

Publicações da Escola da AGU

Processo Civil na Itália e no Brasil: uma visão comparada

volume 9 - n. 02 - Brasília-DF, abr./jun. 2017

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 9	n. 02	p. 1-404	abr./jun. 2017
---------------------------------	----------	------	-------	----------	----------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADA-GERAL DA UNIÃO

Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho	Secretário-Geral de Consultoria
Izabel Vinchon Nogueira de Andrade	Procuradora-Geral da União
Fabrcício da Soller	Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos	Consultor-Geral da União
Cleso José da Fonseca Filho	Procurador-Geral Federal
Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Altair Roberto de Lima	Corregedor-Geral da Advocacia-Geral da União
Cristiano de Oliveira Lopes Cozer	Procurador do Banco Central
Maria Aparecida Araújo de Siqueira	Secretária-Geral de Administração
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor-Geral da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Chiara Michelle Ramos Moura da Silva	Diretora
Paulo Fernando Soares Pereira	Vice-Diretor
Eduardo Fernandes de Oliveira	Coordenador-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Chiara Michelle Ramos Moura da Silva

CONSELHO EDITORIAL

Fábio Victor da Fonte Monnerat
Danielle Monteiro Prezia Aniceto
Federico Penna
Paulo Fernando Soares Pereira

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Glúcia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: Processo civil na Itália e no Brasil: uma visão comparada - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - volume 9, n. 2, (abr./ jun. 2017).

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral, a partir do ano IV, nº 14 periodicidade mensal e a partir do ano VII v. 39 periodicidade trimestral.

A partir de 2016, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os volumes subsequentes.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SUMÁRIO

Apresentação	5
Contraditório e Vedação da Decisão Surpresa no Novo Código de Processo Civil Brasileiro <i>Contradictory and Seal of the Surprise Decision in the New Brazilian Civil Procedure Code</i> <i>Andrea Boari Caraciola</i>	7
A Teoria dos Precedentes Judiciais e o Novo Código de Processo Civil Brasileiro <i>The Theory of Judicial Precedents and the New Brazilian Code of Civil Procedure</i> <i>Claudia Adrièle Sarturi</i>	25
As Técnicas de Coletivização de Julgamento do Recurso Extraordinário do CPC/2015 e as Ações Previdenciárias de Massa: a quase novidade da coletivização do processo, a perda de uma chance e um fracasso anunciado <i>The Techniques of Collectivized Judgment of Brazilian Extraordinary Appeal (Writ of Certiorari) in Civil Procedure Code of 2015 and the Social Security Lawsuits: the nearly new collectivized Civil Process, the Loss of a Chance and an announced failure</i> <i>Dalton Santos Morais</i>	47
Pronunciamento Judicial Sobre a Impugnação ao Cumprimento de Sentença Contra a Fazenda Pública <i>Judicial Pronouncement About the Enforcement Against the Exchequer</i> <i>Danielle Monteiro Prezia Aniceto</i>	69
Boa-Fé Objetiva do Magistrado e Processo Judicial Previdenciário <i>Objective Good-Faith from the Judge and Social Security Judicial Proceeding</i> <i>Diego Calandrelli</i>	83
Limites à Execução da Tutela Específica no Brasil <i>Limits to the Execution of Specific Guarantee in Brazil</i> <i>Felipe Camilo Dall'Alba</i>	119
Amicus Curiae: uma análise à luz dos ordenamentos jurídicos brasileiro e italiano <i>Amicus Curiae: an analysis of Brazilian and Italian legal systems</i> <i>Fernanda Machado Pillar</i>	139
A Produção Antecipada de Provas no Novo Código de Processo Civil <i>The Anticipate Production of Evidence in the New Civil Process Code</i> <i>Frank Gonçalves Nery</i>	163

Da Necessária Exclusividade do Exercício da Advocacia Pública por Advogados Públicos <i>Of the Necessary Exclusivity of the Exercise of State Advocacy Public Attorneys</i> Janaina Noletto Soares Castelo Branco	187
O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo Civil <i>The Fundamental Right to the Reasonable Duration of the Civil Process</i> Juliana de Maria Pereira.....	203
Sistema Recursal Brasileiro Após o Novo Código de Processo Civil e Modalidades de Recursos no Direito Processual Civil Italiano <i>Brazil's Appellate System following the New Civil Procedural Code and Modalities of Impugnation in the Italian Civil Procedural Law</i> Juliana Lima Salvador Renata Silva Pires de Carvalho	229
Advocacia Pública: notas comparativas entre o modelo brasileiro e italiano e as modificações do novo Código de Processo Civil Brasileiro <i>Public Advocacy: comparative notes between the brazilian and italian model and the modifications of the new Brazilian Civil Procedure Code</i> Micheline Silveira Forte Bezerra	255
Bacharelismo, Judicialização e Toga: do burocratismo administrativo ao protagonismo judicial <i>"Bacharelismo", Judicialization and Toga: from administrative beurocratism to judicial protagonism</i> Paulo Fernando Soares Pereira Ana Claudia Farranha.....	295
A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova e a Fazenda Pública: repercussões no Processo Tributário <i>Dynamic Allocation of the Burden of Proof and Public Treasury: effects on Tax Legal Procedure</i> Raquel Vieira Mendes.....	313
O Assédio Moral no Serviço Público e a sua Prova em Juízo <i>The Moral Harassment in the Public Service and its Proof in Court</i> Renata Chohfi Haik.....	333
O Novo Código de Processo Civil e a Contagem dos Prazos no Âmbito do Supremo Tribunal Federal <i>The New Code of Civil Procedure and Time Computation in the Brazilian Supreme Court</i> Ricardo Cravo Midlej Silva.....	365
A Garantia da Não-Surpresa no Direito Italiano e no Direito Brasileiro <i>The Guarantee of the Non-Surprising Decision in Italian Law and in Brazilian Law</i> Sarah Rangel Veloso	381

APRESENTAÇÃO

A Advocacia-Geral da União nasceu com uma vocação tipicamente republicana: resguardar os interesses do Estado brasileiro (União e suas autarquias e fundações federais) no âmbito judicial e extrajudicial, bem como efetuar a assessoria jurídica do Executivo, nos termos do art. 131 da Constituição Federal de 1988. O exercício dessa tarefa não é fácil, exigindo dos Membros e Servidores da Instituição constante aperfeiçoamento, diante do status hipercomplexo do direito brasileiro e estrangeiro, que, não raras vezes, se cruzam.

Nesse sentido, a Escola da AGU tem promovido, constantemente, cursos voltados para o aperfeiçoamento de seus Membros e Servidores, a fim de aprimorar o conhecimento jurídico e de gestão pública dos mesmos.

O Curso de Processo Civil na Itália e no Brasil: uma visão comparada, realizado na Universidade de Roma Tor Vergata, no ano de 2016, surpreendeu pelo elevado nível de qualidade das discussões e foi um sucesso, rendendo muitos frutos, como demonstra a presente publicação.

Os artigos que seguem demonstram o nível de maturidade da Advocacia-Geral da União. Os Membros e Servidores selecionados para participar de quaisquer cursos fora do país, ao final dos estudos, além de participação efetiva, devem redigir um artigo, demonstrando que a capacitação contribuiu para o engrandecimento institucional e pessoal do interessado.

A presente publicação aborda uma série de questões que envolvem a tormentosa questão processual brasileira, principalmente após a entrada em vigor do recente Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), com as suas múltiplas promessas de melhoria de um sistema processual e judiciário hipercomplexos, o qual exige, cada vez mais, humildade para reconhecer que a tradicional dogmática bacharelesca já não é suficiente para dar soluções, devendo o jurista estar pronto para o diálogo e desafios que o direito atual impõe a todos que atuam em nosso sistema jurídico.

Desejamos a todos uma boa leitura!

Paulo Fernando Soares Pereira

Vice-Diretor da Escola da AGU

CONTRADITÓRIO E VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

**CONTRADITORY AND SEAL OF THE SURPRISE DECISION
IN THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE**

Andrea Boari Caraciola

Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos

pelo Centro de Direitos Humanos – IGC da Faculdade de Direito de Coimbra

Doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,

Mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Professora adjunta de Direito Processual Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie

SUMÁRIO: Introdução; 1 Contraditório e ampla defesa; 2 Expressões do contraditório; 3 Contraditório e proibição das “decisões surpresa”; 4 Repercussões do contraditório no novo Código de Processo Civil brasileiro; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O contraditório e a ampla defesa são assecuratórios de um processo democrático, na medida em que legitimam o ato de poder do Estado em virtude do diálogo estabelecido entre o juiz e as partes no decorrer da relação processual. A utilização pelo juiz, quando do julgamento da causa, de elementos estranhos ao que se discutiu no processo, resulta no que se convencionou denominar de “decisão-surpresa”, “decisão solitária” ou, ainda, “sentença de terceira via”, altamente reprovável e que, por violar o contraditório, contamina de nulidade a decisão maculada por esse vício. Elemento essencial ao processo enquanto manifestação do Estado de Direito e que se traduz numa garantia fundamental de Justiça, o contraditório legitima a participação no processo, bem como as decisões judiciais, constituindo uma das principais garantias do processo, sob pena de nulidade diante do prejuízo ao direito de defesa. O novo Código de Processo Civil brasileiro, além de expressamente assegurar o contraditório em inúmeras situações e dispositivos legais, adotou uma tríade processual: o contraditório, a cooperação e a bo-fé, proibindo que as partes sejam surpreendidas por decisões face às quais não puderam influir.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Contraditório. Proibição de Decisão Surpresa. Modelo Constitucional do Processo.

SUMMARY: The contradictory and ample defense are assecuratories of a democratic process, in that they legitimize the act of power of the State by virtue of the dialogue established between the judge and the parties during the procedural relation. The use by the judge, at the trial of the case, of elements extraneous to what was discussed in the case, results in what is known as a “surprise decision”, a “solitary decision” or a “sentenza di terza via”. Reprehensible and that, by violating the contradictory, it contaminates of nullity the decision tarnished by this vice. An element essential to the process as a manifestation of the rule of law and which is translated into a fundamental guarantee of justice, the adversary legitimizes participation in the process, as well as judicial decisions, constituting one of the main guarantees of the process, under penalty of nullity in the face of Right of defense. The new Brazilian Code of Civil Procedure, in addition to expressly ensuring the contradiction in numerous legal situations and provisions, has adopted a procedural triad: contradiction, cooperation and good faith, prohibiting parties from being surprised by decisions that they could not influence.

KEYWORDS: Civil Procedure. Contradictory. Prohibition of Surprise Decision. Constitutional Model of the Process.

INTRODUÇÃO

Inova o legislador processual brasileiro ao introduzir uma “Parte Geral” no Código de Processo Civil brasileiro de 2015, parte esta destinada a orientar metodologicamente o estudo, a sistematização e a aplicação das normas processuais civis à luz do modelo constitucional do processo.

O artigo 1º. do novo diploma processual brasileiro determina que “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

O Código acolhe a ideia de que o contraditório deve ser visto como uma garantia de *participação com influência e de não surpresa*. É nessa perspectiva que nos propomos a investigar o tema neste ensaio, tendo em vista um processo cooperativo, em que todos os seus atores trabalham juntos, ainda que com objetivos distintos, pois só assim é possível garantir a igualdade das partes no processo e a feição democrática da jurisdição.

1 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Elementos essenciais ao processo enquanto manifestação do Estado de Direito e que se traduzem numa garantia fundamental de Justiça, exsurgem o contraditório e a ampla defesa¹ como assecuratórios de um processo democrático, na medida em que legitimam o ato de poder do Estado em virtude do diálogo estabelecido entre o juiz e as partes no decorrer da relação processual. Assim, maculada de nulidade estará qualquer decisão, sem que às partes seja possibilitada manifestação acerca das questões objeto do litígio.²

1 Cumpre salientar que o Texto Maior, no dispositivo do inciso LV do artigo 5º., indica: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa.” Contempla dois princípios distintos, mas cuja imbricação é flagrante e inquestionável: “A consagração da ampla defesa e contraditório no mesmo dispositivo constitucional indica, de um lado, que o legislador constituinte os concebe como princípios distintos, de outro, que guardam entre si uma relação umbilical de interdependência que torna impossível, na dialética processual conceber um sem o outro.” SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. *A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.135. Inexiste contraditório sem defesa e, desta forma, inequívoca a relação de consequência, consoante preleção de Rui Portanova: “O princípio da ampla defesa é uma consequência do contraditório, mas tem características próprias. Além do direito de tomar conhecimento de todos os termos do processo (princípio do contraditório), a parte também tem o direito de alegar e provar o que alega e – tal com o direito de ação – tem o direito de não se defender. Optando pela defesa, o faz com plena liberdade.” PORTANOVA, *Princípios do processo civil*. Rio Grande do Sul: Livraria do advogado, 2001. p.125.

2 Neste sentido a preleção de José Roberto dos Santos Bedaque que, ao definir contraditório, estabelece a inequívoca pertinência do tema para com o Estado democrático de Direito: “Contraditório nada mais é do que o conjunto de atividades desenvolvidas pelos sujeitos do processo, reveladoras da existência do diálogo entre eles, visando à correta formação do provimento jurisdicional.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998. p.94. No mesmo sentido Nelson Nery Junior: “O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação

Necessário possibilitar às partes, no *iter* procedimental, o direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e o seu resultado, desenvolvendo a defesa das próprias razões antes da prolação da decisão, consoante a preleção de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³:

O contraditório constitui, sem dúvida, elemento essencial ao fenômeno processual, especialmente pela imprescindível participação dos interessados no *iter* de formação do provimento destinado a interferir em sua esfera jurídica. Não se pode deixar de reconhecer, no entanto, que a intervenção dos interessados deve ser exercida mediante equitativa distribuição dos respectivos poderes, faculdades e deveres, de modo a haver efetiva correspondência e equivalência entre as posições contrapostas. Por outro lado, tal *estrutura*, necessariamente dialética, deve condizer com a dinâmica dialética do processo: a simetria, mútua implicação e substancial paridade das posições subjetivas traduz-se, para cada um dos participantes, na possibilidade de intervir de forma não episódica e, sobretudo, de exercer um conjunto de controles, reações e escolhas, bem como a necessidade de se submeter aos controles e reações alheias.

Decorre o contraditório do amplo direito de defesa, a conferir previsibilidade ao réu, o que se afigura indispensável a fim de que consiga avaliar o que de pior possa acontecer face ao acolhimento do pedido e para que possa se orientar e decidir acerca da sua atuação em juízo, o que inclui, até mesmo, a decisão de não se defender.

Enquanto expressão dialética do processo, o contraditório revela, a par do binômio informação-possibilidade *de reação*, o diálogo entre os sujeitos do processo para a formação do provimento jurisdicional. Nesse sentido, íntima a comunicação entre o contraditório e a ampla defesa, consoante preleção de Ada Pellegrini Grinover: “As garantias da defesa e do contraditório são intimamente ligadas, porque da defesa brota o contraditório e, pela informação que se dá pelo contraditório, faz-se possível a defesa.”⁴ Sobre o tema também se manifesta José Roberto dos Santos Bedaque⁵:

com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório.” NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 5ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.128-130.

- 3 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, v. 73/1994, p. 7 – 14, jan./mar. 1994.
- 4 GRINOVER, Ada Pellegrini. “O sistema de nulidades processuais e a Constituição.” In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva (Coord.). *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993. p.162.
- 5 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda.” In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.19.

Ampla defesa é a garantia de participação conferida exclusivamente às partes da relação processual. Já o contraditório é fenômeno mais amplo, pois ele se refere também ao juiz, que deve, juntamente com os sujeitos parciais do processo, assumir postura ativa no desenvolvimento do processo, preocupando-se com seu resultado.

2 EXPRESSÕES DO CONTRADITÓRIO

Refletindo a dialética do processo e constituindo sua própria essência, o contraditório é dotado de conteúdo múltiplo, de sorte que se nos afigura relevante sublinhar as suas várias expressões, já que na atualidade, o contraditório já não mais pode ser decodificado tão somente como simples bilateralidade da instância, na qual apenas as partes são seus destinatários, reduzido o seu conteúdo ao binômio conhecimento-reação. Essa, a expressão do contraditório em sentido fraco⁶, na qual se exclui o juiz como um de seus destinatários e que se esgota no direito de uma parte conhecer as alegações feitas pela outra e se manifestar a esse respeito.

Destacamos assim, num primeiro plano da abordagem, a interação ação-possibilidade de reação, binômio este a traduzir o dever imposto ao juiz de informar a parte sobre tudo o que ocorre no processo, daquilo que é de seu conhecimento a respeito da causa e de todas as atividades da parte contrária, de maneira a ser efetivada a oportunidade para manifestação.

Em sentido diverso e contraposto destacamos o contraditório em sentido forte⁷, que não se esgota no binômio ação-reação, de sorte a ultrapassar essa visão estática do contraditório, para compreender, também, o direito de influência no desenvolvimento do processo e na formação da decisão judicial que será suportada pelas partes, exurgindo, daí, o contraditório como valor-fonte do processo, promovendo o exercício de uma democracia participativa e caracterizando-se como um instrumento adequado para a busca da verdade no processo.⁸

Como segunda expressão do contraditório forte, revelamos a utilização do debate em júízo como mecanismo assecuratório da Justiça da decisão, porquanto a lei, ao prever a participação dos sujeitos processuais na solução do conflito, tem em vista a justa composição da lide.

6 PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, p. 763-675. Padua: Cedam, jul./set. 1998.

7 PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, p. 680. Padua: Cedam, jul./set. 1998.

8 CAVANI, Renzo. Contra as "nulidades-surpresa": o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de Processo*, v. 218, 2013, p. 65-68, abr. 2013.

Surge o contraditório adstrito à ideia de colaboração estabelecida no processo entre as partes e o juiz, ou seja, por esse prisma de análise, emerge a necessidade de serem satisfeitas exigências de solidariedade e socialidade pelo processo, de sorte a atuar o magistrado na busca da igualdade substancial das partes quando estas não possuírem a mesma disponibilidade de meios de defesa.

A esse respeito Carlos Alberto Álvaro de Oliveira afirma que:

A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fática da causa efetuada pelo órgão judicial. E exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples 'objeto' de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões. A matéria vincula-se ao próprio respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento de juiz, atuando assim como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição.⁹

Imanente ao modelo constitucional do processo, o contraditório não se restringe às partes, de sorte a englobar, também, a participação do juiz, destinatário da garantia que, desta forma, na condução do processo, tem o poder-dever de conferir e possibilitar-lhes tratamento racional e igualitário, evitando que as partes sejam surpreendidas com decisões inesperadas, a respeito de pontos sobre os quais não tenha havido prévio debate.

Fundamental esse entendimento para que se possa visualizar no princípio em comento o trinômio: informação necessária, reação possível e diálogo pertinente, sendo assegurado às partes o direito de influência no desenvolvimento do processo e na construção da decisão judicial a ser por elas suportada.

Verifica-se nesse contexto a superação da doutrina clássica reducionista do contraditório à mera garantia formal, traduzida no binômio informação-possibilidade de reação, sobrelevada na atualidade, a garantia em seu sentido substancial, de modo a ser afirmada a participação do juiz no diálogo estabelecido entre as partes, tendo em vista a formação de seu livre convencimento. É nessa perspectiva que deve ser entendida a previsão legal veiculada no *caput* do artigo

9 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. "Garantia do contraditório." In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.139.

9º. do Código de Processo Civil brasileiro: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

O direito de participação, portanto, acompanha o desenvolvimento de todo *iter* procedimental e, é nessa perspectiva que se destaca a figura do juiz diretor do processo, figura esta desenhada a partir da superação dos opostos juiz-ditador, inerente ao processo inquisitivo e, do juiz-espectador, pertencente à supremacia do processo dispositivo que, no exercício da função jurisdicional, deve estar atento ao dever de imparcialidade de sorte a zelar e proporcionar a igualdade entre as partes em litígio.

Feitas estas breves considerações, podemos verificar que se faz assegurada, pelo contraditório, a possibilidade concedida aos litigantes de se pronunciarem e intervirem ativamente no processo, garantido, assim, o direito de atuarem de modo crítico e construtivo sobre seu resultado.

Imperioso destacar que o contraditório garante uma “tríplice ordem de situações subjetivas processuais”, situações estas que compreendem: a) o direito de receber informações adequadas e tempestivas sobre as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela parte contrária e pelo juiz, durante todo o processo; b) o direito de defender-se ativamente, posicionando-se sobre cada questão, de fato ou de direito, que seja relevante para o deslinde da causa; como de resto, também, c) o direito de pretender que o juiz leve em consideração as suas defesas, as suas alegações e as suas provas, quando da prolação da decisão.¹⁰

Nesse contexto vale destacar o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, proferido no julgamento do Mandado de Segurança n.º 25.787-3/DF pelo Supremo Tribunal Federal¹¹:

Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1*, 1969. T. V, p. 234). [...]. Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado *Anspruch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito

10 THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 283.

11 Supremo Tribunal Federal, MS n.º 25787, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2006, DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLICAÇÃO 14-09-2007 DJ 14-09-2007 PP-00032 EMENT VOL-02289-02 PP-00198 RTJ VOL-00205-03 PP-01160 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 217-254, trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes, destaques no original.

do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – *BverfGE* 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. *Einführung in das Staatsrecht*. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- 1) *direito de informação (Recht auf Information)*, que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- 2) *direito de manifestação (Recht auf Äusserung)*, que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- 3) *direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung)*, que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (cf. PIEROTH; SCHLINK. *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS; GUSY. *Einführung in das Staatsrecht*. Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, nº 85-99).

Desta forma, ao proporcionar a ampla participação dos sujeitos processuais na confecção do provimento final, o contraditório legitima o ato estatal: a decisão judicial existe e é válida, eficaz e legítima, consentânea com as normas constitucionais e com os ideais democráticos.

3 CONTRADITÓRIO E A PROIBIÇÃO DAS “DECISÕES-SURPRESA”

A utilização pelo juiz, quando do julgamento da causa, de elementos estranhos ao que se debateu no processo, elementos estes de fato ou de direito, quer se trate de matéria de ordem pública ou não, resulta no que se convencionou denominar de “decisão-surpresa”, “decisão solitária” ou, ainda, “sentença de terceira via” (*sentenza di terza via*), altamente reprovável e que, por violar o contraditório, contamina de nulidade a decisão maculada por esse vício.

Segundo a ótica do Estado constitucional, impõe-se que toda decisão judicial seja precedida da efetiva oportunidade de que as partes possam sobre ela influir, ainda que se trate de matéria de ordem pública, sobre a qual se impõe o dever de conhecimento de ofício pelo juiz, tendo em vista

propiciar às partes apresentar elementos de informação que possibilitem ao juiz melhor conhecer o tema a ser decidido.

Nesse sentido a doutrina de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira¹², mesmo antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil brasileiro que, em seu artigo 10 determina: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Desta forma, o contraditório também surge adstrito à ideia de se evitar surpresas às partes por meio do reconhecimento de matérias que não tenham sido debatidas, sequer postas em juízo.

Nesse contexto destacamos ainda doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves¹³:

Não seria justo a uma parte não ter a oportunidade de se manifestar a respeito de alegações formuladas pela outra e, de repente, se ver prejudicada no processo por sua ‘provocada omissão’. O direito de ser informado está intimamente ligado ao direito de não ser pego de surpresa por alegações da parte contrária que anteriormente não eram conhecidas.

Não há a possibilidade de uma parte ser surpreendida, quicá prejudicada, em razão de elementos sobre os quais não tenha o magistrado proporcionado o prévio e devido debate em juízo.

Nessa esteira, em decorrência da garantia constitucional do contraditório, proíbe-se a chamada decisão surpresa, que se caracteriza como uma decisão lastreada em premissas que não tenham sido objeto de prévio debate entre as partes ou a respeito das quais não se tenha tomado prévio conhecimento no processo em que proferida.¹⁴ Impõe-se ao juiz, sob essa perspectiva, sob pena de caracterização de uma sentença de “terza via”¹⁵, consoante doutrina italiana, o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, notadamente sobre aqueles que

12 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, n. 71/35. São Paulo: RT, jan. 1994, “mesmo a matéria que o juiz deva conhecer de ofício impõe-se pronunciada apenas com a prévia manifestação das partes, pena de infringência da garantia [do contraditório]. [...] Ainda aqui o diálogo pode ser proveitoso, porque o juiz ou o tribunal, mesmo por hipótese imparcial, muita vez não se apercebe ou não dispõe de informações ou elementos capazes de serem fornecidos apenas pelos participantes do contraditório”.

13 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Contraditório e matérias de ordem pública.” In: CALDEIRA, Adriano; FREIRA, Rodrigo da Cunha Lima. *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil*: estudos em homenagem ao ministro José Augusto Delgado. São Paulo: Podivm, 2007. p.101.

14 SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 136.

15 DENTI, Vittorio. Questioni rilevabile d’ufficio e contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2. p. 217-231. Padua: Cedam, abr./jun. 1968. Conferir ainda: GRADI, Marc. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 4. p. 826-848. Pádua: Cedam, jul./ago. 2010.

poderão ser objeto de decisão judicial, seja a requerimento da parte ou, até mesmo, de ofício.¹⁶

Nesse sentido a lição de André Pagani de Souza¹⁷:

[...] a decisão-surpresa é aquela cujos fundamentos não foram mencionados no processo ou a respeito dos quais não foi conferida a oportunidade de prévia manifestação. É uma decisão que surpreende a todos porque é pronunciada sem que ninguém – exceto o seu prolator – tenha tido oportunidade de tomar conhecimento prévio sobre seus fundamentos. Por outras palavras, trata-se de uma decisão sobre a qual não se oferece previamente a chance de conhecimento ou manifestação acerca de seus fundamentos.

Observa-se, pois, que pela garantia do contraditório não há como se conceber decisões judiciais que venham a surpreender às partes por consignarem matéria estranha à discussão, ao debate em juízo estabelecido, o que se faz em respeito à própria ideia de Justiça.

Assim sendo, reitere-se, na preservação da garantia constitucional, impõe-se a proibição de que as partes sejam surpreendidas, quando da prolação da sentença, com a inclusão de fatos novos, bem como com a concessão de tutela inadstrita aos limites do pedido.¹⁸

Relativamente aos fatos, impõe-se a vinculação do juiz aos elementos trazidos para a causa pelas partes, em observância à teoria da substanciação, o que nos faz afirmar que a sentença não pode julgar além ou fora do que tiver sido, na causa, pelas partes suscitado.

Ao magistrado é vedado, em observância à previsibilidade inerente ao direito de defesa, bem como em respeito ao contraditório, conhecer do que não tenha sido solicitado, apreciar questões que venham a extrapolar o quanto pelas partes tenha sido postulado, bem como considerar fatos que por elas não tenham sido deduzidos.

Diante de qualquer prova produzida e inserida nos autos, deve o magistrado, para atender à garantia constitucional e, nesse sentido, evitar surpresas, proporcionar ciência aos interessados para que, em querendo, possam exercer o contraditório.

Não se há de questionar o poder-dever conferido ao magistrado para reconhecer *ex officio* e, no curso do processo, as matérias de ordem pública, sejam elas de natureza material ou processual. O novo Código de Processo Civil brasileiro, no supramencionado artigo 10, superando qualquer questionamento

16 NERY JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 261.

17 SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 136 (destaque do autor).

18 CARACIOLA, Andrea Boari. *O princípio da congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: LTr, 2009. p. 75.

acerca da possibilidade (ou não) de o juiz conhecer de ofício tais matérias, exige expressamente a abertura do contraditório diante de tais temas, na esteira do que já ocorre em ordenamentos estrangeiros, tais como no ordenamento processual português, francês, alemão e italiano, por exemplo.

