337-9 - Curitiba - 6a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Carlos Eduardo Andersen Espínola** - Fonte: DJ, 11.03.2016).

### **Valores em conta bancária conjunta e bem adquirido com esforço de apenas um dos consortes devem ser incluídos no rol de bens que compõem o espólio**

Agravo de Instrumento - Inventário - Inclusão de veículo e saldo de contas bancárias conjuntas no rol de bens a inventariar - Manutenção - Viúva agravante e *de cujus* casados em comunhão

parcial de bens - Bens adquiridos com proventos do trabalho pessoal - Irrelevância - Não comunicação prevista pelo art. 1.659, VI, do CC/02 que se refere apenas ao direito aos aludidos proventos, jamais da remuneração que ingressa no patrimônio comum - Esforço exclusivo da viúva não demonstrado - Falecido que recebia benefício previdenciário - Recurso desprovido. 1. Art. 1.659, VI, do Código Civil. “Deve-se entender, na hipótese, que não se comunica somente o direito aos aludidos proventos. Recebida a remuneração, o dinheiro ingressa no patrimônio comum”

(GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6.). 2. “O regime de comunhão parcial de bens tem, por testa, a ideia de que há compartilhamento dos esforços do casal na construção do patrimônio comum, mesmo quando a aquisição do patrimônio decorre, diretamente, do labor de apenas um dos consortes” (REsp 1318599/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, terceira turma, julgado em 23/04/2013, DJe 02/05/2013). (TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1411152-5 - Curitiba - 12a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Denise Kruger Pereira** - Fonte: DJ, 31.03.2016).

## CRIMINAL

### **Decisão de pronúncia não pode excluir qualificadora de homicídio**

Recurso em Sentido Estrito (em número de dois) - Homicídio qualificado - Pronúncia - Irresignação - Identidade de teses defensivas - Análise conjunta - Negativa de autoria - Impronúncia - Não acolhimento - Prova da materialidade e indícios provisórios suficientes de autoria - Exclusão da qualificadora - Inadmissibilidade nesta fase - Ausência de provas que a torne manifestamente improcedente - Recurso desprovido. 1. A decisão de pronúncia constitui mero juízo

de admissibilidade da denúncia, de modo que, existindo prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, devem ser os Acusados encaminhados a julgamento pelo Tribunal do Júri, o Juiz natural da causa. 2. A exclusão da qualificadora, na decisão de pronúncia, somente será possível quando emergir, na prova dos autos, que elas não resultaram evidenciadas, estreme de dúvida, sob pena de se invadir a competência do Conselho de Sentença.

(TJ/PR - Rec. em Sentido Estrito n. 1471820-6 - Curitiba - 1a. Câmara. Crim. - Rel.: Des. **Antonio Loyola Vieira** - Fonte: DJ, 30.03.2016).

### **Decisão que determina a regressão de regime sem oitiva do apenado é ilegal**

Penal. Processo Penal. Execução da pena. Recurso de agravo. Falta grave. Suposto cometimento de fato definido como crime. Decisão atacada que regride o reeducando ao regime prisional fechado. Recurso da defesa. Regressão cautelar. Validade do *decisum* judicial. Regressão definitiva após apresentação de justificação por escrito. Medida insuficiente. Necessidade de prévia oitiva pessoal do reeducando em juízo. Inteligência do artigo 118, § 2º da Lei nº 7.210/84. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Imprescindibilidade da realização de audiência judicial de justificação para a “oitiva pessoal” do reeducando. Nulidade. Decisão desconstituída. Decisão *ex officio*. Recurso provido, por motivo diverso. “Esta Corte Superior consolidou entendimento no sentido de que, nos termos do art. 118, § 2º, da Lei n. 7.210/84 (LEP), o condenado deve ser ouvido pessoalmente pelo magistrado antes da regressão definitiva de regime, sendo insuficiente a apresentação de justificação por escrito pelo advogado ou pelo próprio condenado. 3. Na espécie, o Tribunal de origem determinou a regressão imediata ao regime prisional anterior, sem a oitiva do reeducando, o que caracteriza flagrante ilegalidade” (STJ - HC 325.479/AC, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, T5, DJE 10/09/2015).

(TJ/PR - Rec. de Agravo n. 1397959-0 - Cascavel - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Sônia Regina de Castro** - Fonte: DJ, 04.04.2016).

### **Deferida a liberdade provisória ao réu cuja prisão preventiva sem requisitos legais indica constrangimento ilegal**

*Habeas Corpus* Crime - Violência doméstica - Lesão corporal, ameaça e desacato - Decretação da prisão preventiva - Ausência de fundamentação idônea - Inexistência de elementos concretos que revelem a imprescindibilidade da custódia cautelar - Requisitos legais para a decretação da prisão preventiva não evidenciados - Constrangimento ilegal configurado - Cabimento da liberdade provisória com imposição de medidas cautelares diversas da prisão - Ordem concedida.

(TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1509921-1 - Mandaguaçu - 1a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Clayton Coutinho de Camargo** - Fonte: DJ, 01.04.2016).

### **Demora em feito com crime de diversas naturezas e pluralidade de réus não constitui excesso de prazo**

*Habeas Corpus* Crime. Delitos de roubo majorado (Código Penal, art. 157, § 2º, incisos I e II) e corrupção de menores (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 244-B). Prisão preventiva. Excesso de prazo. Não configuração. Princípio da razoabilidade. Feito complexo, com mais de um crime, de diversas naturezas, e com pluralidade

de de réus, que justifica eventual demora da instrução processual. Segregação cautelar que se mostra necessária. Ordem denegada.

(TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1242092-3 - Curitiba - 4a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Fernando Wolff Bodziak** - Fonte: DJ, 20.08.2014).

### **Descumprimento de medida protetiva não se enquadra como crime de desobediência**

Apelação Crime - Irresignação ministerial - Descumprimento de medidas protetivas estabelecidas pela Lei Maria da Penha - Não configuração do crime de desobediência previsto no artigo 330 do CP - Atipicidade da conduta - Absolvição mantida - Recurso desprovido. O descumprimento de medidas protetivas não configura o crime de desobediência, uma vez que a própria Lei Maria da Penha, em seu art. 22, § 4º, já estabelece a respectiva sanção.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1396294-0 - Dois Vizinhos - 1a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Macedo Pacheco** - Fonte: DJ, 30.03.2016).

### **Impossível reconhecer a continuidade delitiva quando as condutas criminosas são isoladas e autônomas**

Recurso de Agravo de Execução - Pedido de reconhecimento da continuidade delitiva na unificação das penas - Indeferimento - Alegação de preenchimento dos requisitos objetivos - Não preenchimento dos pressupostos - Necessidade de pre-

enchimento dos requisitos subjetivos - Precedentes do STJ - Hipótese de habitualidade criminosa que impede o reconhecimento do crime continuado - Recurso a que se nega provimento. “Constatada a mera reiteração, em que as condutas criminosas são autônomas e isoladas, afasta-se a tese de continuidade delitiva para se acolher a da habitualidade ou profissionalismo na prática de crimes, circunstância que merece um tratamento penal mais rigoroso, tendo em vista o maior grau de reprovabilidade.” (REsp 897.581/AM, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, quinta turma, julgado em 02/06/2009, DJe 29/06/2009).

(TJ/PR - Rec. de Agravo n. 1461933-5 - Guarapuava - 4a. Câm. Crim. - Rel.: Des. **Carvilio da Silveira Filho** - Fonte: DJ, 04.04.2016).

### **Inexiste constrangimento ilegal na prisão de apenado em regime aberto que não comparece a audiências**

*Habeas Corpus* - Paciente em regime aberto - Não comparecimento em audiências admonitórias - Tentativas de localização frustradas - Possibilidade de suspensão cautelar do benefício - Constrangimento ilegal não configurado. (...) “Não há que se falar em constrangimento ilegal na expedição de mandado de prisão do sentenciado que deixa de cumprir a reprimenda que lhe foi imposta e não foi encontrado para se justi-

ficar, com tentativas frustradas de buscar seu endereço, originando-se tal decisão do poder geral de cautela do Juízo” (TJPR - 3ª C.Criminal - HCC - 1248315-5 - Paranaguá - Rel.: Jefferson Alberto Johnsson - Unânime - J. 25.09.2014). Ordem denegada.

(TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1491969-4 - Almirante Tamandaré - 3a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Gamaliel Seme Scaff** - Fonte: DJ, 09.03.2016).

### **Prática de falta grave em momento anterior à correção de regime prisional erroneamente fixado ao apenado é irrelevante**

Processo Penal. Recurso de Agravo. Condenação em primeiro grau, pena de reclusão, cujo

cumprimento se iniciaria em regime inicial fechado. Interposição de apelação criminal. Alteração do regime inicial para o semia aberto. Inobservância do acórdão. Manutenção do reeducando em regime fechado. Constrangimento ilegal. Prática de faltas graves. Irrelevância. Faltas praticadas em momento posterior àquele em que o apenado já deveria estar cumprindo pena em regime semiaberto. Eventual “regressão” estaria sujeita à observância do art. 118, § 2º, da Lei nº 7.210/84. Necessária implantação imediata no regime semia aberto. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJ/PR - Rec. de Agravo n. 1392079-7 - Londrina - 3a. Câ. Crim. - Rel.: Des. **Arquelau Araujo Ribas** - Fonte: DJ, 22.03.2016).

## **PROCESSO CIVIL**

### **Agravo regimental é recebido como agravo interno em homenagem ao princípio da fungibilidade**

Agravo Regimental. Processual Civil. Recurso interposto em face de decisão monocrática. Eleição de modalidade recursal inadequada. Princípio da fungibilidade. Possibilidade. Recebimento como agravo inominado. Aplicabilidade do artigo 557, do CPC, ao caso. Julgamento conforme entendimento dominante des-

ta corte. Rediscussão da matéria. Impossibilidade. Agravo inominado conhecido e não provido. 1. Apesar de o agravo regimental não ser o recurso cabível em face da decisão recorrida, já que o artigo 557, § 1º, do CPC, prevê que, contra as decisões previstas no *caput* e § 1º-A do mencionado artigo o recurso cabível é o agravo (inominado, interno), em observância ao princípio da fungibilidade recursal, é possível, no caso, o conhecimento do recurso como agravo inomina-

do. 2. Estando o ato decisório em conformidade com a jurisprudência dominante deste Tribunal, não há como se falar em infringência ao artigo 557, *caput*, do CPC.3. Recurso conhecido e não provido. (TJ/PR - Ag. Inominado n. 1428682-9/01 - 11a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Fábio Haick Dalla Vecchia** - Fonte: DJ, 03.12.2015).