Trazemos primeiramente à colação a experiência materializada no ordenamento português, no artigo 3º, item 3, cuja redação é a seguinte: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”.¹⁹

O direito francês também veicula comando nesse mesmo sentido no artigo 16, alínea 1ª, ao consignar que: “O juiz deve, em qualquer circunstância, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório”, que deve ser conjugada com sua alínea 3ª, segundo a qual “ele não pode fundamentar sua decisão em motivos, explicações e documentos propostos de ofício sem ter antes solicitado às partes que apresentassem suas defesas”.²⁰

Por seu turno, o direito alemão, veicula, na segunda alínea do artigo 139, reformado em 2004, vedação às chamadas *sentenças com surpresa*, de sorte a conter dispositivo legal que permite ao juiz fundamentar sua decisão em ponto não discutido pelas partes, somente quando tiver provocado o debate, providência esta que também se aplica quando a decisão estiver fundamentada em entendimento de direito diverso do proposto pelas partes. Demais, a alínea terceira do mesmo dispositivo legal determina ao magistrado, ainda, dar ciência às partes dos pontos que poderão ser enfrentados *ex officio*.²¹

19 Sobre o ponto, acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, que situa corretamente a matéria: “O princípio do contraditório impõe que as partes no processo sejam previamente ouvidas sobre todas as questões relevantes a decidir, sob pena de as decisões emitidas poderem constituir uma decisão surpresa, com a qual não contavam razoavelmente, impedindo-as de, a seu tempo, alegarem o que tivessem por conveniente sobre a matéria” (1.ª Subsecção do CA, Processo 0961/05, j. 30.11.2005, rel. Rui Botelho). Conferir: MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão surpresa”. *Revista de Processo*, v. 233/2014, p. 43/64, jul. 2014.

20 Dispõe o atual art. 16 do Nouveau Code de Procédure Civile: “Le Juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction”. A atual redação determinou o retorno aos textos de 1971 e 1972, já que sua alínea 1.ª, que dispensava o Juiz de observar “le principe de la contradiction des débats lorsqu’il relève d’office un moyen de pur droit”, foi anulada por decisão do Conseil d’État, em 12.10.79. Revigorou-se antigo texto de 1971, que proibia o Juiz de fundar sua decisão “sur les moyens de droits autres que d’ordre public qu’il a relevés d’office ou sur les explications complémentaires qu’il a demandées, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”.

21 Consoante o § 139 da Zivilprozessordnung alemã: “(1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados em fatos afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica da qual a parte não tenha, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de

O Código de Processo Civil italiano, mesmo antes da Reforma realizada em 18 de junho de 2009, já continha em seu artigo 183, parágrafo 4º, aplicável ao rito ordinário, a seguinte redação: “o juiz deve indicar às partes as questões que podem ser abordadas de ofício e sobre as quais reputa oportuna a discussão”, dispositivo legal este que expressamente consignava o dever imposto ao juiz de provocar o debate das questões cognoscíveis de ofício, mas não cominava nenhuma sanção ao seu descumprimento. Hoje, após a Reforma, o Código de Processo Civil italiano prevê em seu novo e atual artigo 101 que: “o juiz, salvo se a lei dispuser de forma diversa, não pode decidir qualquer questão se a parte contra a qual é proposta não tiver a oportunidade se sobre essa questão se manifestar”.²²

Transposta a questão para o ordenamento pátrio, temos que a correta aplicação da norma legal veiculada no novo Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 10, no que toca ao reconhecimento de matérias de ordem pública, impõe, sim, a observância do contraditório, sob pena de caracterização das “nulidades-surpresa”, derivadas de um vício resultante de um exercício inválido do poder de decisão perpetrado pelo magistrado.

Destarte, ainda que não tenha deferido algo diverso do pedido e, ainda que o resultado final seja o que foi postulado, a “decisão-surpresa”, por violar as garantias do contraditório e do devido processo legal, permanece maculada de nulidade: o vício não decorre do resultado, mas do meio para alcançá-lo, incompatível com as garantias constitucionais conferidas aos litigantes.²³

discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Contra o conteúdo dos autos, só é admitida prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder-lhe prazo para posterior esclarecimento por escrito”. Conferir: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 196.

22 Vale destacar o julgado da Corte de Cassação italiana, que examinou o problema da decisão-surpresa: “La violazione del dovere di collaborazione, integrata dalla mancata segnalazione delle questioni che il giudice ritiene di sollevare d’ufficio, determina, nel caso in cui si tratti di questioni che aprono nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale, nullità della sentenza per avere violato il diritto di difesa delle parti (art. 24 Cost.), privandole dell’esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie, sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria” (Corte di Cassazione, Sez. III civ., Sentenza n. 16577, decisão de 05.08.2005). Conferir: MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão surpresa”. *Revista de Processo*, v. 233, p. 43/64, jul. 2014.

23 MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão surpresa”. *Revista de Processo*, v. 233, 2014. p. 43/64, jul. 2014.

4 REPERCUSSÕES DO CONTRADITÓRIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Dotado de conteúdo múltiplo, se nos afigura relevante desenhar, dentre as várias expressões do princípio do contraditório, aquelas que exsurtem com maior higidez positivadas no texto do novo Código de Processo Civil brasileiro.

Resta claro que o novo Código de Processo Civil brasileiro, além de expressamente assegurar o contraditório em inúmeras situações e dispositivos legais, adotou uma tríade processual: o contraditório, a cooperação e a boa-fé. Assim é que, consoante a feição do contraditório, surge ele influenciado pela cooperação, devendo se desenvolver numa atmosfera qualificada pela boa-fé.²⁴

Ao inaugurar a “Parte Geral” do novo Código de Processo Civil brasileiro, o legislador insculpe no artigo 7º. a igualdade entre as partes, a paridade de tratamento e de armas, devendo o juiz zelar e velar pelo contraditório efetivo.²⁵

Ainda sob a égide principiológica, exsurtem complementarmente as disposições contidas nos artigos 9º. e 10º.²⁶, de modo a reforçar a tutela constitucional do processo e rechaçar as “decisões-surpresa”, ainda que matéria de ordem pública verse a questão processual.

Cumpre-nos destacar que, em perfeita simetria com princípio da cooperação entre os protagonistas do processo, a garantia do contraditório é expressamente contemplada nos artigos 7º., 9º. e 10º. do novo Código de Processo Civil brasileiro, mas também, de algum modo, referenciada em outros artigos do Código, dentre os quais passamos a destacar, de forma exemplificativa, os abaixo relacionados.

O artigo 98, § 1º, VIII²⁷, ao versar sobre a gratuidade da justiça, destaca que a mesma compreende também os depósitos previstos em lei para a interposição

24 DUARTE, Zulmar. *Contraditório cooperando de boa-fé*: por uma nova gramática do processo. Disponível on line: <http://genjuridico.com.br/2015/01/15/contraditorio-cooperando-de-boa-fe-por-uma-nova-gramatica-do-processo>. Acesso em: 16 maio 2015.

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

26 Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I – à tutela provisória de urgência;

II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III – à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

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

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

[...]

de recurso, propositura de ação, como de resto demais para a prática de outros atos processuais “inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório”.

Na mesma esteira, o artigo 329, II²⁸ disciplina a possibilidade de alteração do pedido e da causa de pedir, como também o momento procedimental para tanto. Em essência são mantidas as bases do CPC/73, de sorte que, até a citação, permite-se essa alteração livremente, sem a necessidade de consentimento do réu; já após o saneamento, apenas é permitida tal alteração com o consentimento do réu e “*assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar*”.

O artigo 372²⁹, na mesma linha e, sem correspondente no Código de Processo Civil de 1973, ao disciplinar a viabilidade da produção da prova emprestada, assevera a indispensabilidade do contraditório, de modo a que o juiz possa admitir sua utilização, atribuindo-lhe o valor que entender devido, “*observado o contraditório*”.

Por sua vez, o artigo 493, notadamente no que toca a disciplina à novidade positivada em seu parágrafo único³⁰, exige que as partes sejam ouvidas em contraditório nas hipóteses em que, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito. Se o juiz constatar de ofício o fato novo, “*ouvirá as partes sobre ele antes de decidir*”.

Em grau recursal, em respeito à dialeticidade no processamento dos recursos, impõe-se observar a oitiva da parte contrária no *iter* procedimental. O novo Código de Processo Civil brasileiro, corrigindo uma omissão constante no Código de 1973, é expresso quanto a necessidade de oitiva da parte contrária no processamento dos embargos de declaração, notadamente quando de seu julgamento puder a decisão embargada sofrer alguma modificação.

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

28 Art. 329. O autor poderá:

I – até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;

II – até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir.

29 Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

30 Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

Assim, muito bem vinda a expressa previsão legal, no artigo 1.023 parágrafo 2º,³¹ quanto ao processamento dos declaratórios com a oitiva da parte contrária: *“O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada”*.

Em um único dispositivo legal, duas novidades bastante interessantes: a expressa previsão quanto a possibilidade de os embargos de declaração conferirem efeito infringente à decisão embargada e a expressa previsão quanto a necessidade de os declaratórios serem processados em contraditório, nas hipóteses que tais. Aliás, não poderia ser diferente em um Código que prioriza o modelo constitucional do processo e que elege a tônica do contraditório como um vetor em prol das bases democráticas da jurisdição.

Em que pese não exauriente nossa abordagem acerca dos dispositivos legais materializados no novo Código de Processo Civil brasileiro que versam sobre o contraditório, é possível decodificar, pela exposição acima, que o novo diploma processual, ao sobrelevar as bases democráticas da jurisdição, eleva à máxima proteção e pormenorização a garantia do contraditório, cânone fundamental do processo!

5 CONCLUSÃO

O direito processual civil mantém afinidades e relações plúrimas com os demais ramos do direito, sendo certo que sua imbricação com o direito constitucional é marcante e intensa, a evidenciá-lo como base fundamental, o que resta bastante claro no texto do novo Código de Processo Civil brasileiro que, em sua “Parte Geral”, a par de sua função normativa e didática, invoca explicitamente uma série de princípios que atuam como vetores de otimização do sistema processual civil.

Espécies de normas que dão coerência ao sistema, os princípios jurídicos ocupam inequívoca posição de destaque no ordenamento. Eles veiculam um enunciado lógico, genérico e fundamental, dotado de referência direta de valor, atuando como diretivas de interpretação e de integração do direito. Exercem uma função dinamizadora e transformadora no sistema, dotados de força expansiva e construtiva, contribuindo, sobremaneira, quer na interpretação evolutiva do ordenamento.

Os princípios não se confundem com regras técnicas. Eles constituem mandamentos nucleares que veiculam disposições fundamentais

31 Art. 1.023 parágrafo 2º. O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada.

a definir a lógica e a racionalidade de um sistema, conferindo-lhe, desta forma, sentido harmônico.

O direito processual civil está subordinado a certos princípios que atuam de forma a direcionar a elaboração, a interpretação e a aplicação das normas que lhe são afetas.

Elemento essencial ao processo enquanto manifestação do Estado de Direito e que se traduz numa garantia fundamental de Justiça, exsurge o contraditório como assecuratório de um processo democrático, na medida em que legitima o ato de poder do Estado em virtude do diálogo estabelecido entre o juiz e as partes no decorrer da relação processual, de sorte a estar maculada de nulidade qualquer decisão, sem que às partes seja possibilitada manifestação acerca das questões objeto do litígio.

Refletindo a dialética do processo e constituindo sua própria essência, o contraditório é dotado de conteúdo múltiplo, de sorte que se nos afigura relevante sublinhar as suas várias expressões, já que na atualidade, o contraditório já não mais pode ser decodificado tão somente como simples bilateralidade da instância, na qual apenas as partes são seus destinatários, reduzido o seu conteúdo ao binômio conhecimento-reação.

Necessário ultrapassar o entendimento que as partes possam ser consideradas simples objeto do pronunciamento judicial. Mister destacar o direito a elas conferido de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e o seu resultado, desenvolvendo a defesa das próprias razões antes da prolação da decisão: esta, uma questão adstrita à dignidade humana, encontrando expressão, no âmbito processual, no princípio do contraditório e na vedação das decisões-surpresa.

Certo é que o contraditório não se esgota no binômio ação-reação, de sorte a ultrapassar essa visão estática da garantia, para compreender, também, o direito de influência no desenvolvimento do processo e na formação da decisão judicial que será suportada pelas partes, exurgindo, daí, o contraditório como valor-fonte do processo, promovendo o exercício de uma democracia participativa e caracterizando-se como um instrumento adequado para a busca da verdade no processo!

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARACIOLA, Andrea Boari. *O princípio da congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: LTr, 2009.

CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de Processo*, v. 218, p. 65/68, abr. 2013.

DENTI, Vittorio. Questioni rilevabile d'ufficio e contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2. p. 217/231. Padua: Cedam, abr./jun. 1968.

DUARTE, Zulmar. *Contraditório cooperando de boa-fé: por uma nova gramática do processo*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/01/15/contraditorio-cooperando-de-boa-fe-por-uma-nova-gramatica-do-processo/>. Acesso em: 16 maio 2015.

GRADI, Marc. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 4. p. 826-848. Pádua: Cedam, jul./ago. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O sistema de nulidades processuais e a Constituição. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva (Coord.). *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993.

MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão surpresa”. *Revista de Processo*, v. 233, p. 43/64, jul. 2014.

NERY JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 261.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Contraditório e matérias de ordem pública. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRA, Rodrigo da Cunha Lima. *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao ministro José Augusto Delgado*. São Paulo: Podivm, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, n. 71/35. São Paulo: RT, jan. 1994.

PICARDI, Nicola. Il principio del contradditorio. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, p. 763/675. Padua: Cedam, jul./set. 1998.

PORTANOVA, *Princípios do Processo Civil*. Rio Grande do Sul: Livraria do advogado, 2001.

SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. *A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

*THE THEORY OF JUDICIAL PRECEDENTS AND THE NEW
BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE*

Claudia Adrielle Sarturi
Procuradora Federal
Graduada em Direito pela UFPR
Pós-graduada em Direito Público pela UnB

SUMÁRIO: Introdução; 1. Conceitos fundamentais; 1.1 Jurisprudência, súmulas e precedentes; 1.2 Ratio decidendi e obiter dictum; 1.3 Técnica de confronto e aplicação do precedente: Distinguishing e a decisão per incuriam; 1.4 Técnica de superação do precedente: Overruling e o overriding; 2. Princípios informadores do sistema de precedentes; 2.1 Princípio da isonomia; 2.2 Princípio da segurança jurídica; 3. Teoria dos precedentes judiciais e o novo Código de Processo Civil Brasileiro; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: O Poder Judiciário estabelece, a partir da legislação, a norma jurídica geral que fundamenta a solução do caso concreto, ou seja, a *ratio decidendi*, que não é confundida com o *obiter dictum*, os quais são os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado. As técnicas de confronto e aplicação do precedente - *distinguishing* e a decisão *per incuriam* são tratadas no artigo, bem como as técnicas de superação de precedente - *overruling* e o *overriding*. De forma geral, analisamos o instituto dos precedentes na *Common law* e *Civil law* a partir da perspectiva histórica, suas diferenças e a convergência de sistemas. Para compreensão da teoria dos precedentes judiciais, necessário estabelecer as diferenças entre jurisprudência, precedentes e súmulas. Superada as questões preliminares acerca da teoria dos precedentes judiciais, analisamos a questão da adoção do sistema de precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes. Teoria. Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

ABSTRACT: The Judiciary establishes, from the legislation, the general legal norm that bases the solution of the concrete case, that is to say, the *ratio decidendi*, which is not confused with the *obiter dictum*, which are the dispensable bases for the attainment of the result. The techniques of confrontation and application of precedent - *distinguishing* and decision *per incuriam* are dealt with in the article, as well as the techniques of overcoming of precedent - *overruling* and *overriding*. Generally speaking, the institute of precedents in *Common law* and *Civil law* from the historical perspective, as well as their differences and the convergence of systems will be analyzed. To understand the theory of judicial precedents, it is necessary to establish the differences between jurisprudence, precedents and restatements of precedents. Overcome the preliminary questions about the theory of judicial precedents, the question of the system of precedents in the New Brazilian Code of Civil Procedure will be analyzed.

KEYWORDS: Precedents. Theory. New Brazilian Code of Civil Procedure.

INTRODUÇÃO

Indiscutível o papel que a jurisprudência exerce na construção do direito positivo, aparecendo a força normativa do precedente judicial no novo Código de Processo Civil - NCPC, como será demonstrado.

Embora não existam modelos puros, historicamente o sistema da Common law é baseado em precedentes, ao passo que o direito do sistema romano-germânico está assentado primordialmente na lei.¹ A divisão dos sistemas jurídicos entre os países de origem anglo-saxônica (Common law), e aqueles de origem romano-germânica (Civil law), surgiram em circunstâncias políticas culturais distintas, levando à formação de tradições jurídicas diferentes, definidas por institutos e conceitos próprios a cada um dos sistemas.

Na Inglaterra, os juízes e legisladores se mesclaram para defender os direitos do povo contra o monarca². Os juízes, na França do antigo regime, eram fiéis ao status quo. Assim, a Revolução Francesa instituiu um direito novo e destruiu o poder real, sendo obrigada a silenciar os juízes, os quais passaram a pronunciar as exatas palavras da lei.³ O juiz era considerado a “boca da lei”.^{4 5}

- 1 ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 73/74.
- 2 Luiz Guilherme Marinoni, esclarece: “...Na Inglaterra, ao contrário do que ocorreu na França, os juízes não só constituíram uma força progressista preocupada em proteger o indivíduo e em por freios no abuso do governo, como ainda desempenharam papel importante para a centralização do poder e para a superação do feudalismo. Naquele país, a unificação do poder se deu de forma razoavelmente rápida, com a eliminação da jurisdição feudal e de outras jurisdições paralelas. Os juízes colaboraram para esta unificação, afirmando o direito de ancestral tradição da nação, sem qualquer necessidade de rejeição à tradição jurídica do passado”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 57).
- 3 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. Texto base da conferência proferida no Congresso de Direito Processual, realizado pelo Instituto dos Advogados do Paraná entre os dias 21 e 23 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/Confer%C3%Aancia_IAP2.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2016.
- 4 Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier: “O segundo dos momentos importantes na formação do sistema do civil law foi justamente quando esta concepção ruiu: a Revolução Francesa. Trata-se de um movimento social, político e jurídico que ocorreu no final do século XVIII. O centro do poder, pela via da revolução sangrenta, se transferiu para o povo. A classe emergente, a burguesia, insatisfeita com o abuso dos poderosos (clero e nobreza), liderou este movimento, inspirada nas ideias de Hobbers, Rosseau, Montesquieu: o poder seria dividido em três funções, atribuídas a três órgãos diferentes. Foi neste momento histórico, em que, como numa traição à ideia originária de dividir-se em três as funções do poder, concebeu-se um Judiciário sem reais poderes, por desconfiança. Concebeu-se a figura do juiz como um ser inanimado, que seria a “boca da lei”. Robespierre dizia: “a palavra jurisprudência deve ser apagada da nossa língua”. (grifo nosso). WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Precedentes e Evolução do Direito*. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 25.
- 5 Luiz Guilherme Marinoni: “A necessidade de construção de um ‘novo direito’, capaz de albergar as aspirações revolucionárias, recebeu grande reforço das ideias de Montesquieu. O princípio da separação dos poderes, nos moldes de Montesquieu, desejou o juiz como um ‘ser inanimado’, cuja função deveria ser a de apenas descrever as palavras da lei. Não é por outra razão que o juiz é aí visto como a ‘boca da lei’”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 25/26).

Segundo Ronaldo Cramer⁶,

O poder de julgar, limitado pela Revolução de 1789, ampliou-se ao longo do tempo, possibilitando ao juiz a interpretação do texto da lei, para revelar a norma e aplica-la ao caso concreto.

Após a Segunda Guerra Mundial, com o surgimento de normas com cláusulas gerais e conceitos jurídicos aliados ao advento do pós-positivismo, reconhecendo a força normativa dos princípios jurídicos, a atividade de julgar tornou-se ainda mais ampla, dado que o sentido de várias normas do ordenamento jurídico passou a depender do caso concreto.

Atualmente, a divisão entre Common law e Civil law não é tão exata. As pesquisas científicas recentes e as reformas normativas implementadas têm demonstrado, de um modo geral, que a referência ao precedente, não é mais uma característica peculiar dos ordenamentos jurídicos da Common law, estando presente em quase todos os sistemas, inclusive naqueles de Civil law.⁷

Segundo Taruffo,

De um lado, de fato, nos sistemas de Civil Law faz-se amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto nos sistemas de Common Law faz-se amplo uso da lei escrita e áreas inteiras desses ordenamentos - do direito comercial ao direito processual - são na realidade 'codificadas'.⁸

Verifica-se, pois, que há uma convergência, aproximação das tradições.

A diferença entre Common law e Civil law não reside no conteúdo do Direito essencialmente, similares nos aspectos gerais quando consideramos as afinidades econômicas, culturais e políticas. A diferença consiste na forma de individualização dos direitos. No primeiro caso, a lógica é do tipo indutiva, ou seja, de casos individuais extrai-se uma regra geral a ser aplicada a casos futuros. O processo serve de instrumento técnico para constituição do próprio direito. No segundo caso, a lógica judiciária é dedutiva, pois da regra geral (lei) deduz-se uma regra particular ao caso concreto. O instrumento que se vale o direito é a legislação.⁹

Portanto, verifica-se que o Common Law tem o precedente como a principal fonte do Direito. A norma jurídica é extraída a partir do julgamento do caso concreto para, após ser abstraída, ser aplicada a casos idênticos, sendo que o processo de normatização segue do concreto ao abstrato. O Direito Processual se sobrepõe ao Direito Material e o protagonista é o Poder Judiciário. No Civil

6 CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 27.

7 ROSITO, op. cit., p. 14.

8 TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

9 ROSITO, op. cit., p. 74/76.

Law, a lei é a principal fonte do Direito. Da lei se depreende a norma jurídica que disciplinará todos os casos previstos em sua hipótese de incidência. O Direito Material predomina sobre o Direito Processual, sendo que o Poder Legislativo tem papel de destaque.¹⁰

Existem ainda alguns elementos constitutivos do sistema da Common law que o particularizam frente ao sistema da Civil law: Poder Judiciário compacto, cujas decisões gozam de maior prestígio e autoridade; diversa formação profissional dos juízes; possibilidade das cortes supremas selecionarem os casos a serem decididos. Quanto ao efeito dos precedentes, o sistema europeu-continental funda-se sobre a autoridade da coisa julgada, ou seja, a força jurídica da sentença, no modelo original¹¹, não excede o caso concreto e afeta somente as partes. No sistema anglo-saxão, além de observar a coisa julgada com os seus efeitos subjetivos limitados às partes, baseia-se na doutrina do stare decisis, tendo os precedentes força vinculante contra todos.¹²

Common law não se confunde com stare decisis. Aquele nasceu como um sistema em que não havia direito legislado, sendo a norma jurídica produzida a partir das decisões das cortes reais, ou seja, o direito se forma a partir de casos julgados. Neste, por sua vez, o precedente não constitui apenas fonte de produção do direito, mas tem que ser seguido pelos órgãos judiciais. Assim, os tribunais são vinculados às suas próprias decisões, e as decisões dos tribunais de hierarquia superior subordinam as decisões dos tribunais de hierarquia inferior.^{13 14}

Daniel Amorim Assunção Neves, ao explicar a diferença entre o precedente brasileiro e precedente na tradição da Common law, ressalta que, neste, um julgamento não nasce precedente, mas se torna um precedente a partir do momento em que é utilizado posteriormente como razão de decidir em outro julgamento. Logo, os julgamentos só se tornam precedentes no momento em que passam a concretamente servir como fundamento de decisão de outros julgamentos. Já no Brasil foi adotada outra técnica na formação de precedentes, uma vez que o NCPC prevê de forma expressa e específica quais são os julgamentos que serão considerados precedentes.¹⁵

10 CRAMER, op. cit., p. 28.

11 Atualmente, verifica-se que há uma convergência dos sistemas.

12 ROSITO, op.cit., p. 76/77.

13 CRAMER, op. cit., p. 22.

14 Nas palavras de Bruno Periolo Odahara: "O stare decisis, portanto mostra-se como 'uma forma distinta de restrição por precedente. Sob a doutrina do stare decisis, uma corte deve decidir as questões da mesma forma que ela decidiu no passado, mesmo que os membros da corte tenham mudado, ou ainda que os mesmos membros tenham mudado de ideia. Tanto quanto o precedente vertical, o stare decisis - precedente horizontal - trata de seguir as decisões do outro". (ODAHARA, Bruno Periolo, Um rápido olhar sobre o stare decisis. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Organizador). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 87/88.

15 NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1312.

Na Civil law, o direito sempre foi pensado como vinculado à legislação, cuja aplicação ao caso concreto dar-se-ia com a colaboração de juiz, encarregado apenas de declarar uma norma preexistente para a correta solução do caso. Mesmo quando se percebeu que a lei poderia não ser suficiente, imaginava-se a tarefa do juiz ligada a extrair da legislação a resposta para o caso concreto. Em decorrência, segurança jurídica, liberdade e igualdade sempre foram conceitos normalmente pensados tendo como referencial exclusivamente a legislação. Essa forma de pensar encontra-se impregnada pela ideologia da separação de poderes, ligada ao constitucionalismo revolucionário francês, e pelo cognitivismo interpretativo.¹⁶

Superadas as questões preliminares quanto à diferenciação entre Civil law e Common law, compete esclarecer que o presente artigo pretende avaliar se a teoria dos precedentes judiciais e os institutos a ela inerentes foram incorporados pelo Novo Código de Processo Civil Brasileiro – NCPC.

1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Antes de tratarmos da questão acerca da incorporação, ou não, da teoria dos precedentes judiciais pelo NCPC, necessário delimitar alguns conceitos fundamentais para a compreensão daquela. Entretanto, primeiramente, a fim de evitar o uso equivocado dos institutos, necessário estabelecer a diferença entre jurisprudência, súmulas e precedentes.

1.1 Jurisprudência, súmulas e precedentes

Precedente judicial não se confunde com qualquer pronunciamento judicial, nem com o conjunto das decisões judiciais. Também não se confunde com súmulas de um tribunal. O termo pode representar diversos sentidos. Em sentido amplo, pode ser entendido como uma ou mais decisões prévias que funcionam como modelos para casos posteriores, ou seja, representam razões de direito que servem de fundamento para futuras decisões. Contudo, em um sentido restritivo, significa apenas decisões vinculantes provindas de cortes superiores de uma mesma jurisdição sobre determinada matéria, ou seja, se restringe à decisão vinculante verticalmente, obrigando os juízes a seguirem as decisões das cortes superiores.¹⁷

Em uma concepção ampla, portanto, precedente representa um caso passado que serve de orientação para um caso futuro. Os seus efeitos vão além das partes envolvidas no processo. Quanto ao seu conteúdo, fornece uma regra que pode ser aplicada a caso futuro, em razão da similitude

16 MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 79/80.

17 ROSITO, op. cit., p. 91.

fática. Cabe ao juiz do caso sucessivo considerar a decisão anterior como precedente, delimitando o seu alcance.¹⁸ Francisco Rosito esclarece que:

O precedente judicial pode ser classificado como constitutivo ou interpretativo. Os precedentes constitutivos são aqueles que criam a regra a partir do direito costumeiro. Já os precedentes interpretativos são aqueles que fixam a interpretação das normas legais. No Common law, encontram-se em ambas as espécies, enquanto no Civil law verificam-se somente os precedentes interpretativos, que não deixam de ter a mesma importância operacional em comparação aos precedentes constitutivos.

Daniel Mitidieiro, em sua obra “Precedentes: da persuasão à vinculação”, nos ensina que o termo jurisprudência é de origem francesa. As súmulas foram incorporadas ao direito brasileiro como um método de trabalho destinado a facilitar a tarefa de controle então exercida pelo Supremo Tribunal Federal. Em ambos os casos, a influência provém da tradição romano-canônica. Depois da transformação dos conceitos de jurisprudência e de súmulas, a doutrina brasileira começou a propor a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios – vinculantes – no direito brasileiro, recaindo sob a área de influência do Common law.¹⁹ Nas exatas palavras do autor:

Jurisprudência, súmulas e precedentes, portanto, revelam dois caminhos distintos trilhados pelo direito brasileiro à procura de uma solução para o problema da vinculação ao direito. Embora oriundos de diferentes tradições, o Novo Código de Processo Civil buscou entrelaçá-los visando à prestação da tutela dos direitos – contingência que impõe a sua adequada leitura e reconstrução dogmática.²⁰

Daniel Amorim Assumpção Neves critica o emprego das expressões pelo Código de Processo Civil de 2015, uma vez que se vale de forma constante das expressões precedente, jurisprudência e súmula, nem sempre de forma técnica e adequada.²¹

Por precedente, entende-se quando um órgão jurisdicional se vale de uma decisão previamente proferida para fundamentar sua decisão, empregando-a como base de tal julgamento. Se a decisão não transcender o caso concreto, nunca sendo utilizada como razão de decidir de outro julgamento, não é considerada precedente. Por sua vez, se uma decisão se vale de um precedente como razão de decidir, não pode ser considerada precedente.²²

18 ROSITO, p. 92/93.

19 MITIDIERO, p. 81/82.

20 Ibid., p. 82.

21 NEVES, op. cit., p. 1297.

22 Ibidem, p. 1297/1298.

Jurisprudência é o resultado de um conjunto de decisões judiciais no mesmo sentido sobre uma mesma matéria proferidas pelos tribunais. Assim, é formada por precedentes, que podem ser vinculantes e persuasivos, e por meras decisões que não constituem precedentes.²³

Nesse sentido, precedente é objetivo, já que se trata de uma decisão específica que venha a ser utilizada como fundamento do decidir em outros processos. A jurisprudência, por sua vez, é abstrata, porque não vem materializada de forma objetiva em nenhum enunciado ou julgamento, sendo extraída do entendimento majoritário do tribunal na interpretação e aplicação de uma mesma questão jurídica.²⁴

A súmula é uma consolidação objetiva da jurisprudência. O tribunal, ao reconhecer que formou um entendimento majoritário a respeito de uma determinada questão jurídica tem o dever de formalizar esse entendimento por meio de um enunciado.²⁵

Portanto, súmula se presta a veicular o entendimento do Tribunal acerca de qualquer questão, sendo a consagração de uma tese jurídica vencedora. Caracteriza-se, tecnicamente, por ser um enunciado sintético, geral e abstrato, capaz de expressar a *ratio decidendi* comum às reiteradas decisões sobre determinada matéria. É a expressão do resultado de um procedimento específico adotado por um tribunal para eliminar as variações de interpretação, sem a participação em contraditório das partes.²⁶

Não se deve confundir precedente com *leading case*. Este pode ser de duas espécies: a) aquele que primeiro decide uma determinada controvérsia; ou b) pode ser aquele que primeiro estabelece uma determinada solução para uma determinada controvérsia já resolvida anteriormente, configurando alteração da jurisprudência. As duas hipóteses podem ou não se tornar precedentes, o que dependerá da circunstância de ser possível extrair do seu núcleo uma norma jurídica passível de aplicação a casos futuros.²⁷ Assim,

Geralmente, quando se trata de questões relevantes, o *leading case* acaba tornando-se precedente, destacando-se frente às demais decisões por sua autoridade diferenciada, tendo por função constituir um critério de referência para se obter uma jurisprudência uniforme.²⁸

Feita a necessária diferenciação dos institutos jurisprudência, súmula e precedentes, passa-se a análise da *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

²³ NEVES, op. cit., p. 1298.

²⁴ *Ibidem*, p. 1298.

²⁵ *Ibidem*, p. 1298.

²⁶ ROSITO, op. cit., p. 95.

²⁷ *Ibidem*, p. 94/95.

²⁸ ROSITO, p. 95.

1.2 Ratio decidendi e obiter dictum

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, citando Cruz e Tucci, esclarecem que o precedente é composto de duas partes distintas, ou seja, as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia e a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) da decisão. Logo, a *ratio decidendi* é apenas um dos elementos que compõem o precedente e é o que tem caráter obrigatório ou persuasivo. Constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto. Ela é composta: da indicação dos fatos relevantes da causa, do raciocínio lógico-jurídico da decisão e do juízo decisório.²⁹

Em uma primeira perspectiva, segundo Ronaldo Cramer,

Considerando que se deve construir uma teoria dos precedentes à luz do nosso ordenamento, a *ratio decidendi* deve se achar, exclusivamente, na fundamentação, jamais no relatório ou no dispositivo do julgado, tampouco pode estar implícita no julgado, uma vez que o princípio da motivação das decisões judiciais, previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição, exige que a fundamentação deve ser sempre expressa.³⁰

Os tribunais brasileiros utilizam a expressão “motivos determinantes” e “razão de decidir” para se referir à *ratio decidendi*. Essa é o núcleo do precedente, seus fundamentos determinantes, sendo exatamente o que vincula. Distingue-se da fundamentação *obiter dictum*, que são prescindíveis ao resultado do julgamento, argumentos jurídicos ou considerações feitas apenas de passagem, de forma paralela e prescindível para o julgamento, que por não serem essenciais ao resultado do precedente, não vinculam.³¹

A *ratio decidendi* não se confunde com o *obiter dictum*, ou seja, passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para a solução da controvérsia. *Obiter dictum* pode ser utilizado como argumento de persuasão, mas não para ser invocado como precedente vinculante.³²

Segundo esclarece Luiz Guilherme Marinoni, dentro da fundamentação estão presentes os motivos determinantes da decisão ou a *ratio decidendi*. Motivo determinante é o motivo que, considerado na fundamentação, mostra-

29 BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR. Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. v. 2, Salvador: JusPodivm, 2008. p. 350.

30 CRAMER, op. cit., p. 103.

31 NEVES, op. cit., p. 1313.

32 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 177.

se imprescindível à decisão que foi tomada, ou seja, é essencial, é determinante da decisão. Constitui a *ratio decidendi*.³³

A *ratio decidendi* não se confunde com nenhum dos elementos da decisão judicial, mas constitui algo externo a ambos, é formulado a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo.³⁴

Transcrevemos as palavras de Daniel Amorim Assunção Neves, para o qual:

[...] a *ratio decidendi* (chamada de holding no direito americano) é o núcleo do precedente, seus fundamentos determinantes, sendo exatamente o que vincula. Distingue-se da fundamentação *obiter dicta*, que são prescindíveis ao resultado do julgamento, ou seja, fundamentos que, mesmo se fossem sem sentido invertido, não alterariam o resultado do julgamento. São argumentos jurídicos ou considerações feitas apenas de passagem, de forma paralela e prescindível para o julgamento, como ocorre com manifestações alheias ao objeto do julgamento, apenas hipoteticamente consideradas. Justamente por não serem essenciais ao resultado do precedente os fundamentos *obiter dicta* não vinculam.³⁵

Citamos o Enunciado 318 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC³⁶:

318. (art. 927). Os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (*obiter dicta*), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante. (Grupo: Precedentes)

Deve-se ressaltar que uma decisão pode conter mais de uma *ratio decidendi*. Nesse caso, todas elas têm eficácia vinculante. Ainda, cabe ao intérprete do julgamento a tarefa de identificar a *ratio decidendi*, apesar de ser aconselhável, em especial naqueles julgamentos destinados a se tornarem precedentes vinculantes, que seja delimitada pelos próprios julgadores.³⁷

Quanto à identificação da *ratio decidendi*, segundo José Rogério Cruz e Tucci:

Para a correta inferência da *ratio decidendi*, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra

33 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 293.

34 *Ibid.*, p. 223.

35 NEVES, op. cit., p. 1313.

36 Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2017.

37 NEVES, op. cit., p. 1314.

invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada *ratio decidendi*; caso contrário, a resposta será positiva.³⁸

Coisa julgada vincula as partes à decisão do objeto litigioso de um determinado caso, ou seja, à solução da questão principal apresentada no dispositivo da decisão. Para se identificar a força vinculativa dos precedentes judiciais, é preciso investigar a *ratio decidendi* dos julgados anteriores, encontrável em sua fundamentação. Portanto, extrai-se da *ratio decidendi*, por indução, uma regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes, ou seja, da solução de um caso concreto obtém-se uma regra de direito que pode ser generalizada.³⁹

1.3 Técnica de confronto e aplicação do precedente: Distinguishing e a decisão *per incuriam*

O distinguishing parte do particular para o geral, na medida em que o magistrado compara as circunstâncias fáticas e a *ratio decidendi* do caso a ser julgado e as circunstâncias fáticas e a *ratio decidendi* dos casos julgados em momento precedente.

Francisco Rosito⁴⁰ explica que o instituto da seguinte maneira:

Distinguishing (diferenciação) é a técnica utilizada no sistema da Common law para demonstrar que os fatos do caso concreto sob julgamento são diferentes dos fatos que geraram o precedente, razão pela qual este não deve ser aplicado àquele. Parte do pressuposto de que há fatos distintos que autorizam julgamento em sentido diverso do precedente. Em síntese, fatos diversos requerem julgamento diferenciado.

Note-se que a norma jurídica do precedente não é tida como incorreta. Simplesmente não ocorre o mesmo substrato fático. Por conseguinte, a técnica da diferenciação não é propriamente de superação do precedente, porquanto a proposição jurídica sobrevive, mas sim de demonstração de que os motivos determinantes do precedente não se aplicam ao caso presente, tendo em vista que inexistente adequação material.

Para Freddie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, dificilmente haverá absoluta identidade de circunstâncias nos casos. Contudo, se o caso concreto revela alguma peculiaridade que o diferencia do paradigma, ainda assim é possível que a *ratio decidendi* extraída do precedente lhe seja aplicada.⁴¹ Nas palavras dos citados autores:

³⁸ CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 177.

³⁹ BRAGA; DIDIER JR.; OIVEIRA, op. cit., p. 351.

⁴⁰ ROSITO, op. cit., p. 300.

⁴¹ BRAGA; DIDIER JR.; OIVEIRA, op. cit., p. 353.

Notando, pois, o magistrado que há distinção (*distinguishing*) entre o caso sub *judice* e aquele que ensejou o precedente, pode seguir um desses caminhos: (i) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente; (ii) ou estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*).

[...]

Se, feita a comparação, o magistrado observar que a questão está sendo enfrentada pela primeira vez, tem-se então um *hard case*, cujo mérito deve ser enfrentado independentemente da utilização, como fundamento, de precedentes judiciais.

[...]

Pode ocorrer, contudo, que o magistrado ou tribunal, ao decidir o caso em julgamento, ignore um precedente obrigatório ou uma lei relacionada ao caso. Tem-se, então, em casos tais, a chamada decisão *per incuriam*. Para que assim se caracterize, é necessário demonstrar-se que, tendo conhecimento do precedente ou da lei ignorados, o magistrado ou tribunal chegaria a um resultado diverso daquele alcançado.

Marcelo Alves Dias de Souza⁴² define decisões *per incuriam* quando uma decisão foi dada na ignorância de um precedente obrigatório ou de uma lei relativos ao caso. Importante destacar que é necessário ficar caracterizado que se a corte tivesse tido ciência do precedente ou lei, teria chegado a conclusão diversa do caso, ou seja, não se trata somente do fato de um precedente obrigatório ou uma lei não terem sido referidos no julgamento. As decisões *per incuriam* não constituem precedente que deva ser seguido.

1.4 Técnica de superação do precedente: *Overruling* e o *overriding*

A técnica denominada *overruling* consiste na rejeição do precedente, reconhecendo-se a existência de fundamento jurídico para abandono do precedente anteriormente estabelecido. Cuida-se da hipótese em que o precedente se revela ultrapassado ou equivocado, sendo substituído por decisão que adota diferente orientação.⁴³

⁴² SOUZA, Marcelo Alves dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 146.

⁴³ ROSITO, op. cit., p. 304/305.

A substituição do precedente pode ser expressa ou tácita. A decisão que implicar *overruling* exige como pressuposto uma carga de motivação maior, que traga argumentos até então não suscitados e a justificação complementar da necessidade de superação do precedente.⁴⁴

Quanto aos motivos de superação do precedente, o pressuposto é que o critério de julgamento deve ajustar-se às mudanças de circunstâncias, o que decorre da compreensão da hermenêutica de que o sistema é operacionalmente fechado ao ambiente, mas cognitivamente e semanticamente aberto. Por consequência, o ajuste hemerênutico, no mais das vezes, é necessário, na medida em que o tempo jurídico (mundo do dever ser) não coincide com o tempo dos fatos ocorridos na realidade social (mundo do ser). Entretanto, as mudanças devem ser significativas. A força vinculante do precedente se refere ao momento do precedente, ou seja, às circunstâncias que vigoram ao tempo da sua constituição.⁴⁵

Quanto à superação total de um precedente, Daniel Mitidiero⁴⁶, em brilhantes palavras, esclarece:

A superação total de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua congruência social e da sua consistência sistêmica ou a um evidente equívoco na sua solução. Quando o precedente carece de congruência e consistência ou é evidentemente equivocados, os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica, liberdade e igualdade – deixam de autorizar a sua replicabilidade (*replicability*), com o que deve ser superado, sob pena de estancar-se o processo de contínua evolução do Direito. Essa conjugação é tida pela doutrina como a norma básica para superação de precedente (*basic overruling principle*). (grifo no original)

A eficácia da substituição pode ser *ex tunc* (*retrospective overruling*), caso em que o precedente substituído não poderá ser invocado nem mesmo quanto a fatos anteriores à substituição, que ainda estejam pendentes de análise e julgamento pelos tribunais. A substituição também pode ser com eficácia *ex nunc* (*prospective overruling*), quando a *ratio decidendi* do precedente substituído permanece válida e vinculante para os fatos ocorridos e para os processos instaurados antes da substituição. Há também a *anticipatory overruling*, espécie de revogação preventiva, por órgãos inferiores, do precedente firmado por Corte superior, nos casos em que esta última, sem dizer expressamente, altera o seu posicionamento quanto a precedente firmado anteriormente.⁴⁷

44 BRAGA; DIDIER JR.; OIVEIRA, op. cit., p. 354/355.

45 ROSITO, op. cit., p. 310/311.

46 MITIDIERO, op. cit., p. 196/120.

47 BRAGA; DIDIER JR.; OIVEIRA, op. cit., p. 355.

Overriding, segundo Fredie Didier JR., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira ocorre:

[...] quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. No overriding, portanto, não há superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial. É uma espécie de revogação parcial.⁴⁸

Daniel Mitidiero, na sua obra *Precedentes: da persuasão à vinculação*, entende de forma diversa, ou seja, “Um precedente pode ser alterado de forma integral (overruling) ou parcial (overturning). Nesse último caso o precedente pode ser reescrito (overriding) ou transformado (transformation).”⁴⁹

Marcelo Alves Dias de Souza chama a atenção para a diferença entre overruling e reversal. Para o autor, o segundo é simplesmente a reforma de uma decisão de uma corte a quo, feita por uma corte ad quem, através de um recurso, dentro de um mesmo processo.⁵⁰

Ao tratar da superação da tese jurídica, ou seja, overruling, considerando as particularidades do NCPC, Daniel Amorim Assunção Neves traz as seguintes ponderações:

Não resta dúvida de que a superação do precedente é medida muito mais drástica que a aplicação da distinção no caso concreto, porque por meio da superação do precedente ele deixa de existir como fonte vinculante. Não é naturalmente anulado, revogado ou reformado, porque o precedente na realidade é uma decisão judicial já transitada em julgado, mas com a superação o entendimento nele consagrado deixa de ter eficácia vinculante e até mesmo persuasiva, sendo substituído por outro.

[...]

Se o art. 926 do Novo CPC exige uma jurisprudência íntegra, coerente e estável, é natural se compreender que a superação do precedente deva ocorrer com parcimônia, em situações excepcionais. Se o sistema de precedentes e súmulas com eficácia vinculante não devem engessar o direito, por outro lado não existe sistema de precedentes e súmulas com eficácia vinculante sem segurança jurídica e estabilidade.⁵¹

Portanto, as técnicas de superação de precedentes visam basicamente evitar a petrificação do direito, aprimorando o pensamento jurídico para que haja uma adequação ao desenvolvimento social, o que exige uma

48 BRAGA, DIDIER JR.; OIVEIRA, op. cit., p. 355.

49 MITIDIERO, op. cit., p. 119.

50 SOUZA, op. cit., p. 153.

51 NEVES, op. cit., p. 1317/1318.

fundamentação adequada por parte do órgão julgador. Contudo, a superação do precedente deve ocorrer em situações excepcionais, para que haja segurança jurídica e estabilidade.

2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DO SISTEMA DE PRECEDENTES

Trataremos dos principais princípios informadores do sistema de precedentes, quais sejam: princípio da isonomia e da segurança jurídica.

2.1 Princípio da isonomia

O artigo 5º da Constituição Federal consagra o princípio da isonomia como elemento indissociável do Estado Democrático de Direito, orientando todo o ordenamento jurídico. Tratamento desigual é apenas permitido quando necessário a realização da própria igualdade, desde que haja razões que o justifiquem.⁵²

Não é possível a concretização do princípio da igualdade se a casos idênticos não é dado tratamento uniforme. Para que o precedente seja aplicado de forma correta, deve-se identificar a norma do precedente e a correlação entre o caso precedente e o caso concreto. Não basta que a igualdade se restrinja ao plano legislativo, mas deve se estender ao julgador na tarefa de interpretar a norma e aplica-la ao caso concreto.

Francisco Rosito conclui a análise do referido princípio ressaltando que a observância da igualdade também obriga os julgadores a justificarem as desigualdades. Havendo fundamento para superação dos precedentes, a aplicação do princípio da igualdade exige do julgador a exposição das suas razões, evitando-se a discricionariedade e a arbitrariedade.⁵³

A aplicação incorreta de um precedente, além de violar norma específica, viola o princípio da igualdade, disposto no art. 5º da Constituição Federal.

2.2 Princípio da segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica, ou, em uma análise mais restrita, da proteção da confiança, juntamente com o princípio da igualdade, é situado entre os mais importantes a nortear o uso dos precedentes judiciais. Trata-se de dois princípios estreitamente vinculados, uma vez que a segurança jurídica é condição necessária para que seja assegurada justiça pelo julgador, mediante tratamento isonômico de situações iguais.⁵⁴

⁵² MARINONI, op. cit., p. 141.

⁵³ ROSITO, p. 136.

⁵⁴ Ibid., p. 136/138.

Luiz Guilherme Marinoni menciona que “...a segurança jurídica assume as figuras de princípio da ordem jurídica estatal e de direito fundamental”. A Constituição brasileira refere-se à segurança como valor fundamental, arrolando-a no caput do art. 5º como direito inviolável. Ainda que não haja expressa referência à segurança jurídica com um direito fundamental, a Constituição Federal possui inúmeros dispositivos que a tutelam, como os incisos II (princípio da legalidade), XXXVI (inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito), XXXIX (princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal) e XL (irretroatividade da lei penal desfavorável) do art. 5º.⁵⁵

O ordenamento que não respeita os precedentes torna a resposta judicial imprevisível para a sociedade e compromete a estabilidade da ordem jurídica. O precedente é constituído para concretizar a segurança jurídica.⁵⁶

Marinoni esclarece que para que a ideia de segurança jurídica não se perca em uma extrema generalidade, há necessidade de se discriminar dois elementos imprescindíveis à sua caracterização: univocidade na qualificação das situações jurídicas e previsibilidade em relação às consequências das suas ações. Assim, o cidadão deve saber, na medida do possível, não apenas os efeitos que as suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas.⁵⁷

O supracitado autor também ressalta que a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável, ter um mínimo de continuidade. Isso se aplica à legislação e à produção judicial.⁵⁸

O art. 926 do NCPC prevê que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Ao discorrer sobre esse artigo quando trata do princípio da segurança jurídica, Ronaldo Cramer esclarecer que:

Estabilidade da jurisprudência significa a existência de precedentes firmes e sólidos, capazes de demonstrar, sem dificuldade, o posicionamento do tribunal sobre determinadas questões. E isso somente se alcança se os tribunais respeitarem, além dos precedentes dos tribunais superiores, os seus próprios.

Ademais, jurisprudência estável constitui pressuposto para se identificar e se compreender, com segurança, o precedente que será aplicado ao caso concreto.

⁵⁵ MARINONI, op. cit., p. 121/122.

⁵⁶ CRAMER, op. cit, p. 124.

⁵⁷ MARINONI, op. cit., p. 122/123.

⁵⁸ Ibid, p. 123.

Teresa Wambier lembra que, além de comprometer o uso dos precedentes, a estabilidade da jurisprudência é fundamental para gerar credibilidade para o Judiciário.

Estabilidade ainda quer dizer que os tribunais devem, sempre que possível, evitar a superação de seus precedentes, e, se e quando fizerem, devem justificar de forma específica essa alteração (art. 927, §4º, do NCPC).

[...]

Dessa forma, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência foram previstas no caput do art. 926 do NCPC para viabilizar o sistema de precedentes, impondo que o precedente seja alterado excepcionalmente (estabilidade), que sua construção deva considerar o que já se decidiu (integridade) e que sua aplicação somente deva ocorrer para casos idênticos ao seu caso (coerência). (grifo no original)⁵⁹

Portanto, a aplicação do sistema de precedentes concretiza o princípio da segurança jurídica.

3 TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O art. 926 do NCPC prevê que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. O §1º traz a previsão de edição de enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. O regimento interno dos tribunais regularão a forma e os pressupostos para edição dos enunciados de súmulas.

Segundo o § 2º do art. 926, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação, ou seja, consagrando o respeito à *ratio deducendi* na edição de súmulas. Nesse contexto, o tribunal deverá considerar os fundamentos principais dos precedentes aplicáveis aos fatos sobre os quais recaíram a aplicação do Direito.⁶⁰

O NCPC conta com técnicas repressivas para outorgar unidade ao direito (recurso extraordinário, recurso especial, arts. 102, III, 105, III, CF, e 1.029, e embargos de divergência, art. 1.043) e uniformizar a sua aplicação (apelação, art. 1.009, agravo de instrumento, art. 1.015, e agravo interno, art. 1.021). Todavia, sobressaem técnicas preventivas em detrimento de repressivas (art. 926, art. 947, arts. 976 a 987). Isso decorre da percepção de que a interpretação do direito não é simples declaração de

59 CRAMER, op. cit., p. 125/129.

60 NEVES, op. cit., p. 1299.

uma norma preexistente ou mesmo extração do seu conteúdo normativo. A norma é fruto da interpretação, dada a dupla indeterminação do direito, sendo imprescindível que a jurisdição colabore com a legislação a fim de que o significado do direito seja densificado, precisado e comunicado aos seus destinatários. Direito como produto de uma relação dinâmica e cooperativa que se estabelece entre legislação, doutrina e jurisprudência.⁶¹

Daniel Mitidieiro⁶² explica que, “Sendo a tônica na jurisdição, naturalmente que a densificação da segurança jurídica e a promoção da liberdade e da igualdade passam a ter como referencial a interpretação que é dada pela jurisdição à Constituição e à legislação”.

Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.⁶³ O art. 5º da Constituição Federal consagra o princípio da isonomia. Tratar as mesmas situações fáticas com a mesma solução jurídica é uma forma de atender ao princípio constitucional da isonomia.

Jurisprudência estável impede que os tribunais abandonem ou modifiquem sem qualquer justificativa plausível os entendimentos consolidados, sob pena de violar o princípio da igualdade e da segurança jurídica. O tribunal tem o dever de fundamentar a modificação de forma específica e adequada, nos termos do art. 927, § 4º, do NCPC.⁶⁴ Esse dispositivo prevê a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção, da confiança e da isonomia.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, jurisprudência íntegra é aquela construída levando-se em consideração o histórico de decisões proferidas pelo tribunal a respeito da mesma matéria jurídica. A coerência exigida pelo art. 926, caput, é da própria essência da ideia de uniformização de jurisprudência, assegurando uma aplicação isonômica do entendimento consolidado em casos semelhantes. Cria um dever ao tribunal de decidir casos análogos com a mesma interpretação da questão jurídica comum a todos eles. A coerência é a forma de se garantir tratamento isonômico.⁶⁵

O art. 927 do NCPC prevê que os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal

61 MITIDIERO, op. cit., p. 85/86.

62 Ibid., p. 86.

63 Art. 1º, III, da Constituição Federal.

64 NEVES, op. cit., p. 1302.

65 Ibid., 1302/1303.

de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Quanto à discussão doutrinária acerca do art. 927 do CPC instituir um rol de precedentes vinculantes ou não, Ronaldo Cramer conclui a análise da questão da seguinte maneira:

A redação do caput do art. 927 do NCPC, ao dispor que “juízes e tribunais observarão”, tem clareza semântica difícil de superar. O verbo observar, nesse caso, não tem o sentido de “olhar com atenção”, mas o de “cumprir” ou “respeitar”. Diante do que está escrito no texto, não há maneira mais inequívoca de se estabelecer a eficácia vinculante dos precedentes.

Além do mais, o art. 927 do NCPC, tanto o caput e o s parágrafos, encontra-se estruturado a partir da premissa de que os precedentes ali relacionados são vinculantes. O maior exemplo disso, como já explicado, constitui o seu §1º, que exige contraditório prévio e fundamentação específica na aplicação dos precedentes arrolados pelo caput. Essa regra só tem razão de ser se, evidentemente, os precedentes do caput forem considerados vinculantes. Do contrário, ela não faz o menor sentido.

É possível concluir, a partir de tudo o que foi dito, que o art. 927 do NCPC abriga uma relação de precedentes vinculantes. (destaques no original)⁶⁶

Nesse sentido, o Enunciado 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

170. (art. 927, caput) As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos. (Grupo: Precedentes)⁶⁷

A eficácia vinculante dos três primeiros incisos do art. 927 possuem previsão expressa em outros dispositivos legais.⁶⁸ A discussão sobre a eficácia vinculante do inciso IV do art. 927 tem pouca importância, já que as súmulas, como concretização da jurisprudência do tribunal, necessariamente deverão ter como fundamento a *ratio decidendi* dos precedentes do tribunal que justificam sua edição.⁶⁹

Passamos a analisar, de forma sintética, cada inciso do art. 927.

66 CRAMER, op. cit., p. 191.

67 Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

68 Controle concentrado de constitucionalidade no art. 102, §2º da CF; Súmula Vinculante no art. 103-A, caput, da CF; incidente de assunção de competência do art. 947, §3º, do NCPC; incidente de resolução de demandas repetitivas no art. 985 do NCPC; recursos especial e extraordinário repetitivos no art. 1.040 do NCPC.

69 NEVES, op. cit., p. 1305.

O inciso I trata das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Com isso, o precedente passa a ter duas eficácias distintas: uma de decisão, que torna o dispositivo vinculante para o Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, por força de previsão constitucional (art. 102, §2º); e outra de precedente vinculante, que converte a *ratio decidendi* em vinculante para o Poder Judiciário, nos termos do NCPC (art. 927, I). Assim, a eficácia *erga omnes* e vinculante não se confunde com a eficácia de precedente vinculante, que agora essas decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade passam a ter.⁷⁰

Quanto às súmulas vinculantes, esclareça-se que súmula não se confunde com precedente. O inciso II do art. 927 significa que o precedente originário, que produziu a súmula, é vinculante. A súmula vinculante não deve ser empregada a partir do seu texto, mas nos termos do precedente originário, que subordina os órgãos do Poder Judiciário e os da Administração Pública direta e indireta.⁷¹

Decisões proferidas nos incidentes de assunção de competência e de julgamento de casos repetitivos, compreendidas como precedentes, terão efeito vinculante a partir de sua *ratio decidendi*, e não seu dispositivo.⁷²

O inciso IV, do art. 927 trata de súmulas com eficácia vinculante, ou seja, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. Assim, o precedente originário da súmula constituirá um precedente vinculante.

Compete ressaltar que, mesmo que o tribunal sumule um entendimento com base em precedentes não vinculantes, ou seja, em decisões que não sejam proferidas em julgamento de casos repetitivos ou no incidente de assunção de competência, os precedentes utilizados para justificar a edição da súmula deverão ser considerados em seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) para a fixação do objeto da vinculação obrigatória. Antes da edição da súmula seus fundamentos determinantes são apenas persuasivos, e com a edição da súmula passam a ser vinculantes.⁷³

O inciso V do art. 927 estabelece que os juízes e os tribunais observarão a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Segundo Ronaldo Cramer⁷⁴, deve-se entender decisão, pois os órgãos de cúpula dos tribunais não respondem consultas. A decisão do órgão de cúpula considerada vinculante com o NCPC será qualquer uma, proferida em qualquer processo ou recurso julgado por esse órgão. Assim:

70 CRAMER, op. cit., p. 192/194.

71 Ibid., p. 194/195.

72 CRAMER, op. cit., p. 195.

73 NEVES, op. cit., p. 1305.

74 CRAMER, op. cit., p. 197.

O inciso V traz uma hipótese de precedente horizontal vinculante. As decisões dos órgãos de cúpula dos tribunais são precedentes vinculantes apenas para os órgãos a eles internamente subordinados, e não para os outros tribunais.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se, no presente artigo, que os conceitos fundamentais da teoria do precedente judicial foram incorporados ao NCPC. A finalidade do sistema de precedentes instituído pela nova codificação é manter a integridade do direito.