### **Ausência de juntada de substabelecimento e procuração impede a admissibilidade do recurso**

Agravo. Decisão monocrática negando seguimento ao agravo de instrumento por manifesta inadmissibilidade, ante a ausência de juntada da completa cadeia de procurações e substabelecimentos da parte agravante. Requisito formal de admissibilidade previsto no artigo 525 do Código De Processo Civil vigente. Defeito insanável. Decisão monocrática mantida. Agravo interno desprovido. (TJ/PR - Ag. n. 1503432-5/01 - Camará - 13a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Fernando Ferreira de Moraes** - Fonte: DJ, 29.03.2016).

### **Embargante possui o ônus de desconstituir a prova produzida pelo autor da ação monitória embargada**

Agravo de Instrumento. Embargos monitórios. Perícia determinada de ofício pelo magistrado. Embargos à ação monitória opostos pela parte agravada. Ônus pelo adimplemento dos honorários periciais que devem recair sobre

o embargante. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça e desta corte. Recurso provido. 1. Nos embargos monitórios, o ônus para desconstituir a prova apresentada pelo autor da ação monitória embargada, é do embargante, cabendo-lhe, portanto, recolher as custas dos honorários do perito, prova técnica apta a comprovar as alegações que apresenta.2. Em se tratando de embargos à ação monitória, o embargante assume a posição de autor, recaindo-lhe o dever de provar os fatos que alega.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1400948-4 - Jacarezinho - 16a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Celso Jair Mainardi** - Fonte: DJ, 30.03.2016).

### **Honorários advocatícios possuem natureza alimentar e não podem ser compensados**

Agravo de Instrumento. Execução de título judicial. Impugnação ao cumprimento de sentença julgada parcialmente procedente. Sucumbência recíproca. Compensação de honorários advocatícios. Impossibilidade. Verba privativa do advogado que possui natureza alimentar. Súmula 306 do STJ Não aplicável. Decisão reformada. Recurso provido (maioria). Inviável a compensação dos honorários advocatícios, seja em razão de sua natureza de verba alimentar, seja por pertencer esta verba unicamente ao advogado que não pode ser considerado devedor nos autos. Aplicação teleológica e sistemática dos

artigos 368 e 373, inc. II, do Código Civil, em cotejo com o art. 23 da Lei nº 8.906/1994. Entendimento que se encontra em consonância com o Projeto do novo Código de Processo Civil, o qual prevê a vedação da compensação da verba honorária em caso de sucumbência parcial, assentando que “os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, (...), sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial” (Art. 73, § 11, do PL n. 166/2010).

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 900980-1 - Curitiba - 14a. Câ. Civ. - Ac. por maioria - Rel.: Des. **Laertes Ferreira Gomes** - Fonte: DJ, 23.04.2014).

### **Na ação de usucapião a competência é determinada pela localização do imóvel**

Processual Civil. Conflito Negativo de Competência Cível. Ação de Usucapião. Matéria afeta ao critério absoluto de determinação de competência. Competência funcional inderrogável e insuscetível de ser modificada. Inaplicabilidade do princípio da perpetuatio jurisdictionis. Competência do juízo onde está localizado o imóvel (Forum rei sitae, art. 95 do CPC). Conflito julgado improcedente, fixando-se a competência no juízo da novel comarca. “A perpetuatio jurisdictionis tem como ratio essendi a competência territorial relativa. A competência para as ações fundadas em direito real sobre bem imóvel (CPC, art. 95) é absoluta e, portando, inderro-

gável, de modo a incidir o princípio do forum rei sitae, tornando-se inaplicável o princípio da perpetuatio jurisdictionis.” (TJPR, 5ª CCiv em composição integral, Rel. conv. Rogério Ribas, DJe 17.09.2013).

(TJ/PR - Confl. Negativo de Competência n. 1491173-8 - Nova Aurora - 18a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Espedito Reis do Amaral** - Fonte: DJ, 30.03.2016).

### **Necessidade de perícia grafotécnica não afasta competência do Juizado Especial da Fazenda Pública**

Conflito negativo de competência. Ação anulatória de auto de infração de trânsito cumulada com pedido indenizatório e tutela antecipada. Declaração de incompetência do Juizado Especial da Fazenda Pública em decorrência da necessidade de perícia grafotécnica. Não acolhimento. Inexistência de previsão no art. 2º da Lei 12.153/2009 que exclua a competência dos juizados em razão da necessidade de perícia. Precedentes deste E. TJPR e do STJ. Conflito julgado improcedente. (TJ/PR - Confl. Negativo de Competência n. 1390827-5 - Curitiba - 5a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Carlos Mansur Arida** - Fonte: DJ, 01.04.2016).