O Direito deve acompanhar as transformações sociais, para que, desse modo, possa ser um instrumento efetivo e alcançar a justiça no caso concreto. A reforma da legislação é um processo lento, na maioria das vezes não acompanha as mudanças que ocorrem na sociedade. Nesse contexto, incumbe às decisões judiciais a necessária flexibilidade, para evitar a petrificação do ordenamento jurídico.

Todavia, as alterações dos precedentes, apesar de necessárias, devem ser feitas com cautela e em situações excepcionais, devidamente motivadas. A justiça deve ser confiável e democrática.

O NCPC, ao adotar a teoria dos precedentes judiciais, mostra-se comprometido com a tutela da segurança jurídica, da previsibilidade, com a igualdade, a estabilidade das relações jurídicas e certeza do direito.

Por meio da aplicação da teoria dos precedentes judiciais, o NCPC concretiza os valores e os princípios constitucionais, principalmente a igualdade de todos perante a lei, a segurança jurídica na aplicação do direito, a economia, a celeridade e a eficiência na prestação jurisdicional.

Encerramos o presente ensaio com a reflexão trazida por José Rogério Cruz e Tucci ao concluir a sua obra *Precedente judicial como fonte do Direito*:

Assim como o direito evolui em um constante devenir, torna-se absolutamente indispensável que a legislação codificada seja submetida, em breves intervalos, àquelas reformas impostas pelo desenvolvimento natural das condições sociais; “por mais forte razão seria absurdo desejar que a jurisprudência, que pela mutabilidade no tempo é a mais sensível e a mais preciosa registradora das oscilações, ainda que leves, da consciência jurídica, fosse cristalizada e contida na sua liberdade de movimento e de expansão”.(destaque no original)⁷⁵

⁷⁵ TUCCI, op. cit., p. 312.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR. Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. v. 2, Salvador: JusPodivm, 2008.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme (organizador). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2016.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coordenação). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

AS TÉCNICAS DE COLETIVIZAÇÃO DE
JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
NO CPC/2015 E AS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
DE MASSA: A QUASE NOVIDADE DA
COLETIVIZAÇÃO DO PROCESSO, A PERDA DE
UMA CHANCE E UM FRACASSO ANUNCIADO

***THE TECHNIQUES OF COLLECTIVIZED JUDGMENT OF BRAZILIAN
EXTRAORDINARY APPEAL (WRIT OF CERTIORARI) IN CIVIL
PROCEDURE CODE OF 2015 AND THE SOCIAL SECURITY
LAWSUITS: THE NEARLY NEW COLLECTIVIZED CIVIL PROCESS,
THE LOSS OF A CHANCE AND AN ANNOUNCED FAILURE***

Dalton Santos Morais

Mestre em direito processual pela Universidade Federal do Espírito Santo, especialista em direito do Estado pela UGF/RIO e em compliance anticorrupção pela Legal, Ethics and Compliance – LEC. Professor de direito constitucional, administrativo e processo civil no Curso de Direito do Centro Universitário FAESA. Professor credenciado de direito constitucional e processo civil da Escola da Advocacia-Geral da União. Procurador Federal - PGF/AGU. Advogado. E-mail: dalton.morais@hotmail.com

SUMÁRIO: Introdução; 1 A evolução do recurso extraordinário: a repercussão geral e a sistemática de recursos repetitivos; 2 As finalidades da repercussão geral e da sistemática de recursos repetitivos; 3 As expectativas frustradas pela continuidade do crescimento de demandas e do tempo de duração do processo...mesmo com a repercussão geral e a sistemática de recursos repetitivos; 4 A oportunidade perdida para a solução única de demandas de massa, especialmente as envolvendo as demandas previdenciárias, com o veto do art. 333 do NCPD projetado; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: O artigo tem o objetivo de retratar a atual situação do recurso extraordinário no Brasil, especialmente quanto ao possível insucesso das chamadas “técnicas de coletivização de julgamento” adotadas pelo Novo Código de Processo Civil de 2015 para evitar a judicialização e alcançar o célere julgamento de ações (previdenciárias) de massa, ou repetitivas, deixando-se expressa a perda da chance de ter-se coletivizado o processo civil que envolva o Poder Público e os equívocos do veto da Presidenta da República ao art. 333 do projeto de CPC de 2015.

PALAVRAS-CHAVE: Recurso Extraordinário. Ações de Massa (Repetitivas). Técnicas de Coletivização de Julgamento. Código de Processo Civil de 2015. Coletivização do Processo Individual.

ABSTRACT: This article aims to expose the current situation of the extraordinary appeal in the Brazil (brazilian writ of certiorari), specially about the possible failure of nominated “techniques of collectivized judgment” adopted by the Brazilian civil procedure code of 2015 for the purpose to avoid court proceedings and reach the speedy judgment of repetitive court lawsuits involving social security. The article expressed the loss of a chance to make a real collectivization of individual judicial process involving the State in Brazil and the misconception of the President’s veto over article 333 of senate bill to new civil procedure code.

KEYWORDS: Extraordinary Appeal (Writ of Certiorari). Repetitive Court Lawsuits. Techniques of Collectivized Judgment. Civil Procedure Code of 2015. Collectization of Individual Judicial Process.

INTRODUÇÃO

Com a criação da repercussão geral (RG) pela EC 45/2004 (art. 102, § 3º CF/88) e da sua regulação e criação da sistemática de recursos repetitivos (SRR) pela Lei 11.418/2006 (artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) pretendeu-se estabelecer uma espécie de “filtro” para questões constitucionais relevantes e transcendentais ao mero interesse das partes, permitindo que apenas tais demandas concretas de grande repercussão tivessem acesso ao Supremo Tribunal Federal (STF) e permitisse à Corte o aprimoramento da prestação jurisdicional célere e efetiva devida às questões constitucionais tidas como relevantes para toda a sociedade, aí se incluindo as milhões de demandas judiciais exclusivamente de direito constitucional e previdenciário que envolvem segurados e benefícios da Previdência Social e o Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) e abarrotam todos os Tribunais do País.

Apesar de não ter sido esse o resultado alcançado com a aplicação dos institutos na realidade judicial brasileira, na edição da Lei 13.105, de 16/03/2015, o Código de Processo Civil recém-editado (CPC/2015), insistiu-se na adoção da repercussão geral (RG) e na sistemática de recursos repetitivos (SRR) no recurso extraordinário (RE) como forma de impedir a continuidade da cultura brasileira de ajuizamento de centenas, milhares ou milhões de ações previdenciárias exclusivamente de direito idênticas contra o INSS.

Ou seja, preferimos adotar a vinculação dos precedentes judiciais como instrumento para a racionalização de demandas judiciais contra o Poder Público, tendo-se perdido uma ótima oportunidade de tratar coletivamente tais demandas previdenciárias com o equivocado veto ao art. 333 do Novo Código de Processo Civil projetado (NCPC projetado).

Só o tempo dirá, mas me parece que apostar tantos recursos públicos em técnicas de coletivização do julgamento e na vinculação dos precedentes judiciais, tais como a RG e a SRR no RE e o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)¹, como forma de impedir o ajuizamento de centenas, milhares ou milhões de ações previdenciárias exclusivamente de direito idênticas contra o INSS será uma péssima “jogada” para o Estado e a sociedade brasileira, eis que, como demonstra nossa história judicial recente, tais institutos não têm potencial para alcançar tal resultado. Vejamos!

1 Art. 976 e seguintes na Lei 13.105, de 16/03/2015 (NCPC) do mesmo.

1 A EVOLUÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: A REPERCUSSÃO GERAL E A SISTEMÁTICA DE RECURSOS REPETITIVOS

Sabidamente, a origem de nosso sistema constitucional republicano, por força das inspirações de Rui Barbosa, sofreu forte influência da construção estadunidense do controle judicial de constitucionalidade, ou seja, do *judicial review*.

Foi por isso que nosso recurso extraordinário (RE) teve origem histórica no *writ of error* norte-americano, ou melhor, no *writ of certiorari*, tendo sido previsto em *terrae brasilis* com a mesma finalidade de seu congêneres estadunidense, a sustentação da supremacia da Constituição e a preservação da uniformidade e integridade do direito constitucional a ser aplicado pelos Tribunais e juízes da Federação.

Entretanto, nosso RE, desde sua previsão atual no art. 102, III da Constituição Federal de 1988 (CF/88), veio sendo utilizado ao longo de nossa história como uma espécie de recurso de revisão, pelo qual se pretendeu transformar o Supremo Tribunal Federal (STF) em uma Corte de 3ª ou 4ª instância judicial, na qual se poderia discutir interesses meramente subjetivos das partes, desde que o fundamento ou objeto da pretensão recursal fosse baseada na interpretação de normas constitucionais vigentes.

Essa situação - na qual o RE, de extraordinário, passou a ter apenas o nome - gerou a completa ineficácia e inefetividade da função constitucional que deveria ser desempenhada pelo STF no âmbito do controle concreto e difuso de constitucionalidade brasileiro, eis que, tal como reconhecido pelos seus próprios Ministros², o fácil acesso à Corte para a discussão de questões de interesse meramente subjetivo das partes importou na completa incapacidade da Corte de decidir questões constitucionais relevantes em tempo hábil e, assim, conferir segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade ao ordenamento constitucional.

Foi nesse contexto que o STF começou a construir teses eminentemente pretorianas no sentido de uma natureza objetiva do RE, segundo a qual o referido recurso não deveria ser mais utilizado como mero instrumento de perseguição de direitos subjetivos das partes no processo judicial, mas sim como meio constitucionalmente estipulado para a preservação objetiva das normas constitucionais vigentes.

2 "A crise do Supremo Tribunal Federal, que reflete a crise do Judiciário brasileiro, situa-se no controle difuso. A Constituição brasileira é por demais extensa, praticamente todos os ramos do direito estão nela disciplinados, e não existem óbices ao recurso extraordinário. Daí a necessidade de serem instituídos mecanismos capazes de impedir a subida à Corte de recursos sem relevância social e para acabar com a massa inútil de recursos que repetem a mesma tese de direito mais de mil vezes." VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal após 1988: em direção a uma Corte Constitucional. p. 196. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.) *15 anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

O STF passou, então, a adotar reiteradamente essa posição pela natureza objetiva do RE em sua jurisprudência em diversas questões, especialmente no que tange a critérios diferenciados de admissibilidade do referido recurso³ e à ampliação dos efeitos das decisões proferidas pelo STF no âmbito do RE⁴, os quais, em tese deveria ser *inter partes*, por se tratar de controle difuso e concreto de constitucionalidade.

Essa construção pretoriana do STF acerca da natureza objetiva do RE permitiu que a Corte possuísse capital político suficiente para pressionar os legisladores ordinário e constituinte a produzir significativas e graduais alterações na normatização constitucional e processual do referido recurso excepcional.

Foi nesse contexto, por exemplo, que, considerando aquela tese da natureza objetiva do RE construída pelo STF, o legislador ordinário, ao dispor sobre a interposição do recurso no microsistema processual dos Juizados Especiais Federais, por meio do art. 15 da Lei 10.259/2001⁵ determinou que esta deveria ocorrer seguindo disposições próprias do processo objetivo relativo às ações diretas, tais como: a) possibilidade de encaminhamento de alguns recursos à Corte para seu julgamento, enquanto restariam suspensos os demais recursos (art. 14, §§ 6º 9º); b) possibilidade de conceder-se medida liminar para suspensão, de ofício ou a requerimento, de tramitação de processos idênticos que versem sobre a mesma controvérsia constitucional (art. 14, § 5º); c) possibilidade de o relator solicitar informações adicionais ao relator da Turma Recursal ou ao Coordenador das Turmas Nacional e Regional de Uniformização, bem como autorização para a oitiva do Ministério Público no prazo de cinco dias

3 Veja-se acórdão relatado pela Min. Ellen Gracie, no qual para que se pudesse apreciar a demanda de relevante característica constitucional formulada no recurso extraordinário e aplicar a jurisprudência dominante da Corte, afastou-se vício meramente processual para a admissibilidade de agravo de instrumento, permitindo-se, assim, o julgamento de mérito do recurso pelo STF através da aplicação da jurisprudência já uniformizada pela Corte. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI-AgR 375011 Rel. Min. Ellen Gracie 2ª Turma j. 05/10/2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 mar. 2015).

4 Sob o argumento de que o efeito *inter partes*, e não o *erga omnes*, seria típico do controle difuso realizado no recurso extraordinário, ajuizou-se ação direta de inconstitucionalidade contra a Resolução TSE nº 21702/04, através da qual se normatizou a cláusula de proporcionalidade prevista no art. 29, IV da CF/1988 relativa ao número de vereadores em cada município, através da atribuição de efeito *erga omnes* pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) à decisão proferida pelo STF no RE nº 197917. No julgamento da referida ação direta, entendeu o STF que não haveria qualquer óbice ao TSE em editar norma no mesmo sentido da decisão plenária da Corte Constitucional a respeito do tema, vez que este, mesmo nos julgamentos proferidos em sede de recurso extraordinário, está atuando como guardião objetivo da Constituição com o fim de tornar-lhe objetivamente efetiva. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3345/DF e ADI 3365/DF. Rel. Min. Celso de Melo. J. 25/08/2005. Informativo STF 398, de 22 a 26 de agosto de 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 03 dez. 2014.

5 “O recurso extraordinário, para os efeitos desta Lei, será processado e julgado segundo o estabelecido nos §§ 4º a 9º do art. 14, além da observância das normas do Regimento.”

(art. 14, § 7º); d) permissão para a intervenção de interessados, ainda que não sejam partes no processo, no prazo de 30 (trinta) dias (art. 14, § 7º).

E prosseguindo no intento de “objetivar” o RE, o legislador constituinte, por meio da EC 45/2004, denominada como “Reforma do Judiciário”, alterou significativamente a admissibilidade quantitativa do RE⁶, através da inserção do instituto da RG no art. 102, § 3º, segundo a qual, à luz do *writ of certiorari* norte-americano, caberá ao recorrente, ao manejar o recurso, demonstrar que a questão constitucional objeto do recurso possui relevância e abrangência geral e extrapola os simples interesses subjetivos envolvidos na demanda.

Adequando a legislação processual civil vigente à reforma constitucional sofrida pelo RE aqui exposta, nos termos da exigência feita pelo art. 102, § 3º da CF/1988, a Lei 11.418/2006 introduziu os artigos 543-A e 543-B ao CPC/73 para disciplinar a repercussão geral como um requisito de admissibilidade do RE, bem como a criação de uma sistemática de recursos repetitivos que permitisse conferir efetividade às decisões proferidas por nossa Suprema Corte no julgamento de tais recursos excepcionais.

Segundo o disposto no art. 102, § 3º da CF/1988 pela EC 45/2004 coube ao art. 543-A do CPC/1973, com a redação dada pela Lei 11.418/2006, definir o conceito jurídico de repercussão geral - ao Regimento Interno do STF (RISTF) foi concedida função meramente procedimental (§ 5º) -, tendo a referida legislação fixado os conceitos jurídicos indeterminados da relevância econômica, política, social ou jurídica da questão objeto do recurso e da transcendência da referida questão constitucional ao mero interesse subjetivo das partes (§ 1º) como vetores da presença ou não de repercussão geral, sem prejuízo do estabelecimento do requisito objetivo de presença da repercussão geral quando a decisão judicial recorrida contraria jurisprudência dominante ou súmula do próprio STF (§ 3º).

Já ao art. 543-B do CPC/73 coube a regulação da SRR, tendo-se fixado como premissas básicas de tal sistemática (i) o julgamento por amostragem definido pelo Tribunal ou órgão judicial colegiado de origem e pelo próprio STF, (ii) a admissibilidade do recurso extraordinário com repercussão geral como paradigma objetivo de controvérsia constitucional; (iii) suspensão ou sobrestamento de todos os demais recursos extraordinários sobre matéria constitucional idêntica ou semelhante, enquanto não houvesse o julgamento de mérito do RE representativo de controvérsia e (iv) a aplicação de vinculação judicial do precedente fixado pelo STF no julgamento de

6 “Com o estabelecimento do requisito de admissibilidade da arguição de repercussão geral para o julgamento dos recursos extraordinários, assim como a edição de súmulas vinculantes pela Corte, prevê-se a diminuição significativa do número de processos para os próximos anos.” (grifei)
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relatório de atividades 2007. p. 9. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/principal/Destaque/anexo/relativ2007.pdf>>. Acesso em : 02 mar. 2008.

mérito do RE submetido à SRR, eis que o acórdão “desobediente” proferido pelo Tribunal ou órgão colegiado de origem, após o juízo de retratação, seria passível de cassação e não apenas de simples reforma por decisão monocrática do Ministro relator do RE no STF.

No plano legal, a RG e a SRR no RE foram absorvidas pelo CPC/2015, sendo tratadas a partir da vigência do novo estatuto normativo nos seus artigos 1.030 e seguintes, os quais, após as consideráveis alterações produzidas pela Lei 13.256/2016 ainda durante a *vacatio legis* da Lei 13.105/2015, apresentam bem poucas diferenças relevantes em relação à regulação anterior dos institutos, a saber (i) a afetação de um RE como paradigma de controvérsia pelo Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal ou órgão colegiado de origem importa, obrigatoriamente, nos termos do art. 1.036, § 1º do CPC/2015, na suspensão de todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre o mesmo tema que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso, independentemente da fase procedimental em que se encontrem⁷; (ii) essa decisão local ou regional de afetação pode ser referendada ou afastada pelo Ministro relator do STF, eis que, nos termos do art. 1037, II e § 1º do CPC/2015, caso mantida a suspensão ou sobrestamento dos processos individuais ou coletivos que versem sobre o mesmo tema esta será ampliada a nível nacional ou, caso haja não haja o referendo da decisão inferior no Tribunal Superior, o Ministro relator comunicará a decisão ao Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal ou órgão colegiado de origem para que revogue a decisão de suspensão ou sobrestamento anteriormente proferida; (iii) nos termos do art. 1035, § 5º do CPC/2015, a decisão de reconhecimento de repercussão geral do RE importa na suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem em todo o território nacional; (iv) o art. 1035, § 3º do CPC/2015 ampliou as hipóteses de presunção legal de repercussão geral aos acórdãos recorridos que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da CF/88; (v) nos termos do art. 1035, § 9º e do art. 1036, § 4º do CPC/2015, reconhecida a repercussão geral ou afetado o RE à sistemática de recursos repetitivos, o paradigma de controvérsia deverá ter seu mérito julgado no prazo de 1 (um) ano; (vi) considerando a extensão dos efeitos da decisão de admissibilidade prevista no art. 1.034, parágrafo único do CPC/2015, segundo a qual admitido o RE com base em um fundamento constitucional, haverá a devolução de toda a matéria de direito ao STF, determina o art. 1.036, § 7º que, havendo a afetação de

7 Na redação do então art. 543-B, § 1º do CPC/73, a referida suspensão apenas atingia os processos judiciais com recursos extraordinários com objeto idêntico ou semelhante já submetidos à apreciação de admissibilidade pelo Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal ou órgão colegiado de origem.

mais de um RE como paradigma da mesma controvérsia e estes contiverem outras questões além daquela que é objeto da afetação, caberá ao Tribunal decidir esta em primeiro lugar e depois as demais, em acórdão específico para cada processo; (vii) segundo o art. 1.040, IV, publicado o acórdão de mérito do RE com RG submetido à SRR, se o recurso versar sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

2 AS FINALIDADES DA REPERCUSSÃO GERAL E DA SISTEMÁTICA DE RECURSOS REPETITIVOS

Para entender com que finalidades se criou o instituto da RG e da SRR do RE precisamos compreender qual era a realidade do aparelho judicial brasileiro, especialmente no que tange a julgamento de questões constitucionais, até meados dos anos 2000, sendo daí decorrente a necessidade de um breve introito retrospectivo de nossa realidade judicial.

O retorno da democracia constitucional no Brasil deu-se com a utilização da tutela judicial como instrumento mais efetivo para a proteção do amplíssimo rol de direitos fundamentais fixados na CF/88 (art. 5º, XV e LV), sendo que esta natural consequência do processo de redemocratização brasileira somada a uma postura ativista do Poder Judiciário gerou as chamadas “demandas de massa”⁸ e expôs o despreparo da Administração Judiciária e do próprio processo civil para o atendimento de todas as expectativas criadas para a resolução célere e efetiva de conflitos sociais submetidos à jurisdição jurisdicional concreta e difusa.

É que, a par da isonomia⁹ da aplicação da lei para todos e da estrutura verticalizada do Poder Judiciário brasileiro estabelecida pela

8 O fenômeno contemporâneo das “demandas de massa” é aquele em que o amplo acesso à Justiça, sem instrumentos comunitários, sociais e/ou institucionais hábeis para auto composição de conflitos sociais por meio da mediação ou conciliação, propícia o ajuizamento de dezenas, centenas, milhares ou milhões de ações judiciais versando sobre um mesmo objeto ou lide nos mais diversos órgãos do aparelho judicial. Apesar de tal fenômeno não ser exclusivo da realidade brasileira, o fato é que a gigantismo da “judicialização” de “demandas de massa” ganha ares de exclusividade brasileira, diante dos números que serão posteriormente expostos no presente artigo.

9 Obviamente, não precisamos de maiores explicações para que o leitor compreenda que o princípio republicano da isonomia estabelecido na CF/1988 exige que todos sejam tratados de forma igual perante a lei, não só pelo legislador, mas também pelo Poder Judiciário, o qual tem justamente a missão de concretizar de forma isonômica as determinações abstratas contidas no ato normativo. Nesse sentido, entende-se que “o princípio da isonomia significa, grosso modo, que todos são iguais perante a lei, logo se a lei deve tratar a todos de modo uniforme e assim também (sob pena de esvaziar-se o princípio) devem fazer os Tribunais, respeitando

CF/1988 para a realização de uma ordem jurídica justa, isonômica, segura, previsível e célere, por meio de decisões qualitativamente uniformes em casos idênticos ou muito similares, o que se viu foi uma realidade muito diferente!

Afinal, sob o argumento de que juízes e Tribunais gozariam de total independência técnica e funcional, sem qualquer tipo de obediência ou submissão devida aos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, o que se viu foi o produção em larga escala de decisões judiciais distintas em situações fáticas idênticas ou com enorme similaridade, sob uma mesma norma jurídica interpretada em conjunturas sociais, políticas, econômicas e culturais estáveis em determinado momento histórico, gerando-se não só a insegurança jurídica decorrente da ausência de previsibilidade de qual a interpretação jurídica aplicável como também o longo tempo de espera para que o jurisdicionado visse chegar a decisão final em seu processo judicial¹⁰.

Tratavam-se de efeitos colaterais do então sistema jurídico brasileiro, eis que, ao invés de uma ordem jurídica justa, isonômica, segura, previsível e célere como pretendido pela CF/1988, o que se viu foi o estabelecimento de uma ordem jurídica sob a qual todos dependiam do Poder Judiciário para a resolução de conflitos sociais, sem que dele – Poder Judiciário – pudesse se extrair o cumprimento de uma pretensão social por prestação jurisdicional isonômica, célere e efetiva.

Muito ao contrário disso, o que restaram foram perguntas sem respostas, tais como qual a segurança do “homem médio” para pautar sua conduta diante de tal debilidade da norma judicializada ou como explicar ao contribuinte que, apesar de ser o mesmo tributo, a mesma lei que o instituiu, ele não possa ter a restituição do que pagou indevidamente, após longo decurso de processo judicial com decisão judicial que lhe foi negativa, quando ele conhece vários outros contribuintes que receberam a restituição por terem outros juízes considerado a lei instituidora da majoração tributária inconstitucional?

Nesse contexto, tentou-se minimizar tais efeitos perniciosos do sistema então existente através de várias reformas no CPC¹¹, com a

o entendimento tido por correto e decidindo de forma idêntica casos iguais, num mesmo momento histórico.” WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Celina Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

10 Nesse contexto, cunhou-se a interessante, mas trágica expressão de que “É fácil ingressar com ação judicial. Difícil é sair dela.” Vide interessante escrito sobre a expressão em: <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-22/facil-ingressar-acao-judicial-dificil-sair-esperar-fim>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

11 A 1ª reforma do CPC nesse sentido deu-se pela Lei 9.756/1998, na qual se estipulou a possibilidade de produção de decisão monocrática pelo relator quanto a (i) conflito de competência, se houvesse jurisprudência dominante do Tribunal sobre a questão suscitada (art. 120, § único); (ii) inadmissibilidade de recursos quando os mesmos

adoção de técnicas de aceleração de procedimento, sem que isso importasse no sucesso desejado no plano da necessária estabilização e aplicação uniforme do direito constitucional no controle difuso e concreto de constitucionalidade realizado por qualquer juiz ou Tribunal no direito brasileiro e, especialmente, pelo STF.

Com isso, objetivando-se uma solução para tamanha insegurança jurídica na aplicação do direito constitucional brasileiro e na longa – muito longa – duração do processo judicial, levou-se a cabo não só a criação da chamada RG do RE pela EC 45/2004, como também a criação da SRR pela Lei 11.418/2006, sendo a pretensão do legislador constituinte e ordinário estabelecer uma espécie de “filtro” para questões constitucionais relevantes e transcendentais ao mero interesse das partes, permitindo que apenas tais demandas concretas de grande repercussão tivessem acesso ao STF¹².

Obviamente, imaginou-se que a limitação de submeter apenas demandas judiciais de RG sob SRR, ao STF permitisse o aprimoramento da prestação jurisdicional devida pela Corte às questões constitucionais tidas como relevantes para toda a sociedade e permitisse também o cumprimento adequado de uma das mais importantes funções constitucionais da Corte, qual seja a uniformização célere da interpretação de questões constitucionais relevantes para a sociedade e para o Estado brasileiro.

Mas, como veremos pelos números oficiais a seguir expostos, ficamos apenas no meio do caminho, eis que a RG e a SRR no RE não atingiram a finalidade de estabilizar e uniformizar rapidamente a aplicação da CF/88 às demandas de massa, especialmente aquelas envolvendo o Poder Público, inclusive no campo previdenciário. Vejamos!

fossem manifestamente contrários à jurisprudência dominante do próprio Tribunal, do STF, STJ ou Tribunal Superior (art. 557, caput); (iii) provimento des recurso quando a decisão recorrida for manifestamente contrária à jurisprudência dominante do próprio Tribunal, do STF, STJ ou Tribunal Superior (art. 557, § 1º). Posteriormente, houve nova reforma do CPC pela Lei 11.232/2005, segundo a qual se estabeleceu (i) a mitigação do duplo grau obrigatório de jurisdição ou do reexame necessário quando a sentença de procedência contrária ao Poder Público estiver fundada em jurisprudência do Plenário ou súmula do STF, do STJ ou Tribunal Superior (art. 475, § 3º) e (ii) inexigibilidade de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF ou contrário à interpretação constitucional fixada pelo STF tanto na fase de cumprimento de sentença (475-L, § 1º) quanto na execução contra a Fazenda Pública (art. 741, § único). E, por fim, com a 3ª onda de reformas do CPC aconteceu por meio das Leis 11.276 e 11.277, ambas de 2006, as quais, respectivamente, criaram a inadmissibilidade da apelação pelo juiz quando sentença estiver baseada em súmula do STF ou do STJ (art. 518, § 1º) e a possibilidade de que o juiz profira sentença de improcedência, sem citação do réu, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, reproduzindo-se o teor da referida sentença anteriormente prolatada.

12 “A Constituição brasileira é por demais extensa, praticamente todos os ramos do direito estão nela disciplinados, e não existem óbices ao recurso extraordinário. Daí a necessidade de serem instituídos mecanismos capazes de impedir a subida à Corte de recursos sem relevância social e para acabar com a massa inútil de recursos que repetem a mesma tese de direito mais de mil vezes.” VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal após 1988: em direção a uma Corte Constitucional. p. 197. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.) *15 anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 191/202.

3 AS EXPECTATIVAS FRUSTRADAS PELA CONTINUIDADE DO CRESCIMENTO DE DEMANDAS E DO TEMPO DE DURAÇÃO DO PROCESSO...MESMO COM REPERCUSSÃO GERAL E SISTEMÁTICA DE RECURSOS REPETITIVOS

Como dissemos anteriormente, antes da criação da RG do RE pela EC 45/2004 e da SRR pela Lei 11.418/2006, vivíamos a paradoxal convivência brasileira entre o princípio fundamental do acesso à Justiça previsto na CF/88 e a frustrante incapacidade do Poder Judiciário brasileiro de prestar jurisdição de forma célere, eficaz e efetiva na atual realidade das chamadas “demandas de massa”, especialmente no campo da aplicação do direito constitucional.