### **Preclui a contradita arguida após o compromisso da testemunha**

Ação de indenização por dano moral. 1. Agravo retido - Testemunha arrolada pelo autor contraditada após o término do depoimento

- Preclusão - Contradita que deve ser realizada após a qualificação da testemunha e antes do colhimento do compromisso - CPC, art. 414, § 1º - Agravo retido desprovido. 2. Responsabilidade civil do Estado - Autor submetido a situação humilhante dentro das instalações da instituição de ensino fundamental, por ter-lhe sido exigido o uso de uniforme destinado às alunas - Responsabilidade civil objetiva - Aplicação do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal - Elementos configuradores do dever de indenizar - Preenchimento - Conjunto probatório que revela que o autor foi obrigado a vestir uniforme feminino para permanecer na

escola - Demonstrados os fatos e as circunstâncias para o reconhecimento do dano extrapatrimonial, não se exige, por sua vez, a prova do desconforto, da dor ou da aflição - Nexo causal igualmente demonstrado - Indenização por dano moral devida. 3. Valor fixado a título de indenização por dano moral - Manutenção - Montante indenizatório que não pode ser irrisório, tampouco ensejar enriquecimento sem causa - Observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 4. Agravo retido e recurso de apelação desprovidos. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1420363-7 - Curitiba - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Francisco Pinto Rabello Filho** - Fonte: DJ, 30.03.2016).

## TRIBUTÁRIO

### Base de cálculo da contribuição de melhoria é a valorização dos imóveis, não o custo da obra

Tributário - Ação anulatória de lançamento - Arguição de nulidade processual - Participação do Ministério Público em primeira instância - Desnecessidade - Questão meramente patrimonial - Prejuízo não demonstrado - Contribuição de melhoria - Base de cálculo - Custo da obra rateado por imóvel, proporcionalmente à respectiva testada - Ilegalidade - Tributo que deve tomar por base

a valorização de cada imóvel - Precedentes - Lei específica para cada obra - Necessidade - Exegese do art. 82 do CTN - Precedentes do STJ - Nulidade dos lançamentos - Repetição devida - Sentença complementada em reexame necessário para fixar a incidência de correção monetária e juros de mora. Apelação desprovida. Sentença complementada em reexame necessário. (TJ/PR - Ap. Cível n. 943608-8 - Cascavel - 2a. Câ. Cív. - Rel.: Des. **Eugênio Achille Grandinetti** - Fonte: DJ, 08.02.2013).

### **Crédito tributário possui preferência sobre qualquer outro**

Agravo de Instrumento. Execução de título extrajudicial. Arrematação do bem. Reserva para satisfação de crédito tributário. O artigo 186, CTN, estabelece a preferência do crédito tributário sobre qualquer outro, à exceção dos créditos trabalhistas e os decorrentes de acidente de trabalho, sendo certo que a sua cobrança judicial não está sujeita a concurso de credores, por força do artigo 187, CTN Agravo de instrumento desprovido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1235018-6 - Curitiba - 16a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Paulo Cezar Bellio** - Fonte: DJ, 01.04.2016).

### **Erro de direito no lançamento de IPTU não pode prejudicar o contribuinte**

Apelação Cível - Ação Anulatória - IPTU - Revisão do lançamento tributário - Impossibilidade - Caso que não se amolda ao art. 149, do CTN - Benefício fiscal do fator gleba - Lei Municipal nº 4.591/1999 revogada pela Lei Municipal nº 8.672/2001 - Não observância pelo município de Londrina - Erro de direito que não pode ser imputado ao contribuinte - Sentença correta - Apelo desprovido. Reexame necessário de ofício quanto à incidência de correção monetária e juros sobre a verba honorária.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1433042-8 - Londrina - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Cláudio de Andrade** - Fonte: DJ, 05.04.2016).

### **Fazenda Pública não pode ajuizar execução fiscal quando pendente a apreciação de pedido administrativo de compensação de crédito tributário por meio de precatório**

Tributário. I - Exceção de pré-executividade. Sentença que julgou procedente o pedido inicial a fim de declarar nula a certidão de dívida ativa. II - Apelação cível alegação de que o pedido administrativo não suspende a exigibilidade do crédito. Intempestividade da alegação. Acórdão em mandado de segurança nº 442453-9 que determinou que a apelante se abstenha de tomar medidas coercitivas contra a apelada, do protocolo do pedido administrativo de compensação do crédito tributário com o precatório até a resposta final. Inscrição em dívida ativa e ajuizamento do executivo fiscal antes da decisão do pedido administrativo. Nulidade do crédito. III - Alegação de impossibilidade de compensação do crédito tributário com o precatório. Prejudicado. IV - Recurso a que se nega provimento.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1463248-9 - São José dos Pinhais - 1a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Jorge de Oliveira Vargas** - Fonte: DJ, 04.04.2016).

### **Imposição de alíquotas progressivas de contribuição previdenciária viola o princípio da isonomia tributária**

Apelação Cível - Reexame Necessário - Ação de repetição de indébito - Contribuição previdenciária progressiva - Lei 17.435/2012 - Inconstitucionalidade e ilegalidade do recolhimento indevido de contribuições - Ofensa à isonomia tributária - *Vacatio legis*. Marco final para a repetição do indébito - 90 dias da publicação da Lei nº 17.435/2012 - Aplicação da Súmula Vinculante 17 do STF quanto aos juros de mora - Recurso parcialmente provido - Sentença reformada em parte em sede de reexame necessário - Alteração de ofício da forma de atualização do débito. 1. A imposição de alíquotas progressivas viola o princípio da isonomia tributária, por impor alíquotas diferenciadas a servidores sujeitos ao mesmo regime e ao regime geral da Previdência (artigos 40 e 201 da Constituição Federal), quando o sistema tributário nacional impede distinção entre contribuintes que se encontram em idêntica situação (artigo 150, II da Constituição Federal). 2. Até o decurso da anterioridade nonagesimal (noventa dias da publicação da lei ocorrida em 21/12/2012) a alíquota exigível é de 10% (dez por cento) quando então passará a incidir o novo percentual, qual seja, 11% na forma da Lei Estadual nº 17.435/2012.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1474121-0 - Curitiba - 6a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Prestes Mattar** - Fonte: DJ, 30.03.2016).

### **Na repetição de indébito tributário a correção monetária ocorre a partir do pagamento indevido**

Tributário. Ação de repetição do indébito. Taxa de iluminação pública (TIP). Procedência. Honorários advocatícios. Manutenção. Enunciado n. 02, das Câmaras de Direito Tributário. Correção monetária. Termo inicial. Súmula 162, do STJ. Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir de pagamento indevido. Apelação cível parcialmente provida.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1472169-2 - Paranaguá - 1a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Salvatore Antonio Astuti** - Fonte: DJ, 05.04.2016).

### **Não é possível alterar o polo passivo da execução fiscal sem novo lançamento tributário**

Tributário - Execução Fiscal - IPTU e taxas - Execução fiscal extinta pelo juízo singular - Ilegitimidade passiva reconhecida - Alteração do polo passivo - Impossibilidade - Necessidade de novo lançamento - Sentença mantida.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1489994-6 - Colombo - 3a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. 2º grau **Oswaldo Nallim Duarte** - Fonte: DJ, 01.04.2016).



## Súmulas do TJPR

### Súmula 72

É cabível a condenação da Fazenda Pública estadual ao pagamento das custas processuais nos casos em que a serventia for estatizada, não havendo que se falar em confusão patrimonial.

### Súmula 71

Em caso de débitos condominiais, não havendo índice estipulado pelas partes, deve ser adotado para o cálculo de débitos judiciais a correção monetária pelo INPC.

### Súmula 70

O Ministério Público, na qualidade de substituto processual, possui legitimidade extraordinária para ajuizar perante o juizado especial da Fazenda Pública ações que objetivem o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde para pessoas que não possuam condições financeiras de custeá-los, desde que atendido o limite de quarenta salários mínimos fixado pela Resolução 10/10 do órgão especial, cuja verificação deve se dar nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei 12.153/09.

### Súmula 69

O magistrado que presidiu a instrução criminal vincula-se ao feito, de acordo com o princípio da identidade física do juiz, mesmo que voluntariamente removido para outra Vara da mesma Comarca.

### Súmula 68

Em ação de indenização por dano moral ambiental individual, o dano moral coletivo previamente reconhecido não dispensa a exposição, na petição inicial, dos fatos e do direito em que se assenta a pretensão, na forma do art. 282, III, do CPC, c/c com o art. 186 e artigo 927, ambos do Código Civil.

### Súmula 67

É tempestivo o recurso interposto antes da publicação oficial da decisão recorrida ou da decisão que a mantiver em sede de Embargos de Declaração, exigindo-se ratificação das razões recursais somente em caso de alteração do julgado no âmbito aclaratório.

### Súmula 66

A gratificação por exercício do trabalho em local considerado insalubre, prevista para os integrantes do Poder Executivo do Estado do Paraná, é devida em percentual sobre a tabela do Quadro Geral do Estado até o advento da Lei 13.666/02, momento em que passa a ter valor fixo, correspondente ao percebido pelo servidor na data de sua publicação.

### Súmula 65

A Gratificação de Tempo de Serviço percebida por policial militar do Estado do Paraná, deve ser calculada apenas sobre o soldo do respectivo posto ou graduação, nos exatos termos do disposto no art. 19 da Lei Estadual 6.417/73, com alteração dada pela Lei Estadual 13.805/02, e em consonância com o disposto no art. 37, XIV, da Constituição Federal, que veda a superposição de vantagens pecuniárias de servidores públicos (efeito cascata).

### Súmula 64

Nas ações de indenização em decorrência de atos praticados pela prestação de serviços notariais e de registro, as serventias extrajudiciais não possuem legitimidade passiva “ad causam”, mas responderão os titulares, inclusive por atos de seus prepostos, assegurando-se o direito de regresso no caso de dolo ou culpa, nos termos do art. 22 da Lei 8.935/94.

### Súmula 63

Não se caracteriza a prescrição intercorrente quando a execução de título extrajudicial estiver suspensa por inexistência de bens, sendo necessária a prévia intimação pessoal para prosseguimento da ação executiva.

### Súmula 62

Nos contratos vinculados ao sistema financeiro de habitação, em que seja estipulado o pagamento da dívida em prestações periódicas, o termo inicial a ser considerado para o prazo prescricional é o vencimento de cada parcela, e não a última parcela do contrato.

### Súmula 61

Nas ações em que se discutem o contrato de faturização (fomento mercantil ou *factoring*), em razão da sua natureza mercantil, a competência é das câmaras residuais. Entretanto, se houver discussão a respeito de título executivo extrajudicial dado em garantia daquela operação, a competên-

cia será das câmaras de título executivo extrajudicial, ainda que cumulado com pedido de indenização.

#### Súmula 60

Ainda que tenha recurso anterior distribuído a este Tribunal de Justiça, a regra é no sentido de que a competência em virtude da matéria deve prevalecer sobre a prevenção.

#### Súmula 59

Não é exigível o recolhimento de custas iniciais na fase de cumprimento de sentença (art. 475-J, do CPC), segundo a sistemática introduzida pela Lei 11.232/05.