Mas, infelizmente, o que se percebe é que nada disso mudou, após a criação dos institutos aqui estudados, eis que a expectativa de que tivéssemos uma ordem jurídica justa, isonômica, segura, previsível e célere, por meio de decisões judiciais qualitativamente uniformes em casos idênticos ou muito similares no campo do direito constitucional foi frustrada. Vejamos!

O número de processos judiciais tramitados e que ingressam no passivo sem julgamento (estoque) não para de crescer, mesmo após a instituição da RG e da SRR: veja-se que, em 2008, 70,1 milhões de processos judiciais foram tramitados, 25 milhões foram julgados e 45 milhões ingressaram no passivo (estoque) anterior sem julgamento; em 2010, esses números se elevaram, respectivamente, para 83,4 milhões (tramitados), 25,4 milhões (julgados) e 58 milhões (ingresso no passivo) e, em números atuais, veja-se que, em 2013, foram tramitados 95 milhões de processos, enquanto 67 milhões destes ingressaram no estoque/passivo de processos sem julgamento definitivo, o que representa uma taxa de congestionamento geral de 71%, ou melhor dizendo, isto significa que de cada 100 processos judiciais apenas 29 foram julgados em 2013¹³.

Ou seja, continuamos vivendo uma realidade de crescente judicialização - em 2013 foram ajuizados 28 milhões de processos novos¹⁴ - e de falta de eficácia e efetividade da prestação jurisdicional no momento de executar a declaração ou condenação judicial proferida: nesse ponto, a taxa de congestionamento na execução ou na fase de cumprimento de sentenças em 2013 foi de 61%¹⁵ - de cada 100 processos em apenas 39 houve a efetivação do bem da vida pretendido pela parte - e a taxa de

13 Dados extraídos do Relatório “Justiça em Números” produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 10 jul. 2015. Apesar de evidentemente ter sido o Anteprojeto de NCPC iniciado em 2009, optamos por utilizar dados de 2013, e não de 2009, para facilitar a compreensão atual do leitor do presente artigo sobre o fenômeno da “extrema judicialização” ou das “demandas de massa” na realidade atual.

14 Relatório “Justiça em Números” produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Op. cit.

15 *Ibidem*.

congestionamento nas execuções fiscais foi de 91%¹⁶ em 2013 - de cada 100 processos em apenas 9 houve a arrecadação do crédito público objeto da pretensão executiva do Estado.

Esses números, por si só, mostram que os institutos foram ineficazes para contribuir para uma prestação jurisdicional célere e efetiva na atual realidade das chamadas “demandas de massa”, mas números específicos sobre a RG extraídos do *site* do STF na *internet*¹⁷ mostram quão ineficaz tem sido a RG e a SRR para tal fim.

Segundo tais dados, atualmente, a Suprema Corte possui 313 processos *leading case* com RG já reconhecida, mas com mérito do RE ainda pendente de julgamento, o que representa nada mais, nada menos do que 1.235.855 processos judiciais na fase de RE sobrestados na Presidência do STJ, de Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça aguardando decisão de mérito a serem proferidas pelo STF, sem estarem aí incluídos os outros milhões de processos com objeto idêntico que ainda estão tramitando na 1ª – inclusive Turmas Recursais - e 2ª instâncias, nem os conflitos normativos idênticos que continuam sendo produzidos pela Administração Pública diante de sua limitação à aplicação irrestrita da legalidade positivada determinada pelo art. 37, caput da CF/88.

Enquanto não produzida, portanto, a decisão definitiva de mérito da Suprema Corte na SRR a respeito dos temas selecionados com RG, os processos com objeto idêntico continuam se replicando nas diversas esferas do Poder Judiciário, gerando a necessidade de que este dispenda uma enorme quantidade de recursos públicos¹⁸ para julgar demandas que acabarão mais cedo ou mais tarde entrando na fase de sobrestamento para aguardar a tão esperada decisão do STF.

Tão esperada decisão porque o tempo para a produção da decisão definitiva de mérito a ser produzida pelo STF nos *leading case* ou paradigmas de controvérsia submetidos à SRR na Suprema Corte durará em média, em uma visão otimista do Min. Luis Roberto Barroso de 7 (sete), se considerado o ano em que mais se julgaram recursos com RG,

16 Relatório “Justiça em Números” produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Op. cit.

17 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=listas_rg>. Acesso em: 14 jul. 2015.

18 Ainda que pesquisas científicas sobre o custo do processo judicial para o Estado brasileiro sejam escassas, o Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada – IPEA, em estudo de novembro de 2011, divulgou que o custo unitário médio total de uma ação de execução fiscal na Justiça Federal era de R\$ 5.606,67, enquanto o Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça brasileiro (CPJus) do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP) que o custo médio do processo judicial em 2013 era de R\$ 2.369,73. Fontes: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf e <http://jota.info/que-tribunal-gasta-mais-dinheiro-para-julgar-um-processo>. Acesso em: 14 jul.2015.

a 12 anos, se mantida a média de julgamentos por ano ¹⁹; o que está de acordo com uma análise pontual do RE 566.471 ²⁰, que protocolizado no STF em 08/10/2007 e com RG reconhecida em 03/12/2007, aguarda há quase 8 (oito) anos pelo seu julgamento de mérito, sendo tal prazo igual ou muito maior para os processos que, já tendo percorrido a 1ª e a 2ª instância, encontram-se com recursos extraordinários sobrestados na Presidência dos Tribunais ou Turmas Recursais de origem, nos termos do art. 543-B, § 1º do CPC.

Resta evidente, portanto, que a RG e a SRR no RE por si só, não impediram a continuidade da cultura brasileira de ajuizamento de centenas, milhares ou milhões de processos judiciais idênticos contra o Poder Público e não foi capaz de acelerar julgamentos de tais ações, especialmente as ações previdenciárias.

Era de esperar-se, portanto, que o legislador não depositasse tanta fé na SRR como técnica adequada para solucionar a realidade nacional das demandas de massa, exclusivamente de direito, contra o Poder Público e optasse pela possibilidade de coletivização do processo em tal situação como forma de obtenção de uma decisão jurisdicional definitiva de mérito, sem a necessidade de ajuizamento de centenas, milhares ou milhões de processos judiciais idênticos em vários órgãos jurisdicionais para a obtenção da interpretação jurídica única que se deve aplicar a conflitos administrativos normativos idênticos sob a égide de uma Constituição que exige a soberania da legalidade e da isonomia ao mesmo tempo nos assuntos que envolvem o Poder Público.

Mas, infelizmente, ao invés disso, nosso legislador, com a preciosa ajuda da então Presidenta da República, optou por entronizar as chamadas “técnicas de coletivização pelo julgamento” ²¹ para a solução de demandas repetitivas, tendo-se perdido uma excelente oportunidade de atingir uma prestação jurisdicional célere e efetiva em tais ações com o veto ao art. 333 do NCPC projetado.

19 BARIONI, Rodrigo. *Repercussão geral – anotações sobre as propostas formuladas pelo Ministro Luis Roberto Barroso*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI208121,101048-Repercussao+gera1+anotacoes+sobre+as+propostas+formuladas+pelo>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

20 Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 jul. 2015.

21 BERNADINA, Humberto Dalla. *Incidente de conversão de ação individual em ação coletiva no CPC projetado: exame crítico do instituto*. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/63-volume-4-numero-3-trimestre-01-07-2014-a-30-09-2014/1459-incidente-de-conversao-da-acao-individual-em-acao-coletiva-no-cpc-projetado-exame-critico-do-instituto>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

4 UMA QUASE NOVIDADE E A OPORTUNIDADE PERDIDA PARA A SOLUÇÃO ÚNICA DE DEMANDAS DE MASSA, ESPECIALMENTE AS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO, COM O VETO DO ART. 333 DO NCPC PROJETADO

Recentemente a comunidade jurídica e a sociedade brasileira foram brindadas com a edição da Lei 13.105, de 16/03/2015, estatuto normativo que deve ser louvado por ter sido construído sob a premissa constitucional de que a jurisdição deve ser efetiva e célere e mediante o consenso democrático possível de ser obtido para equilibrar as várias “forças” políticas, sociais, econômicas e até mesmo acadêmicas que se chocaram durante sua tramitação parlamentar.

A par de tais louváveis características, devemos ter equilíbrio para entender que corremos o sério risco de que o NCPC frustrate a enorme expectativa social de que ele resolva os problemas da jurisdição brasileira, no que tange a sua racionalidade, efetividade e celeridade, eis que o novo Código foi muito tímido no enfrentamento de uma questão que marca nossa realidade contemporânea, qual seja a de que o maior usuário do aparelho judicial brasileiro é o Poder Público, seja na condição de autor ou de réu, devido a demandas judiciais idênticas e exclusivamente de direito que se replicam e multiplicam às centenas, aos milhares e até mesmo aos milhões nos mais diversos ramos do Poder Judiciário brasileiro ²².

Apenas para que o leitor tenha uma melhor percepção do problema representado pela alta taxa de ocupação do aparelho judicial pelo Poder Público, segundo dados do relatório “Justiça em Números 2014” produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os três maiores litigantes em todos os órgãos judiciais brasileiros, seja na condição de autor ou réu, são a União, o Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS e a Caixa Econômica Federal, sendo que, segundo dados extraídos da Advocacia-Geral da União (AGU), apenas a União, suas autarquias e fundações públicas federais são partes sob representação judicial da AGU em 16 milhões de processos judiciais ativos.

Sob a mesma perspectiva do problema, veja-se que houve um crescimento exponencial de processos novos desde 2002 no microsistema

²² A par da louvável iniciativa do NCPC compreender a importância do papel crucial da Advocacia Pública, com a instituição de um título específico para a mesma (Título VI), contribuindo para a afirmação institucional e projeção da Advocacia Pública como Advocacia de Estado mediante o reconhecimento de que apenas o interesse público pode justificar a sua atuação de representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta (art. 182) e da manutenção de certas prerrogativas processuais da Fazenda Pública, o NCPC não se debruçou especificamente para a busca de uma solução efetiva aos problemas de atravancamento do Poder Judiciário e de alto consumo da prestação jurisdicional provocados pelos inúmeros conflitos civis decorrentes das relações entre administrados e Administração Pública no Brasil.

processual de Juizados Especiais Federais ²³ quando tivemos poucos mais de 349 mil casos, até 2013 quando atingimos o ajuizamento anual de 1,4 milhão de processos novos contra a Fazenda Pública federal no referido microsistema processual.

Outro exemplo muito relevante para verificarmos o impacto da alta judicialização de demandas envolvendo o Poder Público pode ser verificado em dados, que divulgados pelo STF, demonstram que dos 562 *leading cases* (paradigmas de controvérsia) que tiveram questão constitucional com RG reconhecida pela Suprema Corte para o julgamento de mérito de recursos extraordinários, 426 são temas relacionados a demandas judiciais que envolvem o Poder Público, podendo-se, portanto, concluir que questões constitucionais envolvendo o Poder Público ocupam 75% do julgamento de recursos extraordinários no STF, sendo parte considerável de tal percentual demandas exclusivamente de direito constitucional e previdenciário envolvendo segurados e benefícios da Previdência Social e o INSS.

Parece-nos evidente, portanto, que as ações previdenciárias, exclusivamente de direito, sejam parte das demandas judiciais contra o Poder Público que se replicam às centenas, aos milhares e até mesmo aos milhões nos mais diversos ramos do Poder Judiciário brasileiro.

Fixado esse ponto e demonstrado que a RG e a SRR no RE não foram capazes nem de evitar a judicialização repetitiva de demandas judiciais exclusivamente de direito contra o Poder Público – onde se inclui o INSS, claro – e nem de permitir o seu efetivo julgamento em duração razoável, parece-nos que uma solução efetiva para tal problema fosse o tratamento judicial coletivo de tal espécie de demanda.

É que, diante do quadro exposto até aqui, parece-nos evidente que o grande problema não seja o conflito entre Administração Pública e administrados, ou a litigiosidade administrativa em si, mas sim se considerar como demandas individuais os processos judiciais que decorrem de conflitos normativos com ampla probabilidade de gerar multiplicidade de demandas judiciais exclusivamente de direito idênticas ou essencialmente semelhantes e, exatamente por conta disto, não se contar com a coletivização do processo e a adoção de uma sentença com eficácia *erga omnes* sobre todos os demais conflitos idênticos existentes ou que possam surgir a respeito daquela mesma demanda exclusiva de direito, evitando-se, assim – ou, ao menos minorando –, o ajuizamento de um sem número de processos judiciais idênticos.

Ao nosso ver não se pode considerar uma questão de direito apta a replicar-se em centenas, milhares e/ou milhões de processos judiciais como uma simples demanda individual, eis que se questão jurídica objeto

²³ Criado pela Lei 10.259/2001 para absorver as demandas de menor complexidade entre administrados e Administração Pública Federal.

do processo, devido ao princípio da isonomia constitucional previsto no art. 5º, II da CF/88²⁴, precisa ser decidida de maneira idêntica para todos os administrados que sejam litigantes judiciais; assim, estaríamos diante do que a doutrina classifica como demandas passíveis de coletivização “porque o pedido, embora baseado num direito subjetivo, na verdade só pode ser formulado coletivamente, pois só pode afetar diretamente a todos. Trata-se de casos em que a relação de direito material, jurídica ou de fato, é unitária, e só pode ser resolvida de maneira igual para todos.”²⁵

Exemplo evidente de nossa afirmação pode ser visto em uma questão de mérito de direito previdenciário e constitucional envolvendo o INSS e requerentes de benefícios assistenciais de prestação continuada (BPC) que recentemente gerou milhões de processos judiciais contra o INSS sobre a interpretação adequada do art. 20 da Lei 8.742/1993 em relação ao art. 195, § 5º e 203, V da CF/88²⁶: ora, se a solução judicial do conflito normativo deveria ser idêntica para todos os beneficiários da Previdência Social com uma mesma questão jurídica controvertida, como se pode considerar tal demanda como uma demanda simplesmente individual e não como uma demanda passível de coletivização por ser proveniente de direito coletivo *strictu sensu*?²⁷

Tal conflito normativo entre administrado (beneficiário) e Administração Pública (Previdência Social, por meio do INSS) seria distinto em quê, por exemplo, de um conflito normativo tributário envolvendo contribuintes (administrados) e Fazenda Pública (Administração Pública Fazendária) que é considerado pela doutrina e pela jurisprudência brasileira como clássico exemplo de direito coletivo *strict sensu*?²⁸

A par do evidente caráter de direito coletivo *strictu sensu* de tal demanda, ainda que se alegasse o caráter divisível e individual

24 Não se pode admitir que sob um mesmo contexto fático, histórico e legal possa haver interpretações distintas em questão jurídica unitária, apenas sob o argumento de que os intérpretes são distintos, sob pena de violação à isonomia e à segurança jurídica que a CF/88 assegura a todos como direito fundamental.

25 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Projeto de novo CPC e sua influência no minissistema de processos coletivos: a coletivização dos processos individuais*. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

26 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 580.963/PR. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 18/04/2013. DJE 14/11/2013.

27 “E, em países como o Brasil, em que são asseguradas políticas públicas adequadas de obtenção de direitos fundamentais, a chamada litigância de interesse público (Public interest litigation), que consiste num dos fatores determinantes da geração de demandas repetitivas, não constitui uma exceção, mas, sim, uma regra, de modo a conduzir inúmeras pessoas à propositura de demandas envolvendo pretensões isomórficas (v.g., contra o poder público), que merecem um tratamento diferenciado e legítimo.” THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 324/325.

28 Nesse sentido, veja-se DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 76.

do direito de cada administrado (beneficiário) perante a Previdência Social, quando se tratar de conflito jurídico específico, com evidente probabilidade de repetição em juízo, estaríamos diante do claro exemplo de demanda pseudoindividual em que a questão de mérito é unitária e deve ser decidida de maneira idêntica para todos os beneficiários da Previdência Social submetidos a tal conflito normativo.

Nesse contexto, é de ver-se, por exemplo, que a solução do conflito normativo a respeito da interpretação do art. 20 da Lei 8.742/1993 em relação ao art. 195, § 5º e 203, V da CF/88 deve ser idêntica para todos os beneficiários da Previdência Social, não sendo admissível que, sob a mesma circunstância fática, um tenha direito ao benefício e outro não o tenha, devendo a pluralidade de beneficiários da Previdência Social serem tratados de maneira uniforme, sob pena de subversão do sistema jurídico e da própria finalidade da Previdência Social como política pública voltada a toda a população.

O que impediria, portanto, de que a demanda acima exemplificada fosse tratada coletivamente²⁹, se a questão de direito objeto da relação jurídica processual é unitária e deve ser aplicada para todos de maneira idêntica? Nada! Muito ao contrário! A demanda mencionada seria apta a ser coletivizada, nos termos do art. 333, II do NCPC projetado, eis que a solução judicial do pedido de acesso ao benefício da Previdência Social representaria *“a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo”*.

No entanto, cada conflito exclusivamente de direito envolvendo os beneficiários de BPC e o INSS foram tratados individualmente em milhões de processos judiciais individuais, sabendo-se lá quanto dinheiro público foi desperdiçado com a tramitação desnecessária de tantos processos judiciais para chegar à decisão final produzida pelo STF no RE 580.963³⁰!

Evidentemente, tal tipo de demanda contra o INSS pode ser caracterizada como uma ação coletiva ou pseudoindividual passível de tratamento judicial coletivo³¹ porque a solução judicial do conflito normativo envolvendo administrado

29 Nessa linha de raciocínio, Kazuo Watanabe sustenta que questões assim deveriam ser tratadas coletivamente, por se tratarem de ações pseudoindividuais. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 156/160.

30 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 580.963/PR. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 18/04/2013. DJE 14/11/2013.

31 Em sentido contrário, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. discordam do tratamento coletivo das chamadas ações pseudocoletivas e ações pseudoindividuais, sob o argumento de que “há que se atentar o leitor para o risco de tratar molecularmente as ações para tutela de direitos meramente individuais, aqueles desprovidos

e a Administração Pública deve ser considerada como a solução unitária a ser aplicada a qualquer outro conflito idêntico envolvendo beneficiários do RGPS sujeitos a mesma regra jurídica objeto da controvérsia definida judicialmente, o que evitaria o desperdício de dinheiro público com a tramitação indevida de centenas, milhares e até mesmo milhões de processos judiciais contra o INSS replicados nos mais diversos ramos do Poder Judiciário brasileiro.

Mas aqui nesse ponto, com o veto presidencial ao art. 333 do NCPC projetado ³², através do qual se permitiria a conversão da ação individual em ação coletiva, infelizmente, tivemos uma quase novidade no campo do tratamento das demandas de massa envolvendo o Poder Público em juízo e perdemos uma excelente oportunidade para resolver tais tipos de demandas, exclusivamente de direito, que envolvem o INSS com segurança jurídica, racionalidade e menor custo para o Estado e a sociedade brasileira.

É que, com o veto ao art. 333 do NCPC projetado e a retirada do incidente de conversão da ação individual em ação coletiva nele fixado, outra alternativa não terá o Poder Judiciário senão tratar individualmente todas as demandas exclusivamente de direito contra o INSS que, ajuizadas de forma replicada aos milhares e milhões no Poder Judiciário, terão que ser tratadas individualmente e submetidas ao IRDR ³³, o qual, com respeito às posições divergentes, não é solução definitiva dos problemas da jurisdição brasileira de massa contra o INSS, representando apenas uma tentativa de racionalizar ou acelerar o julgamento dessas chamadas “demandas de massa”, eis *“que os juízes tenham que proferir milhares de sentenças com a finalidade de contemplar detalhes fáticos e, conseqüentemente, valores, que, no processo coletivo, são definidos no momento da execução da sentença. Quer dizer, o incidente minimiza, mas não resolve o problema da*

das características de “predominância das questões comuns sobre as individuais” e da “utilidade da tutela coletiva ao caso concreto”, eis que “frequentemente haveria litispendência entre as ações pseudocoletivas e as ações individuais, na proporção em que seriam idênticos os pedidos e as causas de pedir, sem falar na discutível sujeição dos particulares à coisa julgada da falsa ação coletiva, à falta de normas próprias, já que as regras do CDC apenas cuidam das genuínas ações coletivas, ou na irremissível probabilidade de decisões praticamente contraditórias”. DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., p. 95/96.

32 Para maiores informações sobre o tema, veja nosso artigo no prelo “A perda da oportunidade de coletivização do processo contra o Poder Público no novo Código de Processo Civil”, onde fazemos uma análise mais profunda ao equívocado veto ao art. 333 do NCPC projetado.

33 Trata-se de instituto através do qual quando se verificar a potencialidade de repetição de determinada demanda judicial, poderão as partes, o MP ou a DP requerer que o tribunal aprecie o objeto jurídico da demanda, com a suspensão de todos os processos com objeto jurídico idêntico fixando a tese jurídica no referido incidente - leading case ou caso paradigma -, a qual será posteriormente aplicada a todos os casos com objeto jurídico idêntico pelo juiz, seja em processos em curso ou em processos futuramente ajuizados, no âmbito do Tribunal onde tenha sido julgado o IRDR.

*multiplicidade de processos idênticos que, nos dias atuais, tem se mostrado como um dos sérios entraves à célere prestação jurisdicional.”*³⁴

Assim, no âmbito das ações previdenciárias de massa, exclusivamente de direito, acreditamos que melhor sorte não caberá às diversas técnicas de julgamentos repetitivos e de vinculação de precedentes adotadas pelo CPC/2015 do que coube até hoje e continuará cabendo até hoje à SRR no RE; ou seja, não produzir os efeitos de evitar a judicialização de centenas, milhares e milhões de ações exclusivamente de direito idênticas contra o INSS e nem assegurar racionalidade e aceleração de tais demandas de massa, conforme demonstraram os números contundentes anteriormente expostos.

6 CONCLUSÕES

Sabidamente, o Direito Processual brasileiro, especialmente o civil e o constitucional, vem, de longa data, passando por diversas reformas, sempre procurando adotar técnicas processuais de aceleração de procedimento, eis que parece ser comum a percepção de que o maior problema que aflige o jurisdicionado brasileiro é a longa espera por uma decisão jurisdicional efetiva.

Nenhuma dessas reformas processuais trouxe o sucesso desejado no plano da necessária estabilização e aplicação uniforme do direito constitucional no controle difuso e concreto de constitucionalidade realizado por qualquer juiz ou Tribunal no direito brasileiro, tendo o STF criado uma tese pretoriana de objetivação do RE que mais tarde levou a EC 45/2004 a inserir o § 3º no art. 102 da CF/1988, bem como a Lei 11.418/2006 a introduzir o art. 543-A ao CPC para disciplinar a RG como um requisito de admissibilidade do RE e a criação de uma sistemática de recursos repetitivos que permitisse conferir efetividade às decisões proferidas por nossa Suprema Corte no julgamento de recursos extraordinários.

Optamos, portanto, àquela época pela adoção das chamadas “técnicas de coletivização pelo julgamento” para tentar solucionar o problema das demandas de massa exclusivamente de direito que, na sua imensa maioria envolviam – e ainda envolvem – o Poder Público em juízo, eis que havia – e ainda há – centenas, milhares ou até mesmo milhões de processos judiciais idênticos em vários órgãos jurisdicionais para a obtenção de interpretação jurídica única que deva ser aplicada a conflitos normativos idênticos envolvendo Poder Público e administrados.

Entretanto, os dados oficiais disponíveis comprovam que a adoção de técnicas de coletivização pelo julgamento como a SRR não atingiu a esperada rápida estabilização e uniformização da aplicação da jurisprudência

34 DONIZETE, Elpídio. *ENTREVISTA PROCESSO COLETIVO*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/processo-coletivo/6436>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

consolidada pelo STF às demandas de massa, especialmente aquelas envolvendo o Poder Público, inclusive no campo previdenciário.

Por isso, era natural esperar-se que o legislador não depositasse tanta fé nas técnicas de julgamento repetitivos e de vinculação aos precedentes dos Tribunais Superiores como instrumentos adequados para solucionar a realidade nacional das demandas de massa, exclusivamente de direito, contra o Poder Público e optasse pela real coletivização do processo em tal situação como forma de obtenção de uma decisão jurisdicional definitiva de mérito, sem a necessidade de ajuizamento daquelas centenas, milhares ou até milhões de ações previdenciárias idênticas com controvérsia exclusiva de direito.

Ocorre que, infelizmente, nosso legislador, com a preciosa ajuda da então Presidência da República, optou por entronizar as técnicas de coletivização pelo julgamento nas demandas repetitivas, tendo-se perdido uma excelente oportunidade de atingir uma prestação jurisdicional célere e efetiva em tais ações, com o veto ao art. 333 do NCPC projetado, segundo o qual se permitia a conversão da ação individual em ação coletiva.

Infelizmente, perdeu-se uma excelente oportunidade para resolver demandas previdenciárias de massa, exclusivamente de direito, com segurança jurídica, racionalidade e menor custo para o Estado e a sociedade brasileira, tendo restado para a sociedade e o Estado brasileiro continuar convivendo com o ajuizamento de milhões de processos judiciais individuais, idênticos e exclusivamente de direito contra o INSS, sabendo-se lá quanto dinheiro público vai continuar sendo desperdiçado com a tramitação desnecessária de tantos processos judiciais para chegar àquela mesma decisão final que poderia ser produzida com a tramitação de uma única ação coletiva.

REFERÊNCIAS

BARIONI, Rodrigo. *Repercussão geral – anotações sobre as propostas formuladas pelo Ministro Luis Roberto Barroso*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI208121,101048-Repercussao+geral+anotacoes+sobre+as+propostas+formuladas+pelo>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

BERNADINA, Humberto Dalla. *Incidente de conversão de ação individual em ação coletiva no CPC projetado: exame crítico do instituto*. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/63-volume-4-numero-3-trimestre-01-07-2014-a-30-09-2014/1459-incidente-de-conversao-da-acao-individual-em-acao-coletiva-no-cpc-projetado-exame-critico-do-instituto>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório final da Comissão Especial*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório “Justiça em Números” 2014*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicável – IPEA. *Custo e tempo do processo de execução movido pela PGFN*. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/imagens/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf. Acesso em: 14 jul. 2015.

_____. *Lei 13.105, de 16/03/2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. *Mensagem nº 56, de 16/03/2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. Senado Federal. *Relatório final da Comissão de Juristas*. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a_e_2a_Reuniao_PARA_grafica.pdf. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AI-AgR 375011*. Rel. Min. Ellen Gracie 2ª Turma j. 05/10/2004 Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 27 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3345/DF e ADI 3365/DF*. Rel. Min. Celso de Melo. J. 25/08/2005. Informativo STF 398, de 22 a 26 de agosto de 2005. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 03 dez. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Relatório de atividades 2007*. p. 9. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/principalDestaque/anexo/relativ2007.pdf>. Acesso em : 02 abr. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 566.471/RS*. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 14 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 580.963/PR*. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 18/04/2013. DJE 14/11/2013. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 14 jul. 2015.

_____. *Repercussão geral*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=listas_rg>. Acesso em: 14 jul. 2015.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. Salvador: JusPodivm, 2009.

DONIZETE, Elpídio. *Entrevista Processo Coletivo*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/processo-coletivo/6436>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Projeto de novo CPC e sua influência no minissistema de processos coletivos: a coletivização dos processos individuais*. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

MORAIS, Dalton Santos. *A perda da oportunidade de coletivização do processo contra o Poder Público no novo Código de Processo Civil*. No prelo.

RECONDO, Felipe. *Que Tribunal gasta mais dinheiro para julgar um processo?* Disponível em: <<http://jota.info/que-tribunal-gasta-mais-dinheiro-para-julgar-um-processo>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal após 1988: em direção a uma Corte Constitucional. p. 191/202. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.) *15 anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Celina Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRONUNCIAMENTO JUDICIAL SOBRE A IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

JUDICIAL PRONOUNCEMENT ABOUT THE ENFORCEMENT AGAINST THE EXCHEQUER

Danielle Monteiro Prezía Aniceto

Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-SP

Membro da Advocacia-Geral da União, Procuradora Federal.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A execução e os princípios da autonomia e do sincretismo: evolução histórica; 2 Pronunciamentos do juiz; 3 Meios de impugnação dos pronunciamentos judiciais de primeiro grau; 4 Natureza jurídica do pronunciamento do juiz que aprecia a impugnação ao cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública e recurso cabível; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo aborda a natureza jurídica do pronunciamento do juiz que aprecia a impugnação ao cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública e, conseqüentemente, do meio de impugnação cabível na espécie. Para tanto, aborda a evolução da execução, do processo autônomo para o sincrético, as espécies de pronunciamentos do juiz, seus conceitos e recursos cabíveis.