#### Súmula 58

Nas ações que versam sobre contrato de representação comercial, a competência é das Câmaras Residuais.

#### Súmula 57

Nas ações de indenização, que envolvam os chamados “contratos inexistentes”, ainda que exista pedido declaratório de inexistência da dívida, a competência será das Câmaras de Responsabilidade Civil.

#### Súmula 56

Em ação de cobrança ou execução autônomas promovidas por serventário de Escrivania não estatizada, referente as custas processuais, a competência é das Câmaras de Direito Tributário, diante da natureza jurídica de tributo.

#### Súmula 55

Nos contratos administrativos de natureza privada não se desloca a competência, em razão da pessoa jurídica de direito público ou respectivas autarquias, fundações de direito público e entidades paraestatais, mantendo-se a competência das Câmaras Especializadas.

#### Súmula 54

Nas ações de cobrança de servidores públicos em que se discute progressão, promoção ou reclassificação, a competência é das Câmaras de Direito Público, exceto se o ente público já reconheceu o direito do servidor administrativamente ou exista decisão judicial reconhecendo-a, pleiteando o servidor ape-

nas as diferenças retroativas àquele benefício, quando então a competência será das Câmaras de Direito Tributário (atuais 1ª, 2ª e 3ª).

### Súmula 53

Nas ações relativas a ensino público ou particular, que tenham como causa de pedir a irregularidade de atos comissivos, omissivos e cobrança, a competência é das Câmaras de Ensino, ainda que figure ente público na relação jurídico-processual.

### Súmula 51

Incidente de Uniformização de Jurisprudência 910.334-2/01, ação de competência originária da Sessão Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, julgado em 17 de maio de 2013, incidente suscitado no julgamento do Mandado de Segurança 910.334-2.

### Súmula 50

É inepta a petição inicial de ação revisional de contrato bancário que não vem acompanhada de cópia do contrato objeto de revisão.

### Súmula 49

No concurso público para escrivão da polícia civil o exame de aptidão física tem amparo legal e sua exigência é razoável e compatível com as atribuições do cargo.

### Súmula 48

A data do trânsito em julgado da sentença é o termo inicial do prazo prescricional para a execução individual de sentença proferida em ações coletivas.

### Súmula 47

Considera-se deserto o recurso que visa exclusivamente a modificação da verba honorária de sucumbência, quando interposto sem o devido preparo, ainda que a parte patrocinada pelo advogado interessado seja beneficiária da assistência judiciária gratuita.

### Súmula 46

É cabível a interposição de recurso adesivo pela parte vencedora questionando os honorários advocatícios fixados na sentença de procedência da pretensão do recorrente.

### Súmula 45

Tratando-se de direitos individuais homogêneos afetados em âmbito nacional, não incide a restrição territorial prevista no art. 16 da Lei 7.347/85, com a redação dada pela Lei 9.494/97.

### Súmula 44

A cobrança de tarifas e taxas pela prestação de serviços por instituição financeira deve ser prevista no contrato ou expressa e previamente autorizada ou solicitada pelo correntista, ainda que de forma genérica.

### Súmula 43

Em sede de exibição de documentos bancários, não basta a mera menção do CPF ou CNPJ do titular para comprovação da relação jurídica com a instituição financeira, devendo o autor instruir a inicial com indício de prova documental da existência da relação jurídica entre as partes.

### Súmula 42

O ônus do adiantamento dos honorários periciais na segunda fase da ação de prestação de contas é daquele que requereu a realização da prova ou da parte autora, quando determinado de ofício pelo juiz.

### Súmula 41

É inexigível, da parte autora, a antecipação dos honorários do curador especial.

### Súmula 40

Em se tratando de relação de consumo, a natureza jurídica da competência é absoluta, vedado o reconhecimento de ofício em desfavor do domicílio do consumidor.

### Súmula 39

O direito à percepção do abono de permanência pelo servidor que permanecer em atividade se constitui imediatamente ao implemento das condições referidas pelo art. 40, § 19 da Constituição Federal, independente de requerimento.

### Súmula 38

Nas execuções individuais de sentença proferida em ação coletiva envolvendo direitos homogêneos, face a natureza genérica da sentença, somente

após a liquidação é possível a incidência de multa de 10% prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil.

### Súmula 37

O cessionário de direitos sobre imóveis financiados pelo SFH possui legitimidade ativa para discutir em juízo as cláusulas do contrato de financiamento, desde que a cessão tenha ocorrido até 25 de outubro de 1996. Após esse período, é necessária a anuência da instituição financeira mutuante, nos termos do artigo 20 da Lei 10.150/2000.

### Súmula 36

É inadmissível, pela instituição financeira, a apropriação de quaisquer valores de natureza salarial da conta bancária do devedor, exceto quando relativo a empréstimo garantido por margem consignável.

### Súmula 35

A competência para o ajuizamento da ação de pagamento de seguro DPVAT é restrita aos foros dos locais onde ocorreu o acidente, dos domicílios do autor e da ré, sendo este a sede principal ou o da agência em que foi efetuado o pagamento do seguro obrigatório.

### Súmula 34

A taxa de segurança, que corresponde ao serviço de combate a incêndio, quando instituída pelo município, ainda que por intermédio de convênio, é inconstitucional, tendo em vista que a sua criação é de competência tributária exclusiva do estado.

### Súmula 33

A exigência de apresentação de certidão negativa de antecedentes para renovação da credencial de despachante não fere o princípio constitucional da presunção de inocência – certidão positiva é a circunstância de condenação com trânsito em julgado. Certidão negativa, para todos os fins de direito, inclusive para fins de renovação da credencial de despachante junto ao Detran, é toda aquela em que nada conste, como aquela com anotação de inquérito e ação penal sem, ainda, trânsito em julgado, em respeito ao princípio da presunção da inocência

### Súmula 32

As leis estaduais 7.637/82 e 11.366/96 não infringem o princípio da isonomia, expresso no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, ao estabelecer

alíquotas diferentes para gratificações relacionadas ao Curso de Oficiais de Administração (COA) e ao Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais (CAO) da Polícia Militar do Estado do Paraná.

### Súmula 31

Os juros moratórios na nota promissória rural limitam-se ao patamar máximo de 1% ao ano.

### Súmula 30

Nas hipóteses de invalidez permanente anteriores à Lei 11.945/09, a indenização do seguro DPVAT deverá ser proporcional ao grau do dano sofrido, cuja mensuração carecerá de exame realizado perante o Instituto Médico Legal, ou, em sua ausência, através de perito indicado pelo juízo.

### Súmula 29

Aos pedidos de complementação de indenização de seguro DPVAT, ainda que relacionados a eventos ocorridos anteriormente à entrada em vigor da Lei 8.441/92, não se aplica a limitação do § 1º do art. 7º da Lei 6.194/74.

### Súmula 28

Nas desapropriações por utilidade pública, não obstante o contido no artigo 15, § 1º, do Decreto-Lei 3.365/41, exige-se a avaliação judicial prévia ao deferimento na imissão provisória da posse do imóvel.

### Súmula 27

O recurso interposto em demanda que visa a declaração da ilegalidade da cobrança de tributos (PIS e Cofins) de forma embutida na conta do consumidor, por se tratar de tema relativo à prestação de serviços, deve ser julgado pelas 11ª e 12ª Câmaras Cíveis.

### Súmula 26

O recurso interposto em face de decisão proferida em demanda que pretende a restituição dos valores pagos indevidamente pelos consumidores, a título de taxa de esgoto cobrada pela Sanepar, deve ser julgado pela 11ª e 12ª Câmara Cível.

### Súmula 25

Os diplomas e certificados expedidos pela Vizivali, do “Programa Especial de Capacitação para a Docência dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil”, ofertado na modalidade a distân-

cia, não conferem aos alunos concluintes qualquer graduação A nível superior, senão a necessária capacitação para o melhor exercício de suas atividades docentes.

#### Súmula 24

É possível a terceirização do exame psicotécnico em concurso público para Agente Penitenciário do Estado do Paraná, sem que isso implique afronta ao art. 6º, § 2º da Lei Estadual 13.666/02.

#### Súmula 23

O recurso interposto em virtude de sentença que promove a revisão das cláusulas financeiras de contrato de mútuo com garantia fiduciária deve ser julgado pela 17ª e 18ª Câmaras Cíveis.

#### Súmula 22

A ação de adjudicação compulsória também denominada ação de outorga de escritura, não apresenta questão dominial a ser dirimida e não foi disciplinada pelo regimento interno, situando-se no âmbito dos recursos alheios à área de especialização.

#### Súmula 21

As ações judiciais contra atos disciplinares militares, nos termos da Emenda Constitucional 45, de 2004, devem ser processadas e julgadas perante a vara da auditoria da justiça militar.

#### Súmula 20

Em face do regime especial de pagamento introduzido pela Emenda Constitucional 62/09 (art. 97, ADCT), adotado pelo Decreto Estadual 6335/10-PR, carece de interesse processual o demandante da compensação de débito tributário com crédito representado por precatório; nas ações em andamento fundamentadas no art. 78 do ADCT, extingue-se o processo sem resolução de mérito (art. 267, VI do CPC).

#### Súmula 19

Os efeitos financeiros da promoção do servidor público (papiloscopista) têm início na data da publicação do respectivo decreto, afastada, nesse aspecto, a disposição contida no Decreto Estadual 1.770/03.

### Súmula 18

É obrigatório o cadastramento dos magistrados ao sistema Bacenjud, no escopo de se conferir ao processo executivo maior celeridade e garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

### Súmula 17

O pagamento da complementação no seguro DPVAT pode ser exigido de qualquer seguradora integrante do convênio.

### Súmula 16

Os juros moratórios, em repetição de indébito de contribuições previdenciárias, são devidos a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva.

### Súmula 15

Os processos em que se discute a concessão de liminar referente a indisponibilidade de bens em ação civil pública, se faz necessária a demonstração do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

### Súmula 14

Os processos em que se discute o desconto previdenciário sobrestado pela ADIN 2.189-3, de servidores inativos e pensionistas, assim como a repetição do indébito no período compreendido entre a vigência da Emenda Constitucional 20/98 e da EC 41/03, devem tramitar normalmente até o julgamento de mérito, sem aguardar o julgamento da referida ADIN pelo Supremo Tribunal Federal.

### Súmula 13

Não se exige o curso de especialização para que os professores aposentados na classe “E” nível “5” sejam enquadrados na última classe e nível criado pela Lei Complementar 77/96, sobretudo porque o novo diploma legal apenas reclassificou os cargos de carreira, devendo assim ser observados o § 8º, do art. 40, da Constituição Federal (art. 35, § 8º da Constituição Estadual), que estende aos inativos as mesmas benesses concedidas aos servidores da ativa, ao menos àqueles aposentados até a edição da EC 41/03, que modificou a disciplina.