PALAVRAS-CHAVE: Impugnação ao Cumprimento de Sentença. Fazenda Pública. Recursos. Pronunciamento do Juiz. Apelação. Agravo de Instrumento.

ABSTRACT: The article discusses the legal nature of the judicial decision about the execution against the Exchequer and, consequently, of the resource applicable. To this end, discusses the evolution of the implementation of the process to the syncretic, the judge's pronouncements, its concepts and appropriate resources.

KEYWORDS: Enforcement. Exchequer. Judicial Remedies. Judicial Decision. Appeal. Interlocutory Appeal.

INTRODUÇÃO

O tema suscita questões relevantes especialmente para a prática forense, na qual se tem verificado a utilização de meios de impugnação incabíveis em razão da falta de compreensão sobre a natureza jurídica do pronunciamento judicial no qual se aprecia a impugnação ao cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, a partir do novo regime instituído pelo atual Código de Processo Civil, ao dar sequência à evolução iniciada com as reformas da parte da execução realizadas no Código anterior.

Com a adoção do processo sincrético, a execução contra a Fazenda Pública passou a ser realizada sem a instauração de nova relação jurídica processual, de modo que a oposição à execução oferecida pela Fazenda deixou de ser veiculada por meio dos Embargos à Execução, mas por simples impugnação apresentada nos mesmos autos.

1 A EXECUÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA E DO SINCRETISMO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A execução, como concebida inicialmente pelo revogado Código de Processo Civil de 1973, era dotada de autonomia, isto é, independente do processo de conhecimento. Nela se formava nova relação jurídica processual que, conseqüentemente, implicava em novo pedido, nova citação do réu.

O processo de execução clássico é puro, ou seja, preordena-se exclusivamente à realização de atos materiais com o objetivo de alcançar a satisfação do crédito configurado no título executivo. De outro lado, no modelo de 1973, o processo de conhecimento não comportava a prática de atos executivos, por se destinar, somente, ao conhecimento e declaração do direito.

Realmente, o processo de execução tem uma finalidade bem distinta daquela do processo de conhecimento. Enquanto o escopo do processo de conhecimento é a definição, para o caso concreto, do direito de uma das partes, o processo de execução visa a realização desse direito, já que parte da certeza do direito do exequente.

Humberto Theodoro Júnior¹ resume que, no processo de conhecimento, o juiz soluciona, ao passo que, no processo de execução, o juiz realiza.

Quando se baseia em título executivo extrajudicial, o processo de execução sequer é precedido do processo de conhecimento.

Contudo, essa autonomia e pureza dos processos de execução e de conhecimento – e também do cautelar – foi atenuada com a constitucionalização do processo civil e com as reformas do anterior CPC brasileiro, que deram

1 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 21. ed. São Paulo: LEUD, 2002. p. 507.

lugar ao que a doutrina denominou de “sincretismo”² ou “sucessão conjugada”³, isto é, a realização de atos executivos para obter a satisfação do direito no próprio processo de conhecimento no qual ele foi reconhecido, como uma fase deste, sem a necessidade de instauração do processo de execução.

Esta sistemática já era adotada em determinadas ações de procedimento especial, como as possessórias e as de despejo e foi estendida, a partir da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, às relativas às obrigações de fazer e não fazer (art. 461 do CPC anterior)⁴ e, posteriormente, com a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, também às de entrega de coisa (art. 461-A do CPC anterior).

Em seguida, a Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, suprimiu o processo executivo autônomo atinente às obrigações de pagar quantia certa reconhecidas por sentença (art. 475-I e seguintes do CPC anterior), exceto quando executada a Fazenda Pública (artigos 730 e 731 do CPC anterior) e o devedor de prestação alimentícia (artigo 732 a 735 do CPC anterior)⁵.

E, finalmente, a partir de 18 de março de 2016, quando entrou em vigor o atual Código de Processo Civil⁶, também a execução de sentença contra a Fazenda Pública⁷ e contra o devedor de alimentos passou a prescindir da instauração de nova relação jurídica processual.

2 MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: Teoria geral – Princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 264.

3 GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 33.

4 Ovídio Araújo Baptista da Silva, contudo, entende que o artigo 461 do CPC anterior referia-se apenas às obrigações legais, razão pela qual as execuções das obrigações contratuais/delituais permaneceriam sendo disciplinadas pelos seus artigos 632 a 645 e, portanto, exigiriam um processo autônomo (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil*. 3. ed. v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 133-134). Na opinião deste ilustre processualista, o “legislador não teve presente esta distinção, cabendo à experiência judiciária e à doutrina a função de dar a esta norma seu sentido definitivo” (Ibid., p. 137).

5 E nas hipóteses de que tratava o art. 475-N, §único do CPC anterior, a saber, a sentença penal condenatória transitada em julgado, a sentença arbitral e a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça. Também se incluem nessa exceção, como bem lembrado por Sérgio Shimura, a “sentença condenatória, oriunda de ação coletiva, que tenha por objeto o ressarcimento de danos a direitos individuais homogêneos (artigos. 97 e 98 do CDC)” e o “pedido de falência, lastreado em ato de insolvência (art. 94 da Lei 11.101/2005 – Lei de Falências de 2005)” (SHIMURA, Sérgio. A execução da sentença na reforma de 2005. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*: de títulos judiciais – Lei 11.232/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 546-586, v. 3).

6 Interpretando o art. 1.045 do NCPC, o Plenário do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu na Sessão de 2 de março de 2016, por unanimidade, estabelecer o dia 18 de março de 2016 como marco inicial da vigência do Novo Código (Enunciado administrativo n. 1).

7 Esse conceito abrange as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados e Municípios) e suas autarquias e fundações públicas, excluídas, portanto, as respectivas empresas públicas e de economia mista, denominadas de entidades paraestatais em sentido lato, bem como as entidades paraestatais em sentido estrito, isto é, os serviços sociais autônomos (Sesi, Senai, Sesc, Sebrai), as organizações sociais (Lei nº 9.637/98) e as organizações da sociedade civil de interesse público (Lei nº 9.790/99). Incluem-se nesse conceito de Fazenda Pública as agências reguladoras, uma vez que sua natureza é autárquica.

A concepção tradicional do CPC de 1973 mostrou-se, na prática, morosa e ineficiente. Como salientado por José Roberto dos Santos Bedaque⁸, ficou difícil encontrar justificativa para a necessidade de dar início a um novo processo – o que implica em nova petição inicial, nova citação, possibilidade de oposição de embargos que ensejarão nova sentença e eventuais recursos – para realização do direito já reconhecido em sentença.

Na atual sistemática processual civil, o processo de execução remanesce apenas nas situações em que realmente é necessário, ou seja, quando a execução é fundada em título extrajudicial, em razão de que inexistente prévio processo de conhecimento nessa hipótese (art. 771, NCPC).

Nos demais casos, a execução ocorre nos próprios autos do processo de conhecimento, como uma fase posterior à sentença, denominada cumprimento de sentença (art. 513, NCPC).

Ocorreu, assim, a superação do binômio cognição-execução⁹, como denominou José Miguel Garcia Medina¹⁰.

Se antes das reformas do Código de Processo Civil anterior, a execução dependia de processo especialmente instaurado para tal fim, gradativamente, a cada reforma, e a partir da vigência do atual CPC, ela passou a ser realizada, quando fundada em título executivo judicial, no próprio processo no qual a obrigação foi reconhecida, como uma fase do seu procedimento, dispensando a instauração de nova relação jurídica processual.

No atual Código de Processo Civil, nem mesmo a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública e contra o devedor de alimentos demandam a instauração do processo executivo, com todas as suas implicações (petição inicial, citação, possibilidade de oposição de Embargos etc.).

Desse modo, há a necessidade de se “revisitar” o princípio da autonomia¹¹. E, ao fazê-lo, verifica-se que atualmente nosso direito processual civil convive com outro princípio: o do sincretismo.

O princípio da autonomia, como mencionado, ainda subsiste na execução dos títulos executivos extrajudiciais¹², enquanto que o princípio

8 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 125.

9 Kazuo Watanabe discorre sobre a relatividade da dicotomia processo de conhecimento-processo de execução (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: CEBEPEJ e Central de Publicações Jurídicas, 1999. p. 37-38).

10 MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: Teoria geral – Princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 35.

11 José Miguel Garcia Medina defende a necessidade de, “no mínimo, uma releitura do princípio da autonomia entre cognição e execução” (Ibid., p. 263-264).

12 E também nas hipóteses de que trata o art. 475-N, § único, quais sejam, a sentença penal condenatória transitada em julgado, a sentença arbitral e a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, porque obviamente até então inexistente a relação jurídica processual no juízo cível.

do sincretismo vigora na execução dos títulos executivos judiciais ou cumprimento de sentença, como denomina o NCPC.

2 PRONUNCIAMENTOS DO JUIZ

Os atos processuais realizados pelo juiz estão especificados no artigo 203 do atual Código de Processo Civil, que praticamente reproduziu o art. 162 do Código revogado¹³, segundo os quais tais atos consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

Quanto ao conceito de cada um desses pronunciamentos judiciais, o NCPC reafirma a sentença como o ato processual de cunho decisório praticado pelo juiz no processo, mediante o qual se coloca um fim à fase de conhecimento, seja com uma sentença terminativa ou processual (art. 485 do NCPC; art. 267 do CPC anterior), seja com uma sentença definitiva ou de mérito (art. 487 do NCPC; art. 269 do anterior), bem como o pronunciamento que extingue a execução (art. 203, §1º, parte final, NCPC; art. 705 do CPC anterior)

Portanto, reproduz a visão já adotada no CPC anterior, após a reforma operada pela Lei nº 11.232/2005, de que é o conteúdo do pronunciamento que determina se este é uma sentença ou outra espécie de ato jurisdicional, ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais.

Não obstante, verifica-se no NCPC aperfeiçoamento na redação da norma, ao conferir maior clareza e simplificação nessa conceituação, mediante a definição de cada espécie de pronunciamento do juiz pela exclusão: o que não é sentença mas tem carga decisória, é decisão interlocutória, e todos os demais pronunciamentos do juiz são despachos.

No Direito Italiano, os pronunciamentos judiciais são definidos pelo seu conteúdo e seus efeitos¹⁴.

Conforme Andrea Lugo, “il provvedimento più solenne, che contiene la decisione del merito della causa o di una questione pregiudiziale o di rito”¹⁵.

Ou, na definição de Enrico Tullio Liebman: “la sentenza è la forma tipica del provvedimento decisorio, che statuisce cioè sui diritto delle parti, accogliendo o rigettando le domande proposte in giudizio”¹⁶.

O Código de Processo Civil Italiano, em seu art. 279, arrola decisões de colegiado que são classificadas como sentença, como as que definem

13 Com a única diferença de que o atual CPC utiliza o termo “pronunciamentos do juiz” ao invés de “atos do juiz”, como o anterior, alvo de críticas que o consideravam inapropriado, uma vez que “atos do juiz” é gênero do qual os pronunciamentos judiciais são espécie.

14 CONSOLO, Cláudio. *Spiegazioni di Diritto Processuale Civile*. v. II. Bologna: Cisalpino, 2001. p. 242.

15 LUGO, Andrea. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1961. p. 92.

16 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. v. I. Milano: Giuffrè, 1984. p. 198.

o julgamento, decidindo questões de jurisdição e competência; questões prejudiciais ou preliminares de mérito; as que decidem totalmente o mérito; dentre outras.

No direito brasileiro, o julgamento colegiado proferido pelos Tribunais, denominado acórdão (art. 204 do NCPC; art. 163 do CPC anterior), pode ter conteúdo de sentença caso resolva a demanda.¹⁷

Assim, pode-se afirmar que a sentença comporta dois sentidos: um estrito, compreendendo apenas o pronunciamento do juiz de primeiro grau de jurisdição nos termos de um dos incisos do art. 485 ou do art. 487 do NCPC ou, ainda, que extingue a execução, e outro amplo, acrescentando-se a esse primeiro sentido o ato processual praticado pelo órgão jurisdicional colegiado proferido em sede recursal que também assim o faça.

3 MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DOS PRONUNCIAMENTOS DO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU

Como no regime dos Códigos de Processo Civil anteriores, o Código atual prevê o recurso de apelação como meio de impugnação da sentença e o recurso de agravo como meio de impugnação das decisões interlocutórias, com a diferença de que, no sistema do CPC de 1939, a apelação somente era cabível das sentenças de mérito. Havia também um valor de alçada e a apelação necessária, ao lado da voluntária.

E quanto ao agravo, o CPC de 1939 previa o agravo no auto do processo, o agravo de instrumento e o agravo de petição.

O agravo no auto do processo e o agravo de instrumento era o recurso cabível, em regra, contra decisões interlocutórias e, excepcionalmente, contra sentenças, arroladas, respectivamente, nos artigos 851 e 842, cujo rol era taxativo, ou em lei extravagantes. Não cabia contra toda e qualquer decisão interlocutória¹⁸. Salvo exceções, o agravo de instrumento não suspendia o processo e devia ser interposto dentro do prazo de 5 dias, no qual se indicava as peças que deveriam ser trasladadas pelo cartório.

O agravo de petição era cabível contra as sentenças terminativas proferidas no processo principal das quais não coubesse agravo de instrumento e que não se tratassem de causas de alçada. Ele era processado nos próprios autos e admitia o juízo de retratação (artigos 846 e 847 do CPC de 1939).

17 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 28.

18 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O Novo Regime do Agravo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

O Código de 1973, em sua redação original, previa, no artigo 522, que o agravo de instrumento era o recurso cabível contra as decisões interlocutórias. O parágrafo único do artigo 522 previa a possibilidade de o agravante requerer que o agravo ficasse retido dos autos, para que fosse apreciado por ocasião do julgamento da apelação, desde que expressamente reiterado em suas razões. Ele deveria ser interposto no prazo de 5 dias perante o juízo de primeiro grau e indicar as conter a indicação das peças a serem trasladadas pelo cartório. O juiz, após decorrido o prazo para resposta, poderia retratar ou manter a sua decisão. Nessa última hipótese, o agravo era remetido ao tribunal.

O atual Código de Processo Civil dispõe que, das decisões interlocutórias, cabe agravo de instrumento dentro do prazo de 15 dias, mas não para impugnar todas as decisões, apenas as expressamente elencadas no artigo 1.015. E aboliu-se a modalidade retida.

Isto porque, nesse novo Código, foi alterado o regime das preclusões conforme art. 1.009, §1º, nestes termos:

Art. 1.009. [...]

§ 1o As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

Assim, no novo regime instituído pelo Código em vigor, diversas decisões interlocutórias deixaram de ser impugnáveis pela via do agravo (retido ou mesmo de instrumento). Quanto a isso, vale destacar:

Esta opção do legislador de 2015 vai, certamente, abrir novamente espaço para o uso do mandado de segurança contra atos do juiz. A utilização desta ação para impugnar atos do juiz, no ordenamento jurídico ainda em vigor, tornou-se muito rara. Mas, à luz do novo sistema recursal, haverá hipóteses não sujeitas a agravo de instrumento, que não podem aguardar até a solução da apelação. Um bom exemplo é o da decisão que suspende o andamento do feito em 1º grau por prejudicialidade externa. Evidentemente, a parte prejudicada não poderia esperar.¹⁹

Desse modo, embora, no NCPC, não tenha havido modificação de que a apelação continuará sendo o recurso cabível contra as sentenças, ela passou

¹⁹ WAMBIER, Teresa; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins e; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo CPC*. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015, p. 1453.

a ser também o meio de impugnação contra as decisões interlocutórias das quais não caiba agravo de instrumento, sem prejuízo do uso do mandado de segurança nos casos em que a parte não possa esperar o julgamento da apelação.

Como mencionado, cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre os casos previstos no artigo 1.015 do CPC, dentre as quais as “proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário” (parágrafo único).

4 NATUREZA JURÍDICA DO PRONUNCIAMENTO DO JUIZ QUE APRECIA A IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E RECURSO CABÍVEL

A execução por quantia certa promovida contra a Fazenda, fosse ela baseada em título judicial ou extrajudicial, era feita nos moldes do artigo 730 do CPC revogado, ou seja, iniciava-se por petição inicial, na qual a citação da Fazenda executada era requerida, para tomar ciência dos cálculos que a embasavam, oportunizando, no prazo de 30 dias corridos, a oposição pela via dos Embargos à Execução.

A Lei nº 11.232/2005, que reformou a execução por quantia certa fundada em título executivo judicial na vigência do CPC anterior, dispensando a instauração do processo de execução, não modificou o regramento existente quando o executado era a Fazenda Pública, remanescendo o procedimento do mencionado artigo 730 até a vigência do atual Código de Processo Civil.

No modelo anterior, não havia dúvida quanto à natureza jurídica do pronunciamento no qual eram julgados os Embargos à Execução, rejeitando-os ou acolhendo-os. Sendo ação autônoma, com petição inicial, citação, instrução probatória, encerrava-se com a sentença, impugnável, portanto, pelo recurso de apelação.

Contudo, no modelo atual, de sincretismo, a Fazenda Pública não opõe mais Embargos à Execução quando discorda a execução promovida pelo exequente; apenas impugna a execução nos próprios autos, conforme prevê o art. 535, do NCPC, podendo arguir:

- I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;
- II - ilegitimidade de parte;
- III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

- IV - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;
- V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;
- VI - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença.

A impugnação ao cumprimento de sentença apresentada pela Fazenda Pública pode ser acolhida – integral ou parcialmente – ou rejeitada pelo juiz.

Esse pronunciamento judicial poderá ser, como já mencionado, uma sentença ou uma decisão interlocutória, a depender do seu conteúdo: se extinguir a execução, será sentença, conforme o citado artigo 203, §1º, parte final; caso contrário, será decisão interlocutória, conforme artigo 203, §2º, CPC.

A sistemática adotada no Código é de que a execução se extingue com uma sentença (art. 925, CPC). Não basta, para tanto, que ocorra uma das hipóteses previstas no artigo 924 do CPC.

As situações que levam à extinção do processo de execução, arroladas no artigo 924, CPC, não são taxativas. Há diversas outras situações que ensejam a extinção da execução, como a desistência da execução pelo credor (art. 775, CPC).

A execução também se extingue nas hipóteses previstas no artigo 485 do atual CPC.

Sob a égide do CPC anterior, DINAMARCO²⁰ já citava outras hipóteses: julgamento que cassa a sentença provisoriamente executada, rescisão da sentença civil que embasou o processo de execução e revisão criminal que atinja a sentença penal condenatória que também serviu de título ao processo de execução. Na realidade, entendemos que todas essas situações conduziam à extinção da execução por carência de ação, dada a falta de interesse de agir, consubstanciada na inexistência de título executivo.

Observa-se, ainda, que as situações retratadas nos incisos do artigo 924, CPC, equivalem a algumas das elencadas em incisos dos artigos 485 e 487 do CPC, como demonstrado no quadro a seguir:

20 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 167.

Art. 924. Extingue-se a execução quando:	
I - a petição inicial for indeferida;	Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: I - indeferir a petição inicial;
II - a obrigação for satisfeita; ²¹	Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: III - homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;
III - o executado obtiver, por qualquer outro meio, a extinção total da dívida;	Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: III - homologar: [...] b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.
IV - o exequente renunciar ao crédito;	Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: III - homologar: [...] c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.
V - ocorrer a prescrição intercorrente.	Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: [...] II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

²¹Desse modo, considerando o critério que identifica a sentença pelo seu conteúdo material, que deve corresponder às situações elencadas nos artigos 485, 487 e 924 do NCPC, o pronunciamento do juiz que acolhe a

²¹ Somente na hipótese do executado, depois de instaurada a execução, cumprir a obrigação espontaneamente.

impugnação da Fazenda Pública ao cumprimento de sentença e, com isso, extingue a execução, é uma sentença, apelável, portanto.

Caso o pronunciamento judicial que aprecia a impugnação da Fazenda não extinga a execução, não será sentença e, conseqüentemente, será decisão interlocutória, contra a qual deve ser interposto agravo de instrumento, de acordo com o artigo 1.015, parágrafo único, NCPC.

5 CONCLUSÃO

O princípio da autonomia cedeu espaço ao princípio do sincretismo, segundo o qual a cognição e a execução realizam-se na mesma relação jurídica processual. O primeiro ainda subsiste na execução dos títulos executivos extrajudiciais, enquanto que o princípio do sincretismo informa a execução das condenações de pagar quantia, inclusive contra a Fazenda Pública, e de fazer, não fazer e entrega de coisa.

Desse modo, a impugnação ao cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública realiza-se nos mesmos autos nos quais a obrigação de pagar quantia certa foi reconhecida e não mais pela via dos Embargos à Execução.

O recurso cabível contra a decisão que aprecia essa impugnação vai depender da natureza jurídica desse pronunciamento judicial. Se acolher a impugnação com a extinção da execução, será uma sentença que, portanto, desafia o recurso de apelação.

Se, pelo contrário, acolher a impugnação, porém sem extinguir a execução, ou rejeitá-la, será uma decisão interlocutória, contra a qual deve ser interposto agravo de instrumento.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil*. 3. ed. v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; WAMBIER, Teresa; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo CPC*. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

CONSOLO, Cláudio. *Spiegazioni di Diritto Processuale Civile*. v. II. Bologna: Cisalpino, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Notas sobre os recursos no processo de execução. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. v. I. Milano: Giuffrè, 1984.

LUGO, Andrea. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1961.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: Teoria geral – Princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Rogério Licastro Torres de; WAMBIER, Teresa; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Primeiros comentários ao Novo CPC*. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson; *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2015.

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

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2015.

OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; THEODORO JÚNIOR, Humberto; RESENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RESENDE, Ester Camila Gomes Norato; THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de. *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo CPC*. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

SHIMURA, Sérgio. A execução da sentença na reforma de 2005. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução: de títulos judiciais – Lei 11.232/2005*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.546-586.

THEODORO JÚNIOR., Humberto. *Processo de Execução*. 21. ed. São Paulo: LEUD, 2002.

_____; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; RESENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Novo Código de Processo Civil comparado. Artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *O Novo Regime do Agravo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins e; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo CPC*. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Novo Código de Processo Civil comparado. Artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: CEBEPEJ e Central de Publicações Jurídicas, 1999.

BOA-FÉ OBJETIVA DO MAGISTRADO E PROCESSO JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO

OBJECTIVE GOOD-FAITH FROM THE JUDGE AND SOCIAL SECURITY JUDICIAL PROCEEDING

Diego Calandrelli

Especialista em Direito Civil

*Procurador Federal, em exercício no Escritório Avançado de Foz do Iguaçu/PR, da
Procuradoria Seccional Federal de Cascavel*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Desenvolvimento; 2 Boa-fé objetiva do magistrado; 2.1 Não se considera fundamentada decisão judicial que apenas se limita à citação de ato normativo sem explicar sua relação com a causa; 2.2 Não se declara fundamentada decisão judicial que emprega conceitos indeterminados sem nexos com o caso concreto; 2.3 Não se considera como fundamentada a decisão genérica; 2.4 A decisão que não enfrenta todos os argumentos das partes deve ser tida como não fundamentada; 2.5 A decisão fundamentada deve ser aquela que segue súmula ou jurisprudência identificando os fundamentos anteriores e se necessário, demonstrando o “distinguishing”/“overruling”; 2.6 Do questionável Parágrafo 2º do art. 489 do novo CPC; 3 Do desafio das novas disposições no direito processual previdenciário brasileiro; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Este ensaio pretende analisar a boa-fé objetiva do juiz nos processos previdenciários, particularmente quanto às consequências pela introdução do novo Código de Processo Civil no Brasil de 2015 (CPC). Passará a confrontar analiticamente a boa-fé objetiva com o artigo 489 da nova lei processual nos processos previdenciários brasileiros, tendo ainda por base os Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC). Além disso, traz uma visão crítica quanto à antiga teoria do “livre convencimento motivado” do Código de Processo Civil de 1973 (artigo 131) que, em situações exacerbadas, autorizou decisões na esfera previdenciária sem lastro no princípio constitucional da legalidade e por vezes em confronto à jurisprudência dos Tribunais Superiores.

PALAVRAS-CHAVE: Boa-Fé Objetiva. Processo Judicial. Seguridade Social. Código de Processo Civil. Direito Estrangeiro.

ABSTRACT: This study aims to discuss the objective good-faith from the Judge in Social Security proceedings, specifically intended about the consequences of new 2015-Brazilian Procedure Civil Code (CPC). It criticises precisely the analytical framework for the objective good-faith with CPC's article 489 and Precedents of Permanent Procedure Civil Doctors Assembly on Brazilian Social Security proceedings. Among these measures, it is worth stressing criticizing the old fashioned proof theory by 1973-Procedure Civil Code, as called “free motivated conviction principle” (article 131), which on extreme circumstances, it has permitted Social Security sentences, that often they have infringed the constitutional principle of legality and have broken the terms of Supreme Courts' jurisprudence.

KEYWORDS: Objective Good-Faith. Judicial Proceeding. Social Security. Civil Procedure Code. Foreign Law.

INTRODUÇÃO

Este estudo tem como objetivo apontar sobre a boa-fé objetiva no direito processual civil, com foco no direito previdenciário. Ademais, proceder-se-á apontamentos com relação ao direito comparado, especialmente, o italiano.

1 DESENVOLVIMENTO

De forma semelhante à brasileira, a Constituição italiana no seu art. 111 prevê o devido processo legal, o contraditório e o exercício da jurisdição por meio de um juiz dito imparcial. Ainda, prevê o dever de motivação da decisão judicial (art. 111, Parágrafo 6o.¹) na mesma sintonia do art. 93, IX, da nossa Carta.

No âmbito de legislação infraconstitucional e na sistemática processual, o comando de leitura exegética deveria ser aquele que exigiria do juiz uma máxima isonomia possível, bem como o exercício do contraditório como forma de controle de seus e dos atos da parte. Também adviria da mesma ordem a concordância com o ordenamento Jurídico, especialmente quanto às sentenças, respeitando os precedentes dos Tribunais, com preocupação da não impressão das convicções pessoais acima dos elementos de prova e dos interesses dos litigantes.

Na codificação revogada, principalmente os artigos 125, I; 219 e 300, do Código de Processo Civil/73 (CPC/73) eram vistos como formas de integração ao contraditório. Na lei processual anterior, permitia-se ao magistrado, para evitar o “non liquet”, a utilização de formas de integração (analogia, costumes e princípios gerais de direito - à semelhança do art. 4o., da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro) e da equidade como última “ratio”, apenas nos casos previstos em lei² (art. 126 e 127, do CPC/73).

No quesito probatório, ainda sob a legislação revogada, consolidou-se uma posição do livre convencimento motivado do magistrado (também

-
- 1 “Art. 111. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.[...] Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.” (ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 20 de ago. 2016.
- 2 “Art. 113. Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità. Il giudice di pace decide secondo equità le cause il cui valore non eccede millecento euro, salvo quelle derivanti da rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità di cui all'articolo 1342 del codice civile.” (ITALIA. *Regio Decreto 28 ottobre 1940*. Codice di procedura civile. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>>. Acesso em: 20 ago. 2016.)

denominado pela doutrina de “sistema da persuasão racional”³), indicando na decisão as razões pelas quais levaram a assim concluir. Em sede doutrinária, comentando o antigo art. 131, do CPC/73, encontravam-se vozes a declarar que o juiz era o “perito dos peritos”⁴, de forma que se poderia extrair a sua análise dos elementos de prova no “sentir”⁵ da sentença prolatada pelo juiz:

No exercício de suas funções o juiz deverá sentir-se o intérprete da lei, o órgão que manifesta a sua vontade na solução do caso concreto, a ‘vox legis’. Nisso consiste a sua independência interna, dita independência jurídica. O juiz a ninguém e a nada se subordina, senão à lei.

Quer isso dizer que o juiz, conquanto componente de um organismo cujos órgãos se distribuem em instâncias ou graus, uns inferiores, outros superiores, é idêntico sempre, qualquer que seja o ponto que ocupe na hierarquia judiciária. No exercício da função jurisdicional o juiz não se subordina a qualquer outro órgão judiciário, do qual não recebe ordens ou instruções e cujas decisões não está obrigado a aceitar como normas de decidir.