### Súmula 12

Nas ações de prestações de contas, em ambas as fases, é admissível a concessão de medida liminar de natureza cautelar para impedir ou suspender a inscrição do nome do devedor nos cadastros da proteção ao crédito.

### Súmula 11

A Lei 10.444, de 7 de maio de 2002, que deu nova redação ao artigo 275, I, do Código de Processo Civil e alterou o limite legal de adoção do procedimento sumário de 20 para 60 salários mínimos, tem aplicação imediata a todos os recursos pendentes de julgamento no Tribunal de Justiça. A competência recursal caracteriza-se como funcional, absoluta, e, portanto, inderrogável, circunstancia a competência de julgamento de todo e qualquer recurso com o valor da ação até 60 salários mínimos para o Tribunal de Alçada.

### Súmula 10

Se o funcionário público não reclamou contra a supressão da gratificação da percentagem fazendária, em decorrência da Lei Estadual 5.978, de 1º de agosto de 1969 (art. 57), passados cinco anos prescreve o próprio fundo do direito e não apenas as prestações correspondentes, a teor do Decreto Federal 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Não se pode manter direito à percepção de vantagem concernente à verba fazendária, já que ela foi revogada por lei (Lei Estadual 5.978/69, do art. 57) e definitivamente desfeita por preceito constitucional (Constituição Federal de 1967, do art. 196), contra o qual não se pode arguir direito adquirido.

### Súmula 9

O recurso cabível da decisão homologatória de simples atualização de conta de liquidação de sentença é o de agravo de instrumento, por não se tratar de ato que ponha termo ao processo (artigos 162, parágrafo 2º e 522, do Código de Processo Civil). É admissível, contudo o princípio da fungibilidade recursal desde que não decorrido o prazo previsto para o recurso apropriado.

### Súmula 8

I – As indenizações para desapropriações, equivalentes em ORTNs, com trânsito em julgado, serão convertidas em OTNs. Expedido o precatório, devidamente formalizado, extinguem-se a obrigação de acordo com o artigo 794, inciso I, do Código de Processo Civil, com o seu efetivo pagamento;

II – As indenizações estabelecidas em cruzeiros, com trânsito em julgado, serão atualizadas até 28/02/1986, de acordo com a Súmula 561 do Supremo Tribunal Federal, sobre o principal, em suas respectivas parcelas, até as datas dos pagamentos efetuadas, deduzidas as importâncias pagas, também atualizadas. Feita a atualização, será a mesma transformada, definitivamente, na mesma data, em cruzados, nos termos dos decretos-leis

2.283/86 e 2284/86, com equivalência em OTNs. Expedido o competente precatório, extingue-se a obrigação, com o real pagamento, conforme dispõe o artigo 794, inciso I, do Código de Processo Civil.

#### Súmula 7

Nos processos regidos pela Lei de Falências (Decreto-Lei 7.661/45) não se aplicam as disposições da Lei 6.899/81.

#### Súmula 6

A gratificação pela Prestação de Serviços em Regime de Tempo Integral e Dedicção Exclusiva, incorpora-se, para todos os efeitos, aos vencimentos, e tem como base de incidência, não só o vencimento básico, como também, os acréscimos constitucionais e demais vantagens pecuniárias percebidas ou percebidas.

#### Súmula 5

A absorção da vantagem determinada pelo artigo 57 da Lei Estadual 5.978, de 1º de agosto de 1969, não importou em revogação ou extinção da gratificação de risco de vida e saúde instituída pelo Estatuto dos Funcionários Civis do Estado do Paraná de 1949 (art. 123, VI, *b*) e mantida pela posterior legislação. O vigente Estatuto manteve essa gratificação ao mencioná-la no artigo 127, V, e ao estabelecer no parágrafo único do artigo 354 que, até serem expedidos aos atos complementares referidos nos artigos 173 e 354, *caput*, para execução do Estatuto, continuaria em vigor a regulamentação existente anteriormente.

#### Súmula 4

Nas ações expropriatórias, com a imissão provisória na posse e de desapropriação indireta, são cumuláveis os juros moratórios e os compensatórios, pois os últimos têm finalidade diversa dos primeiros, ou seja, ressarcir o prejudicado pelo não uso da propriedade, durante o período que dela foi privado. Demais disso, tais juros compensatórios não padecem da limitação do artigo 1.063, do Código Civil e devem representar, assim, a melhor taxa do mercado (12% ao ano).

#### Súmula 3

Os adquirentes de imóvel indiretamente expropriado, mesmo que a aquisição ocorra posteriormente ao apossamento administrativo, têm direito de pleitear indenização contra o expropriante.

### Súmula 2

Nas desapropriações, aplica-se o artigo 30 da Lei 3.365, de 21 de junho de 1941 com a seguinte interpretação:

As custas serão pagas:

- 1º) pelo autor, se o réu aceitar o preço oferecido;
- 2º) pelo autor, se o réu recusar o preço oferecido, prevalecendo essa oposição;
- 3º) em proporção, quando o preço oferecido for recusado, apresentando o réu outro, igualmente, não fixado pela decisão.

### Súmula 1

Na indenização por desapropriação incluem-se os honorários do advogado do expropriado.