Livre de quaisquer peias de natureza hierárquica o juiz, no exercício de suas atribuições judicantes, ao formular seus juízos, não tem superiores, é absolutamente autônomo, submetendo-se apenas à sua própria consciência.⁶

Para Lênio Streck⁷, por exemplo, essa leitura doutrinária da norma processual aliada ao livre convencimento motivado, previsto em lei, elevaram o índice de protagonismo judicial, do chamado “ativismo judicial”. Primeiro, como forma de indicação de elementos de prova pelo próprio juiz, denominado no vocábulo da busca da “verdade real”, da realidade dos fatos, e finalmente, como uma maneira, muitas vezes, de produzir construções jurídicas extravagantes. Deslocando o foco das

3 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 378-379.

4 “O juiz é o ‘peritus peritorium’ por força mesmo das funções de que está investido. Se o magistrado estivesse preso e vinculado às conclusões do laudo pericial, o ‘experto’ acabaria transformado em verdadeiro juiz da causa, sobretudo nas lides onde o essencial para a decisão depende do que se apurar no exame pericial.” MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processo civil*. Campinas: Millennium, 1999. p. 426.

5 Georges Abboud, em seu doutorado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), informa que houve uma tradução equivocada pela doutrina do termo em latim “sentire”. Ao invés de significar “sentir”, tem como signo as palavras “ouvir/escutar”. (APUD THEODORO JUNIOR, Humberto; et. al. *Novo CPC - Fundamentos e Sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 330)

6 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104-105.

7 STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 25.

partes e com base em uma visão de exaltação da figura do magistrado, de um ser, segundo esse ponto, dotado de excelência de caráter, que foi aprovado em concurso de provas e títulos (art. 37, II e 93, I, da CF/88), permitiram-se leituras e, portanto, decisões judiciais, que se baseavam na responsabilidade apenas da “consciência do magistrado” e não mais verdadeiramente na lei ou na Constituição.

Como muito bem retratado por Sílvio de Sá Batista⁸, o ponto central do processo passou do devido processo legal (dialética das partes) à figura quase mitológica do juiz, que estaria - segundo essa visão - submetida apenas aos seus próprios princípios, à sua consciência, relativizando a letra da lei na busca de um ideário de justiça de caráter pessoal, refletido no caso “sub judice” como se fosse (e sempre) uma realidade universal.

Em outras palavras, mesmo fora dos casos legais, poder-se-ia, então, decidir com base nas técnicas de integração da norma jurídica ou afastando norma jurídica válida e eficaz com base em ponderação de princípios que sequer entravam em rota de colisão no caso concreto.

Com inspiração na máxima aristotélica, de ser que conhece o bem e o mal, a ideia do juiz como criador do direito no caso “sub judice” ganhou corpo nas lições de Oskar Von Bülow, célebre processualista alemão do século XIX, tendo sido absorvidas ainda na doutrina de Chiovenda, Carnelutti e até de Enrico Tullio Liebman, jurista italiano que fugiu do fascismo e que lecionou no Brasil. Dentre os alunos de Liebman, como cediço, destacaram-se o ex-Ministro da Justiça e do Supremo Tribunal Federal Alfredo Buzaid, justamente o mentor da codificação processual revogada (de 1973).

Sobreleve, ainda, que na cultura jurídica nacional a doutrina se inspirou também na escola da “Jurisprudência de Valores” alemã, que tinha como pressuposto a remodelação daquele Ordenamento Jurídico, afastando-se da rigidez da legalidade que legitimou o poderio nazista. No Brasil, a inspiração para a utilização da corrente tedesca não atendia ao mesmo fim histórico, mas serviu, contudo, para auxiliar na vivacidade do sentimento da consciência do juiz como inspiração ao ato sentencial.

Apenas a título ilustrativo e para demonstrar que as consequências desse pensamento nem sempre foram satisfatórias no viés legal, cite-se, por exemplo, a corrente doutrinária-gaúcha do “Direito Alternativo”, que surgiu nas décadas de 80/90⁹. Com mesmo discurso baseado no pensamento de Aristóteles, de Bülow, associado à leitura de Karl Marx, pregava-se que

8 BATISTA, Sílvio de Sá. *Má-fé e boa-fé na processualidade democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 77-88.

9 “A organização dos juízes alternativos surgiu em 1983, no Rio Grande do Sul como grupo de estudos de filosofia e ganhou corpo em 1991, após uma polêmica na mídia.” APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 187.

o dever do juiz era decidir conforme a justiça social. Extraindo o conceito marxista da luta de classes, os juízes alternativistas defendiam a leitura da norma legal inclusive “contra-legal”, aventando para sua sentença, se preciso, até o dever de caridade. Interessante citar a crítica de Goffredo Telles Júnior¹⁰, em artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sobre o Direito Alternativo:

Há um argumento que, segundo penso, não foi ainda aventado, mas que é de suma importância, dentro do contexto do chamado ‘Direito Alternativo’.

A sentença ‘contra legem’ é uma violação da lei, praticada ‘deliberadamente pelo juiz. É ato ilícito. Ora, a lei é norma ‘autorizante’. E norma que ‘autoriza o lesado, pela violação dela, a exigir o cumprimento da norma violada, ou a indenização pelo dano sofrido. Logo, o lesado pela sentença ‘contra legem’ tem, além dos recursos normais para as instâncias superiores, uma ação contra a pessoa do juiz, que é um infrator confesso.

Assim, o autor da sentença ‘contra legem pode passar de juiz a réu, em ação de reparação de danos.

Péssimo exemplo deram esses juízes do ‘Direito Alternativo’. Péssimo exemplo, apesar de seu amor pela Justiça. Poderiam demonstrar seu amor, usando meios adequados. Mas, fazendo o que estavam fazendo, colocaram-se na situação de agressores, ferindo direitos líquidos e certos, de pessoas que não-merecem esse tratamento.

Quando os juízes declaram que não-cumprem as leis, quem as cumprirá?

O Poder não-fundado na lei, o Poder contra a lei, é o Poder discricionário. É, exatamente, o Poder que odiamos, porque é o Poder dos ditadores e dos tiranos. É o Poder que odiamos, mesmo quando esse Poder está nas mãos de juízes.

Sim, é certo, situações de injustiça social existem, por toda parte. E não há dúvida que a Justiça humana é imperfeita. Mas ainda mais imperfeita se tornará se ela for entregue ao arbítrio dos juízes.

Erraram de carreira os juízes do ‘Direito Alternativo’. Se queriam se dedicar à luta contra as leis injustas, não deveriam ser juízes. Deveriam ser políticos. Deveriam se alinhar conosco, deveriam

10 TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. O chamado direito alternativo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 94, 1999. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67433>. Acesso em: 29 ago. 2016.

participar de nossas campanhas, por uma ordem jurídica melhor, por uma Democracia mais perfeita.

Pois bem, o cenário descrito desaguou-se, infelizmente, no “solipsismo judicial”¹¹ e no “panprincipiologismo”¹², que legitimavam decisões baseadas até em métodos contraditórios entre si ou que, por vezes, passavam por uma suposta racionalidade de argumentação à ponderação de princípios de Robert Alexy¹³, mas que, no fundo, transformavam-se em obras de discricionariedade judicial.

No direito processual previdenciário não ocorreu de forma diferente, muito pelo contrário.

Com esse ideário da figura do juiz como modelo de ética, justiça, desbravador, o processo previdenciário ganhou contornos perigosos, especialmente se considerarmos que foram desprezados seus princípios básicos, como o da legalidade, da contrapartida e da capacidade contributiva (arts. 195, § 5º e 201, da Constituição Federal de 1988), estes dois últimos, que exigem do segurado o prévio financiamento da Seguridade Social.

Não raro veem-se sentenças judiciais no direito previdenciário que desconsideram a letra da lei, a (necessária) avaliação administrativa¹⁴ da Autarquia Federal especializada (Instituto Nacional do Seguro Social) e até outras decisões judiciais, especialmente, de Tribunais Superiores. Muitas vezes, sob a premissa do “in dubio pro misero”, mesmo quando este princípio deveria ser utilizado apenas no aspecto probatório na verdadeira dúvida ou incerteza, ou, por vezes, por meio de interpretação extravagante da norma constitucional, aplicou-se verdadeira política judiciária de distribuição de renda, concedendo-se circunstancialmente aposentadorias ou pensões completamente ilegais, muitas vezes, como dito, fora dos parâmetros já decididos pelo próprio Poder Judiciário¹⁵. Considerando que a Seguridade Social no Brasil encontra-se em sério risco de colapso financeiro, face à

11 STRECK, Lênio Luiz. “*O que é isto – decido conforme minha consciência?*”. ed. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 36-63.

12 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. ed. 11. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 162-175.

13 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário no. 631240*. Relator: BARROSO, Roberto. Publicado no DJe-220 de 10-11-2014. Disponível em: <<http://www.stfj.us.br>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

15 Nesse passo e com todo respeito, merecem críticas as decisões da TNU no PEDILEF n.º 50108581820134047205 ou do TRF4ª Região no ARGINC n.º 5012935-13.2015.404.0000 que concluíram que na aposentadoria por tempo de contribuição dos professores merece afastamento o fator previdenciário. O tema já houvera sido julgado de forma completamente contrária pelo Superior Tribunal de Justiça, ou seja, que o fator de redução era de incidência obrigatória na aposentadoria dos docentes nos termos do art. 29, I, da Lei 8.213/91 (exemplo, EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1490380/PR). Ainda, contraria a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade do fator previdenciário e da inexistência de especialidade na aposentadoria por tempo de contribuição dos professores (ARE 742005 AgR).

insuficiência de receitas públicas para fazerem azo às exigências sociais, o problema guarda contornos mais que jurídicos, mas também sociais, pois se vê a necessidade de estancamento de despesas, porém, de outro lado, lidam-se com direitos mínimos do cidadão, por vezes, cláusulas pétreas, que estão supridas dentro do princípio da seletividade da política pública.

Para se ter uma ideia do problema financeiro a que se refere, a despesa estimada no Orçamento da Seguridade Social no ano de 2016 foi R\$ 496,846 bilhões em 2016, o que corresponderia a 7,39% do PIB, conforme anexo IV.6 do Projeto de Lei 02/2016-CN (Mensagem 144/2016-Origem)¹⁶, Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2017.

Aliada à Reforma da Previdência aprovada no ano de 2015, o governo do Presidente Michel Temer apresentou no final de 2016 a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 287/2016¹⁷ tudo para, com certeza, obter uma racionalidade financeira no sistema, sem menosprezar, de outro lado, os direitos dos futuros segurados e pensionistas.

Logo, uma decisão judicial concessiva de benefício previdenciário fora dos parâmetros pensados pela lei pode configurar, na consciência do magistrado, uma justiça (sua) no caso concreto; mas, no ideário macro, universal, com certeza traduz-se numa despesa ao INSS não prevista pelo Poder Executivo, verdadeiro responsável pela aplicação da política pública social. Isso só na análise de um processo: se colocarmos na balança a visão de que a decisão pode ser um precedente judicial e que, portanto, pode servir de causa de pedir em outros casos verossimilhantes, o efeito cascata de decisões concessivas - muitas vezes, em tutela provisória de urgência¹⁸ - podem gerar como resultado a bancarrota do próprio sistema.

Se considerarmos, outrossim, que a política pública é definida pela conjugação de esforços legislativos pelos Poderes Executivo e Legislativo, ambos eleitos por votação popular, a decisão também pode ser tachada, no mínimo, de antidemocrática e que privilegia seu ideário de justiça em prejuízo da vontade do povo, verdadeiro detentor do poder político por norma constitucional (art. 1º, Parágrafo Único, da CF/88).

16 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/lido/lido2017/lido-2017-tramitacao-no-congresso-nacional-ciclos/Projeto.html>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

17 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2119881>>. Acesso em: 01 fev. 2017.

18 Art. 294, do CPC/15. "A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental." (BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm#art804>. Acesso em: 26 ago. 2016).

Mas, voltemos à ótica processual, principalmente considerando a legislação processual nova. Explique-se.

No ano de 2015, foi aprovado o novo Código de Processo Civil (CPC/15 ou NCPC), Lei 13.105/2015, com “vacatio legis” de um ano (art. 1.045), tendo entrado em vigor em 18/03/2016¹⁹, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, Colegiado responsável, entre outras funções jurisdicionais, pela uniformização do entendimento sobre lei federal no Brasil (art. 105, III, “c”, da CF/88). Entre os ganhos legislativos, em semelhança ao Código Suíço (art. 52²⁰) destacamos a introdução na legislação processual do princípio da boa-fé (objetiva) - art. 5^o²¹, inclusive, com aplicação também ao magistrado. Também preveem a boa-fé objetiva as codificações portuguesa (arts. 7o. e 8o., da Lei 41/2013²²) e a italiana (art. 88, do “Codice di procedura civile”²³), por exemplo.

Ainda, importante ressaltar, desde este início, que se revogou o dispositivo que autorizava o livre convencimento do juiz em matéria de apreciação probatória, com explícita obrigação de motivação na decisão, inclusive, com a necessidade de respeito a enunciados e à jurisprudência dos Tribunais.

O desafio deste ensaio, então, é tentar estabelecer os efeitos da interpretação do novo art. 489, Parágrafo 1^o., do CPC e do princípio da boa-fé objetiva do magistrado, em especial, com foco no direito processual previdenciário. Passemos a essa análise.

2 BOA-FÉ OBJETIVA NA FIGURA DO MAGISTRADO

A boa-fé objetiva foi prestigiada no Código de Processo Civil em vários dispositivos, em especial e para fins deste ensaio, nos arts. 5^o, 6^o, 10, 322, § 2^o. e 489, § 3^o. Reconhecidamente transportado do direito privado ao

19 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Pleno-do-STJ-definir-que-o-novo-CPC-entra-em-vigor-no-dia-18-de-mar%C3%A7o>. Acesso em: 20 ago. 2016.

20 Art. 52. All those who participate in proceedings must act in good faith”. (THEODORO JUNIOR, Humberto; et. al. *Novo CPC - Fundamentos e Sistematização*. ed. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 203).

21 Enunciado 374, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC). “O art. 5o prevê a boa-fé objetiva.” (PORTAL PROCESSUAL. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-São-Paulo.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2016)

22 PORTUGAL. *Lei no. 41, de 26 de Junho de 2013*. Aprova o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.stj.pt/ficheiros/fpstipltl/portugalepcivilnovo.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

23 “Art. 88 (Dovere di lealtà e di probità) Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità. In caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve riferirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi”. (ITALIA. *Regio Decreto 28 ottobre 1940*. “Codice di procedura civile”. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>>. Acesso em: 20 ago. 2016.)

direito processual²⁴, já existia antes no Código de procedimentos revogado (art. 14, II), mas certamente não com a intensidade de que é cuidada nesta nova legislação, inclusive, com a adição explícita de que magistrado também é agente processual que lhe deve respeito e observação. Nesse sentido, as lições de Humberto Theodoro Júnior²⁵:

Dispõe o art. 5º do novo NCPC que ‘aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé’. A má-fé subjetiva (conduta dolosa, com o propósito de lesar a outrem) sempre foi severamente punida, tanto no âmbito do direito público como no privado. Há, porém, uma outra visão da boa-fé, que se desprende do subjetivismo, para se localizar objetivamente no comportamento do agente, como exigência de ordem ético-jurídica. Essa boa-fé objetiva assumiu maior relevo, em nosso direito positivo, com o advento do Código do Consumidor e do novo Código Civil, que a adotaram como um dos princípios fundamentais do direito das obrigações. No campo dos contratos, a boa-fé objetiva assumiu a categoria de limite da autonomia da vontade, bem como de norma básica de interpretação e cumprimento dos negócios jurídicos, além de funcionar, a própria boa-fé objetiva, como fonte legal de deveres e obrigações, a par daqueles contraídos voluntariamente no ajuste contratual (CDC, art. 4º, III; CC, art. 422).

Consiste o princípio da boa-fé objetiva em exigir do agente que pratique o ato jurídico sempre pautado em valores acatados pelos costumes, identificados com a ideia de lealdade e lisura. Com isso, confere-se segurança às relações jurídicas, permitindo-se aos respectivos sujeitos confiar nos seus efeitos programados e esperados. [...]

Reconhecendo-se, pois, a Constituição como a justificadora da presença da boa-fé objetiva em todo o sistema normativo atual, a consequência natural e lógica é que o Poder Judiciário, seus agentes e as partes envolvidas na relação processual não escapam da submissão ao ‘dever de agir de acordo com os padrões socialmente reconhecidos de lisura e lealdade’.

24 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. ed. 6. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 623-630.

25 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. ed. 56. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 149-151.

Andou bem, portanto, o novo CPC quando inseriu entre as ‘normas fundamentais do processo civil o dever de todos os que atuam em juízo de ‘comportar-se de acordo com a boa-fé’ (art. 5º). [...] (grifos nossos)

No direito material privado, como dito, a boa-fé existia inicialmente com a feição mais focada ao viés subjetivo, da intenção, da vontade das partes na celebração, por exemplo, do ato/negócio jurídico ou do casamento²⁶. Com o advento da Constituição de 1988, no seu objetivo da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), o princípio da boa-fé objetiva viu sua seiva constitucional, que pode ser traduzido como a conduta leal das partes²⁷ com reflexos nos chamados “deveres anexos ou laterais de conduta”, como o respeito, cuidado, confiança, colaboração e cooperação²⁸.

Da mesma forma que no art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) a boa-fé objetiva também foi incluída no art. 422, do Código Civil balizando as esferas negocial, pré e pós-contratual²⁹. Adotando o conceito de patrimonialidade da lei civil italiana (art. 1.321, do “Codice Civile”³⁰), o Código Civil de 2002 implementou junto com o CDC uma nova mentalidade teórica contratual³¹, de forma que o negócio jurídico celebrado entre as partes (ainda que consumidora) exija não só a satisfação do credor, mas, também, o respeito à dignidade da pessoa humana, às normas de ordem pública, aos bons costumes e aos deveres laterais, não necessariamente pontuados pelas partes explicitamente no contrato, mas implicitamente postos pela lei como cogentes, sob pena de responsabilização na modalidade objetiva³².

26 Vide, por exemplo, os arts. 85 e 221, do Código Civil de 1916.

27 “Art. 1175. Comportamento secondo correttezza. Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza.” (ITALIA. Regio Decreto 16 marzo 1942. “Codice Civile”. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/news/2014/10/29/delle-obbligazioni-dei-contratti-in-generale>>. Acesso em: 26 ago. 2016.)

28 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. ed. 6. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 623-630.

29 Enunciado 25, I Jornada CJP/STJ. “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.”

30 “Art. 1321. Nozione. Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.” (ITALIA. Regio Decreto 16 marzo 1942. Codice Civile. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/news/2014/10/29/delle-obbligazioni-dei-contratti-in-generale>>. Acesso em: 20 ago. 2016.)

31 Enunciado 167, da III Jornada de Direito Civil do CJP/STJ – “Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.”

32 Enunciado 24, da I Jornada de Direito Civil do CJP/STJ – 24 - “Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.”

Pois bem, a respeito da boa-fé objetiva e da sua observância obrigatória também pelo magistrado, vê-se que a figura da decisão com base apenas na “consciência do juiz”, do solipsismo judicial, já não se coaduna com o modelo do novo processo civil, ou seja, aquele que pontua que os agentes processuais têm seus papéis de protagonista bem definidos, evitando contradições, deslealdade e desarrazoabilidade, tais como mudanças de posições jurídicas sem fundamentação³³ (“venire contra factum proprium” e o abuso de direito) e que sempre visem a uma célere resolução de mérito³⁴. Respectivamente a respeito do magistrado, a boa-fé objetiva aliada à revogação do art. 131, do Código de Processo Civil de 1973, que tratava do livre convencimento motivado, além de exigirem uma real fundamentação, vetam a utilização de conceitos imprecisos, vagos, ou que se traduzem em mera paráfrase de ato normativo, devendo, também, respeitar aos precedentes dos Colegiados, especialmente, dos Tribunais Superiores, tudo com vistas a evitar a fadada discricionariedade judicial.

Nesse passo, eis o art. 489, Parágrafo 1º., do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

33 Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça no Informativo 545/2014:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. HIPÓTESE EM QUE AO MAGISTRADO NÃO É POSSÍVEL INDEFERIR PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA.

Uma vez deferida a produção de prova pericial pelo magistrado [...], caso o laudo tenha sido inconclusivo, ante a inaptidão dos elementos materiais periciados, não pode o juiz indeferir o refazimento da perícia requerida por ambas as partes, quando posteriormente houver sido disponibilizado os requisitos necessários à realização da prova técnica [...]. Isso porque o processo civil moderno vem reconhecendo, dentro da cláusula geral do devido processo legal, diversos outros princípios que o regem, como a boa-fé processual, efetividade, o contraditório, cooperação e a confiança, normativos que devem alcançar não só as partes, mas também a atuação do magistrado que deverá fazer parte do diálogo processual. [...]” (BRASIL. Recurso Especial no. 192.681-PR, Relator: SALOMÃO, Luis Felipe. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 26 ago. 2016)

34 CUNHA, Leonardo da. Art. 5o. In: _ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*: de acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 38.

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. [...]

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Analisemos cada um dos incisos não exaustivos³⁵ do dispositivo, com base na melhor doutrina, esta muitas vezes traduzida nos Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). Acima de tudo notemos como o dispositivo em comento ao art. 5º, do CPC/15 exige a boa-fé objetiva do magistrado³⁶ na fundamentação da sua decisão (art. 489, § 3º), justamente para que se possam respeitar os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal substancial.

2.1 Não se considera fundamentada decisão judicial que apenas se limita à citação de ato normativo sem explicar sua relação com a causa

Uma decisão que apenas cita um ato normativo e diz que julga conforme este entendimento não se encontra fundamentada. A Constituição e a lei exigem a explanação mental dos fatos e sua subsunção à lei, sob pena de vício de nulidade. Nessa linha, como bem anotado por Maurício Ramires³⁷ sobre o tema:

A atitude do juiz que repete o texto normativo que lhe pareceu adequado, sem justificar a escolha, não vai além do que faria se não explicitasse de forma alguma o motivo da decisão. Diz Streck que 'jamais uma decisão pode ser do tipo 'Defiro com base na lei x ou na súmula y'. Essa escolha 'livre' de sentido não fundamenta o julgado, a não ser para alguém ainda tão imerso no paradigma racionalista que acredite que a lei tenha um sentido unívoco e pressuposto. Ao juiz contemporâneo não pode bastar, ao dar cabo a uma discussão, a mera declaração do

35 Enunciado 303, do FPPC. "As hipóteses descritas nos incisos do §1º do art. 499 são exemplificativas." (PORTAL PROCESSUAL. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-São-Paulo.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2016)

36 Enunciado 305, do FPPC. "O órgão jurisdicional também deve comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva". (idem)

37 RAMIRES, Maurício. *Invocação de precedente jurisprudencial como fundamentação de decisão judicial: uma crítica ao sincretismo improvisado entre os sistemas de 'civil' e 'common law' no Brasil e uma proposta para sua superação hermenêutica*. São Leopoldo, 2009. p. 24. Tese (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, UNISINOS.

vencedor, repetindo as razões deste como quem enuncia uma equação matemática. Ao contrário, é preciso que o julgador, no mesmo passo em que diz por que acolheu as razões do vencedor, afirme as razões pelas quais rejeitara a interpretação dada pela parte sucumbente.

Logo, a decisão que limita-se à mera reprodução ou paráfrase do texto da norma sem demonstrar a relação com o caso concreto não se considera fundamentada³⁸.

2.2 Não se declara fundamentada decisão judicial que emprega conceitos indeterminados sem nexos com o caso concreto

A técnica de utilização de conceitos indeterminados ou cláusulas gerais pela legislação não é nova no nosso Ordenamento, sendo exemplos o CDC, o Código Civil e agora o Código de Processo Civil³⁹. Com essa técnica legislativa, perde-se na especificação do conceito, do instituto tratado na norma, mas se obtém, de outra forma, um texto normativo mais genérico, passível de enquadramento em diversas situações não pensadas originalmente pelo legislador. Trata-se, como bem denominado por Judith Martins-Costa, de “janelas abertas para a mobilidade da vida”⁴⁰.

Entretanto, a técnica é apenas legislativa, não deve ser mantida na decisão judicial, de forma a não demonstrar, no caso “sub judice”⁴¹, a concretização do conteúdo legal indeterminado. Em outras palavras, não pode o magistrado prolatar uma decisão genérica, a ponto de não

38 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. ed. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 577.

39 THEODORO JUNIOR, Humberto; et. al. *Novo CPC - Fundamentos e Sistematização*. ed. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 53.

ROSENVALD, Nelson. *A dignidade da pessoa humana no CPC/15*. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/12/18/A-dignidade-da-pessoa-humana-no-CPC15>>. Acesso em: 12 set. 2016.

40 MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um ‘sistema em construção’: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. In: *REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA*, v. 35. n. 139 (jul./set. 1998). Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em: 12 set. 2016.

41 Fredie Didier, com base na doutrina do mestre português Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, explica que também é uma variante da boa-fé a decisão com base nos elementos existentes no caso concreto:

“O princípio da boa-fé atua mediante a aplicação de dois ‘subprincípios’ ou ‘princípios mediantes’: (a) proteção da confiança pelo qual se protege o sujeito que foi levado a acreditar em certo estado de coisas; (b) prevalência da materialidade subjacente: é preciso aplicar as normas jurídicas com atenção ao ‘conjunto’ das particularidades da situação concreta que se busca resolver, em postura de combate ao formalismo – então entendido como submissão rígida dos casos a decidir as proposições legais tidas por aplicáveis. Como diz Menezes Cordeiro, o subprincípio da primazia da materialidade subjacente ‘traduz a vocação efectiva da Ciência do Direito para, em termos constituintes, resolver problemas concretos.’ (DIDIER JUNIOR, Fredie. *Multa coercitiva, boa-fé processual e ‘supressio’*: aplicação do ‘duty to mitigate the loss’ no processo civil. *Revista de Processo*, n. 171, p. 42-43, maio. 2009.)

explicar o porquê daquele conceito indeterminado ter integrado as razões da fundamentação, transformando-a em um édito elíptico⁴².

2.3 Não se considera como fundamentada a decisão genérica

O inciso III do Parágrafo 1o do art. 489 do novo Código de Processo Civil disciplina que a decisão judicial deve ter motivos, demonstrando “in concreto” as razões pelas quais partiu-se do entendimento para se chegar à conclusão. Reconhece a nova legislação a natureza jurídica da fundamentação como forma de publicização das razões de decidir do magistrado, para fins de que as partes conheçam os verdadeiros motivos da procedência ou improcedência do pedido autoral.

Entretanto, a fundamentação não tem apenas uma função endoprocessual; possui também uma função externa, de controle do Estado Democrático de Direito⁴³ na atuação do Estado-juiz⁴⁴. A respeito das duas funções da motivação judicial, não poderíamos deixar de citar os ensinamentos do Professor Italiano Marco de Cristofaro⁴⁵ que disserta que

42 Enunciado 517, FPPC. “A decisão judicial que empregar regras de experiência comum, sem indicar os motivos pelos quais a conclusão adotada decorre daquilo que ordinariamente acontece, considera-se não fundamentada.” (PORTAL PROCESSUAL. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-São-Paulo.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2016)

43 “Conclui-se [...] que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, [...] foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político. Aonde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática de todo o povo nos mecanismos do ‘controle das decisões’, e de sua ‘real participação’ nos ‘rendimentos da produção’”. (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. ed. 39. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 120)

44 Art. 103-B, da CF/88. “O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: [...]”

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: [...]”

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; [...]

§ 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.”

45 CRISTOFARO, Marco de. A motivação das decisões judiciais. Tradução por: Ariana Julia de Almeida Anfé. In: ZUFELATO, Camilo, et al. (Coord.). *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador:

a primeira função, a denominada de extraprocessual, tem como verdadeiro fim o controle externo da atuação estatal, e a segunda, endoprocessual, como garantia do contraditório das partes, para evitar o arbítrio do juiz e conhecer as razões pelas quais tais os quais fatos ou seus argumentos foram ou não considerados:

[...] entende-se que há, por um lado, evidência da função extraprocessual da motivação, como instrumento para um controle 'difuso' do trabalho dos órgãos jurisdicionais por parte dos jurisdicionados: controle em que se exprime uma concepção democrática do poder jurisdicional e das relações entre cidadãos e justiça; por outro lado, o reconhecimento da função endoprocessual da motivação. Nessa última perspectiva, ela se apresenta essencialmente como garantia individual de um adequado controle da sentença nas fases de sua eventual impugnação, chegando-se a pensar até mesmo em um 'efeito repressivo' da motivação, que consiste em prevenir o arbítrio do juiz por meio da previsão de um controle da sentença impugnada por parte das instâncias superiores.

A essa perspectiva endoprocessual da motivação é possível acrescentar que a obrigação da motivação constitui elemento essencial da garantia do contraditório: garantia que deve ser entendida não apenas como requisito fundamental do processo justo, mas também como princípio heurístico, ou seja, como instrumento eletivo - dentro de um processo inspirado no princípio dispositivo - para garantir o melhor conhecimento dos fatos, valendo-se do estímulo da competição entre as partes em conflito.

O contraditório, como elemento discriminante entre processo e procedimento, não se exaure no princípio participativo, que é um conceito típico também do procedimento administrativo. No processo, o contraditório é determinado - de modo por vezes diverso, seja do ponto de vista qualitativo ou quantitativo - pela efetiva correspondência e equivalência entre os vários participantes, efetivada por meio da distribuição de posições simetricamente iguais e mutuamente implicantes entre si. O processo - e somente ele - é concebido por se centrar no contraditório, ou seja, sobre o princípio pelo qual a atividade do interessado não apenas deve ser correspondida por uma

faculdade de reação e réplica da parte contrária, mas deve ser refletida na atividade do juiz, uma vez que o autor do ato-sentença deve ter ciência dessa atividade ‘cujos resultados, então, ele pode desobedecer, mas não obliterar’.

Torna-se, então, evidente como a motivação da decisão judicial é o principal meio de reconhecimento da efetividade do contraditório: somente por meio da motivação torna-se possível não apenas compreender a razão da sentença, mas, sobretudo, verificar se o juiz levou em conta a atividade das partes e posicionou-se a respeito, aceitando-a ou repudiando-a, conforme imposto pelo princípio do contraditório. Para que se evite que a decisão do juiz negligencie fundamentais argumentos deduzidos pela parte ou elementos instrutórios sem justificar a razão pela qual tais aspectos foram considerados irrelevantes.

No mesmo sentido, pode-se citar a decisão-lapidar do Ministro Celso de Mello no HC 69013/PI⁴⁶ que, a despeito de tratar de processo-crime, dialoga com os ensinamentos do Professor Marco Cristofaro a respeito da fundamentação e motivação dos atos decisórios:

[...] A análise da estrutura formal do acórdão questionado evidencia que esse ato decisório revela-se desprovido da necessária fundamentação, que é reclamada e exigida, sob pena de nulidade, não só pela legislação processual penal (CPP, art. 381, III), como também pela própria Constituição da República (CF, art. 93, IX). - A exigência de motivação dos atos jurisdicionais constitui, hoje, postulado constitucional inafastável, que traduz poderoso fator de limitação ao exercício do próprio poder estatal, além de configurar instrumento essencial de respeito e proteção as liberdades públicas. Com a constitucionalização desse dever jurídico imposto aos magistrados - e que antes era de extração meramente legal - dispensou-se aos jurisdicionados uma tutela processual significativamente mais intensa, não obstante idênticos os efeitos decorrentes de seu descumprimento: a nulidade insuperável e insanável da própria decisão. - A importância jurídico-política do dever estatal de motivar as decisões judiciais constitui inquestionável garantia inerente a própria noção do Estado Democrático de Direito. Fator condicionante da própria validade dos atos decisórios, a exigência de fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais reflete uma

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus no. 69013*. Relator: MELLO, Celso. Publicado no DJ 01-07-1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 set. 2016.

expressiva prerrogativa individual contra abusos eventualmente cometidos pelos órgãos do Poder Judiciário. [...]” (grifos nossos)

Ainda, a respeito da experiência italiana, o Professor da Universidade de Pádua⁴⁷ traz interessante questão a respeito da necessidade de motivação, não apenas de uma motivação aparente, como assim denomina, mas que evidentemente abranja os fatos narrados na causa, de forma clara, transparente, que não se traduza em premissas contraditórias, complexas ou objetivamente incompreensíveis.

O mesmo discurso impera na doutrina brasileira; temos, por exemplo, a lição de Fredie Didier, Paula Braga e Rafael de Oliveira⁴⁸ sobre o dispositivo em comento:

A motivação tem conteúdo substancial, e não meramente formal. É bastante comum o operador do direito deparar-se, no seu dia-a-dia, com decisões do tipo ‘presentes os pressupostos legais, concedo a tutela provisória’, ou simplesmente ‘defiro o pedido do autor porque em conformidade com as provas produzidas nos autos’, ou ainda ‘indefiro o pedido, por falta de amparo legal’.

Essas decisões não atendem à exigência da motivação. Trata-se de tautologias ou, numa irreverente imagem trazida por Teresa Wambier, trata-se de ‘decisão judicial tipo ‘vestidinho preto’ – que, exatamente por isso, não se pode considerar fundamentada.

O magistrado tem necessariamente que dizer ‘por que’ entendeu presentes ou ausentes os pressupostos para a concessão da tutela provisória; tem que dizer ‘de que modo’ as provas produzidas pela parte contrária não o convenceram). Em outras palavras, o julgador tem que ‘ingressar no exame da situação concreta posta à decisão, e não limitar-se a repetir os termos da lei, sem dar as razões do seu convencimento.

Conclua-se quanto ao inciso III do Parágrafo 1º do art. 489 da nova codificação que o juiz deve expor claramente os motivos de sua decisão, evitando “lugares-comuns”, sobretudo decisões-genéricas.

47 CRISTOFARO, Marco de. A motivação das decisões judiciais. Tradução por: Ariana Julia de Almeida Anfe. In: ZUFELATO, Camilo, et al. (Coord.). *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2105. p. 71-74.

48 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. d. 11. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 342.

2.4 A decisão que não enfrenta todos os argumentos das partes deve ser tida como não fundamentada

No caso do art. 489, Parágrafo 1o., IV, do CPC/15 o problema da decisão está no desprezo aos argumentos das partes. Para a nova legislação, tal vício na decisão judicial acarreta a violação ao dever de fundamentação.

O atual entendimento do Poder Judiciário brasileiro é justamente o oposto do que proposto no enunciado normativo, qual seja, de que o magistrado não necessita responder a todos os argumentos que as partes aduzem nas suas manifestações. Inclusive, segue exemplo de decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal declarando que os juízes não são obrigados a responder todos os argumentos das partes litigantes:

Com razão entendeu o acórdão recorrido que a decisão, então embargada para declaração, continha fundamento suficiente ao convencimento dos Juízes que apreciaram a questão de acordo com elementos reputados adequados à solução da lide, *sem a obrigação de responder a todos os argumentos das partes*. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento n. 281007. Relator: GALOTTI, Octávio. Publicado no DJ 18-08/2000. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 04 set. 2016) (grifos nossos)

Ocorre, entretanto, que esse entendimento pretoriano merece revisão após a nova disposição legal, havendo correto entendimento doutrinário de que não somente os argumentos jurídicos devem ser enfrentados pelo magistrado, mas, também, os aspectos fáticos essenciais ao deslinde da demanda (Enunciados 515 e 516, do FPPC⁴⁹). Aliás, sobre esse aspecto, ou seja, de enfrentamento também dos fatos importantes ao deslinde do feito, as redações dos arts. 371 e 479, do Código atual parecem concordar com o entendimento doutrinário, já que em conjugação com o dispositivo analisando, exigem a exposição de motivos de convencimento e de discordâncias das conclusões técnicas periciais: “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.” (grifos nossos).

Pontua-se: “Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, *indicando na sentença os motivos que o levaram a*

49 Enunciado 515, FPPC. “Aplica-se o disposto no art. 489, § 1º, também em relação às questões fáticas da demanda.” Enunciado 516, FPPC. “Para que se considere fundamentada a decisão sobre os fatos, o juiz deverá analisar todas as provas capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada.” (PORTAL PROCESSUAL. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-São-Paulo.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2016)

considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.” (grifos nossos).

Acredita-se, mais uma vez, que o art. 489, § 1º, VI, do CPC tem também fundamento na boa-fé objetiva do magistrado (§ 3º), de forma a evitar uma decisão judicial que não aprecie todas as razões trazidas à baila pelas partes, inclusive, àquelas atinentes aos aspectos fáticos da demanda.

2.5 A decisão fundamentada deve ser aquela que segue súmula ou jurisprudência identificando os fundamentos anteriores e se necessário, demonstrando o “distinguishing”/“overruling”

Analisa-se os incisos V e VI do Parágrafo 1º do art. 489 da nova lei processual. Ambas trazem situações que se completam e exigem do magistrado que respeite os precedentes, as súmulas ou a jurisprudência, identificando seus fundamentos determinantes com o caso “sub judice”, podendo, se não se enquadrarem, realizar a chamada “distinção” ou “distinguishing” ou mesmo a superação, ou “overruling”.

Deve demonstrar que os fundamentos que deram ensejo ao precedente citado são plenamente aplicáveis à decisão no caso concreto, adotando ainda mais cautela quando for basear-se sua decisão nos precedentes de observação obrigatória, como as decisões proferidas em ações de controle concentrado de constitucionalidade e as Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal (artigos 102 e 103-A, da CF/88). Ainda, no art. 927, do CPC o juiz deve observar os acórdãos em incidente de assunção de competência, os precedentes em recursos repetitivos e repercussão geral, as Súmulas do STF e do STJ e a orientação plenária ou do órgão especial dos Tribunais a que está vinculado.

Entretanto, isso não é sinônimo de dizer que súmulas e precedentes jurisprudenciais são “trunfos”⁵⁰, que são retirados pelo magistrado na decisão para supostamente fundamentá-la. Repita-se, deve colher o precedente e demonstrar que os fundamentos nele expostos são adequados a decidir o caso concreto.

Mas, importante é dizer que o respeito aos precedentes e súmulas dos Tribunais com aplicação no caso concreto de forma fundamentada tende a demonstrar a boa-fé objetiva do magistrado, reduzindo seu grau de discricionariedade judicial, principalmente, quando tem que se curvar (e essa é a leitura do CPC) à jurisprudência. Evitam-se assim decisões contraditórias proferidas pelo mesmo magistrado (combate do “venire contra factum proprium” judicial), dando aplicação ainda aos princípios da isonomia e da segurança jurídica: Enunciado 376, FPPC: “A vedação do comportamento contraditório aplica-se ao órgão jurisdicional.”

50 THEODORO JUNIOR, Humberto; et. al. *Novo CPC - Fundamentos e Sistematização*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 346.

E o Enunciado 377: “A boa-fé objetiva impede que o julgador profira, sem motivar a alteração, decisões diferentes sobre uma mesma questão de direito aplicável às situações de fato análogas, ainda que em processos distintos.”

Compreendendo que os fundamentos do precedente não servem ao caso concreto o magistrado deve promover o “distinguishing” de forma fundamentada (Enunciado 306, do FPPC⁵¹), justamente para proporcionar o controle sobre sua decisão, pelas partes envolvidas e pelo órgão “ad quem”, podendo, ainda, aplicar o “overruling”, ou seja, a demonstração da superação do entendimento⁵².

2.6 Do questionável Parágrafo 2º do art. 489 do novo CPC

Quanto ao artigo 489, do Código de Processo Civil de 2015 restamos comentar a respeito do seu Parágrafo 2º que tem a seguinte redação:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Concordam-se com as críticas de Streck⁵³ em relação ao parágrafo citado, pois conflita com o art. 93, IX, da Constituição e entra em choque com outros dispositivos do mesmo Código. Para fins deste trabalho, em especial, afronta o princípio da boa-fé objetiva e a vedação da discricionariedade do juiz na decisão judicial.

O dispositivo é de tal grau de inconstitucionalidade que inverte, inclusive, a própria natureza de ponderação de princípios de Robert Alexy, permitindo a dita “ponderação” também quanto às regras, o que sequer foi admitido pelo próprio autor. Como cediço, Alexy⁵⁴ só permite a ponderação entre princípios nos “hard cases”, que devem se harmonizar no caso concreto, não havendo o mesmo método quanto às regras que, em caso de choque, devem ser classificadas como válidas ou inválidas:

51 Enunciado 306, FPPC. “O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa.” PORTAL PROCESSUAL. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-São-Paulo.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2016)

52 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. ed. 11. Salvador: JuisPodivm, 2016. p. 348-349.

53 STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*: de acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 589-690.

54 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 88-89.

Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. La máxima de ‘proporcionalidad en sentido estricto’, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades ‘jurídicas’. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. *Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión.* Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas ius fundamentaes implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación. pero, este significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental. *De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades ‘fácticas’.* (grifos nossos)

No caso do novo CPC, como dito, autoriza-se que o juiz faça a ponderação também quanto às regras, afastando-se não só da doutrina alexyana, como também dos métodos tradicionais de solução da antinomia (critérios da hierarquia, especialidade e cronológico). Então, o próprio autor da teoria reconhece que sua ponderação de princípios já é uma forma de discricionariedade interpretativa, haja vista que depende de uma avaliação subjetiva do magistrado que faz a consideração, estendê-la em relação a regras é estabelecer hipótese do juiz de afastar uma regra porque assim escolheu, ou, decerto, porque num conflito entende que aquela regra não atende à justiça do caso concreto.

Acredita-se, que o art. 489, Parágrafo 2º, do CPC deve ser declarado inconstitucional.

3 Do desafio das novas disposições no direito processual previdenciário brasileiro

Delimitado o conceito de boa-fé objetiva e seu dever de respeito pelo magistrado, principalmente, no momento da decisão judicial/sentença, chega-se ao verdadeiro desafio deste trabalho, aplicá-lo ao direito processual previdenciário. Entretanto, elencamos três problemas/questões para a

efetiva substituição do atual regime de discricionariedade judicial pela fundamentação das decisões judiciais.

Antes, porém, traga à baila algumas características a respeito da Autarquia Previdenciária. Conforme dados de 2013, o INSS⁵⁵ possuía 1.537 Agências de atendimento fixas, 7 Agências de Atendimento de Acordos Internacionais, 2 Agências de Teleatendimento e 5 Agências Móveis Flutuantes – os conhecidos “PREVBARCOS”. Naquele ano foram realizados 50,1 milhões de atendimentos à população, justamente uma média mensal de 4,2 milhões.

Ainda, segundo dados trazidos por Frederico Amado⁵⁶, de 100% dos benefícios ativos, mais de 90% foram deferidos administrativamente, sendo que os menos de 10% restantes foram concedidos judicialmente. Destes últimos é que se está a tratar neste trabalho.

Então, quanto à delimitação do tema, leve-se em conta que se está a tratar de um sistema que paga mais de 25 milhões de reais⁵⁷ em benefícios por mês⁵⁸ e de excelente eficiência, com uma solução administrativa que supera 90% dos casos.

Como primeiro celeuma aponta-se a complexidade da estrutura judiciária brasileira. Em matéria de competência jurisdicional, as causas previdenciárias, com exceção daquelas atinentes a acidente de trabalho, devem ser ajuizadas na justiça federal; entretanto, considerando a extensão territorial e a inexistência de completa interiorização da justiça federal, o Constituinte de 1988 permitiu o ajuizamento de ações em face do INSS também na justiça estadual, quando a comarca não for sede de subseção judiciária federal (art. 109, I, “in fine”, da Constituição Federal). Dessa forma, no Brasil, veem-se decisões da justiça estadual e da justiça federal em matéria previdenciária, esta última, na grande maioria dos casos e desde que não ultrapassem o limite de sessenta salários mínimos, prolatadas pelos Juizados Especiais Federais, estes regulamentados pela Lei 10.259/2001.

Em resumo e a respeito do procedimento da Lei de Juizados Especiais Federais, a competência recursal é das Turmas Recursais, com possibilidade de acesso a Turma Nacional de Uniformização (TNU), ao STJ, por meio de incidente de uniformização para preservação de suas súmulas ou jurisprudência dominante e ao próprio Supremo Tribunal Federal, este último com fulcro em violação à norma constitucional pelo disposto no art. 102, III, da Carta de 1988.

55 Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/aeps-2013-anuario-estatistico-da-previdencia-social-2013/aeps-2013-secao-xii-atendimento/>>. Acesso em: 16 set. 2016.

56 AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. ed. 8. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.116.

57 Equivalente a EURO 6.944.444,00 para jul. 2016.

58 AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. ed. 8. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.277.

Portanto, em matéria previdenciária, a produção jurisprudencial brasileira provém de ambas as esferas judiciais, estadual e federal, com decisões em primeiro e segundo graus e nas hierarquias extraordinárias, da TNU, do Superior Tribunal de Justiça e do próprio STF, este quanto a temas de envolvimento constitucional.

Portanto, não é raro o conhecimento de decisões diametralmente opostas sobre o mesmo tema, em esferas judiciais diferentes, ou mesmo dentro do próprio Tribunal ou Colegiado sobre este ou àquele outro benefício previdenciário, o que já de antemão demonstra que o art. 489, Parágrafo 1º, do novo CPC veio em mais que boa hora, justamente como modelo de racionalização e uniformização do entendimento dentro do próprio Poder Judiciário.

A título ilustrativo, cita-se a controvérsia a respeito da aplicação do art. 45, da Lei 8.213/91, que prevê um acréscimo de 25% (vinte e cinco) por cento na aposentadoria por invalidez do segurado que necessita de assistência permanente de terceira pessoa, observada a relação de contingências do Anexo I do Decreto 3.048/99.

Pois bem, ainda que a norma seja muito clara que a majoração somente se aplica à aposentadoria por invalidez, inclusive, com vedação a sua acumulação em futura pensão por morte (alínea “c” do Parágrafo Único), a Turma Nacional de Unificação em “incidentes de uniformização de lei federal” (PEDILEF ns.º 0501066-93.2014.4.05.8502⁵⁹ e 50033920720124047205⁶⁰), estendeu a grande invalidez às aposentadorias por idade e por tempo de contribuição. Ocorre que, sem contar o art. 45, da lei, o Superior Tribunal de Justiça⁶¹, órgão de cúpula na uniformização de lei federal, tem jurisprudência majoritária no sentido de que o acréscimo percentual só vale para as aposentadorias por invalidez.

Logo, a estrutura judiciária brasileira facilita a insegurança jurídica em matéria de decisões judiciais previdenciárias, principalmente, quanto à prolação de éditos com soluções diametralmente opostas sobre o mesmo assunto, em casos semelhantes.

Em segundo lugar, não podemos deixar de lado a posição afirmativa - ainda que atualmente revogada pelo NCPC - do livre convencimento

59 BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. *PEDILEF no. 0501066-93.2014.4.05.8502*. Relator: QUEIROGA, Sergio Murilo Wanderley. Disponível em: <<https://www2.jfj.us.br/phpdoc/virtus/>>. Acesso em: 04 set. 2016.

60 BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. *PEDILEF no. 50033920720124047205*. Relator: WITZEL, Wilson José. Disponível em: <<https://www2.jfj.us.br/phpdoc/virtus/>>. Acesso em: 04 set. 2016.

61 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial no. 1475512*. Relator: MARQUES, Mauro Campbell. Publicado no DJe de 18-12-2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 04 set. 2016.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial no. 1533402*. Relator: KUKINA, Sérgio. Publicado no DJe de 14-09-2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 04 set. 2016.

motivado do magistrado brasileiro, do seu julgamento conforme a sua própria consciência, tão forte ainda no ideário do juiz brasileiro.

No âmbito do direito processual previdenciário, conhecida é a posição do juiz federal José Antonio Savaris que defende a postura da “parcialidade positiva do juiz”, - figura inicialmente idealizada pelo também juiz federal Artur César de Souza, - ou seja, daquele magistrado que reconhece sua parcialidade em favor de uma tutela do direito da Seguridade Social:

Em sua excelente tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, o juiz federal Artur César de Souza propõe uma nova leitura do princípio da (im)parcialidade do juiz em face do paradigma da ‘racionalidade do outro’, com que chegou ao que denomina de ‘parcialidade positiva’ do juiz como resposta às exigências de justiça do processo penal.

Esse trabalho critica com contundência a visão meramente formalista, de vocação iluminista, correspondente os postulados de neutralidade e imparcialidade do juiz. Artur faz impregnar sua tese do pensamento que predomina atrás das cortinas do espetáculo processual: o juiz não é neutro e muito menos imparcial. O juiz não é neutro porque vinculado a sua visão de mundo, constrangido pelas suas concepções sociais, econômicas, culturais, psicológicas e ideológicas. [...]

A incursão filosófica na ‘parcialidade positiva’ de Artur encontra terreno fértil no campo previdenciário. O ‘ativismo judicial probatório’ como instrumento da paridade de armas é indispensável para a tutela do direito da segurança social: [...]

Ninguém mais do que o magistrado tem o discernimento dos elementos de prova que, no caso concreto, são aptos a lhe imprimir convicção acerca da existência dos fatos alegados pelo autor e cuja comprovação pode conduzi-lo à outorga da prestação previdenciária pretendida.

Cite-se, por exemplo, a decisão da Terceira Turma do Juizado Especial Federal do Estado de Pernambuco⁶² que, no caso concreto, decidiu pela concessão de aposentadoria por invalidez mesmo diante de prova⁶³ de

62 BRASIL. Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco. *Recursos no. 05021952620154058300*. Relator: LUSTOSA FILHO, Joaquim. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Publicado no DJ em 14-12.2015. Acesso em: 20 ago. 2016.

63 “A natureza da proteção previdenciária torna sensível o tema relativo à produção de provas do direito do segurado ou beneficiário.

incapacidade parcial do segurado, tudo sob a rubrica do livre convencimento motivado do magistrado:

[...] mostra-se possível a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, ainda que não se trate incapacidade total (mas tão somente parcial), se, diante do caso concreto, os fatores pessoais e sociais - v.g., idade, família, despesas médicas, escolaridade, local de residência - impossibilitarem a reinserção do segurado no mercado de trabalho, porquanto é cediço que cabe ao juiz analisar a prova constante dos autos de acordo com o seu livre convencimento, não estando, pois, adstrito à perícia médica, ou a qualquer outro elemento probatório, haja vista prevalecer em nosso sistema jurídico processual o princípio do livre convencimento motivado, ou da persuasão racional. A jurisprudência dominante da TNU permite a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez se, diante do caso concreto, os fatores pessoais e sociais impossibilitarem a reinserção do segurado no mercado de trabalho, conforme livre convencimento do juiz que, conforme o brocardo *judex peritus peritorum*, é o perito dos peritos, ainda que não exista incapacidade total para o trabalho do ponto de vista médico. (grifos nossos)

Aliás, pululam decisões judiciais no mesmo sentido, ou seja, que reconhecem uma suposta obrigação da Autarquia Previdenciária na concessão de benefícios acidentários ou assistenciais mesmo diante de manifesta prova pericial contrária, portanto, técnica, reconhecendo a total capacidade do segurado para exercício de suas funções ou a inexistência de qualidade de pessoa com deficiência, conforme art. 20, § 2º, da Lei 8.742/93⁶⁴, com redação atual dada pela Lei 13.146/2015.

Infelizmente, não há decisões controversas em matéria previdenciária apenas nas instâncias de origem. Por vezes, veem-se decisões questionáveis também nos Tribunais Superiores, tais como a proferida no REsp n.º 1423286/RS, julgado sob o rito de recursos repetitivos pelo Superior

Tratando-se de 'direito social', a análise da prove deve ser feita sempre com vistas à redução das desigualdades sociais, prescindindo-se, algumas vezes, das formas em benefício da efetivação do direito. [...]

Embora a legislação previdenciária que dispõe sobre a prova, de natureza especial, prevaleça sobre as disposições do Código de Processo Civil, ao juiz sempre cabe analisar de acordo não somente com as provas apresentadas mas também considerado a natureza do direito social que está analisando e a peculiar situação da parte. Somente assim poderá o magistrado decidir segundo o seu livre convencimento motivado." (SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito Previdenciário Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 692.)

64 BRASIL. Lei 8.742. "Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em: 04 set. 2016

Tribunal de Justiça⁶⁵. Sob o argumento de proteção ao trabalhador (segurado), decidiu o Tribunal de que se não há provas para concessão de aposentadoria por idade rural, a sentença deve ser terminativa, o que obviamente subverte a própria teoria abstratista da ação⁶⁶, ou seja, de que a extinção prematura, sem apreciação do mérito, só se dará quando presentes limitações legais⁶⁷ e não quando julgado improcedente o pedido autoral:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO No. 8/STJ. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. AUSÊNCIA DE PROVA MATERIAL APTA A COMPROVAR O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL. CARÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, DE MODO QUE A AÇÃO PODE SER REPROPOSTA, DISPONDO A PARTE DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA COMPROVAR O SEU DIREITO. RECURSO ESPECIAL DO INSS DESPROVIDO.

1. Tradicionalmente, o Direito Previdenciário se vale da processualística civil para regular os seus procedimentos, entretanto, não se deve perder de vista as peculiaridades das demandas previdenciárias, que justificam a flexibilização da rígida metodologia civilista, levando-se em conta os cânones constitucionais atinentes à Seguridade Social, que tem como base o contexto social adverso em que se inserem os que buscam judicialmente os benefícios previdenciários.
2. As normas previdenciárias devem ser interpretadas de modo a favorecer os valores morais da Constituição Federal/1988, que prima pela proteção do Trabalhador Segurado da Previdência Social, motivo pelo qual os pleitos previdenciários devem ser julgados no sentido de amparar a parte hipossuficiente e que, por esse motivo, possui proteção legal que lhe garante a flexibilização dos rígidos institutos processuais. Assim, deve-se procurar encontrar na hermenêutica previdenciária a solução que mais se aproxime do caráter social da Carta Magna, a fim de que as normas processuais não venham a obstar a concretude do

65 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP no. 1423286*. Rel.: MAIA FILHO, Napoleão Nunes. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 set. 2016.

66 GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 129-130.

67 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 90-91.

direito fundamental à prestação previdenciária a que faz jus o segurado. [...]

4. A concessão de benefício devido ao trabalhador rural configura direito subjetivo individual garantido constitucionalmente, tendo a CF/88 dado primazia à função social do RGPS ao erigir como direito fundamental de segunda geração o acesso à Previdência do Regime Geral; [...]
5. A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo a sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC) e a consequente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa.
6. Recurso Especial do INSS desprovido.

Na verdade, a preocupação do Tribunal ao decidir nesse sentido só poderia estar ligada à formação da coisa julgada material. Na sua linha do julgado, mesmo que não provado o direito exposto na petição inicial – portanto, de improcedência de pedido – o caso seria de extinção sem resolução do mérito, justamente para proporcionar ao segurado a busca por novos elementos de prova e a repositura da demanda. Com todo acatamento, a solução encontrada pelo STJ não está na lei processual civil.

Como terceiro desafio, citemos a resistência já apresentada pela própria magistratura à aplicação do Código recentemente aprovado, em especial, em relação ao analisado art. 489, Parágrafo 1º, do CPC. José Rogério Cruz e Tucci⁶⁸, a respeito do tema, cita as observações de Associações de Magistrados contrárias ao dispositivo:

Entidades de classe, contudo, como a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - Anamatra, a Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB e a Associação dos Juizes Federais do Brasil - Ajufe, manifestaram contrárias à sanção do dispositivo (art. 489, § 1o., do CPC). Em resposta às críticas recebidas por parcela da doutrina, a Anamatra divulgou nota em que sintetiza do seguinte modo o seu inconformismo com

68 TUCCI, José Rogério Cruz e. “Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no novo CPC”. In: ZUFELATO, Camilo, et al. (Coord.). *1 Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2105. p. 95-96.

os novos deveres de fundamentação a serem impostos aos magistrados: segundo tal associação, a entrada em vigor dessa norma comprometeria a independência funcional dos juízes, prejudicaria a duração razoável do processo, restringiria o disposto no art. 93, IX, da CF, e tornaria vinculantes súmulas, teses e orientações jurisprudenciais, o que só a Constituição, segundo afirma, poderia realizar. Em sentido semelhante, João Ricardo Costa, em entrevista à revista *Consultor Jurídico*, afirmou que o dever imposto aos magistrados de analisar e justificar todas as alegações suscitadas pelas partes acabaria por burocratizar o processo e impediria o juiz de se valer de fundamentos outros que não aqueles suscitados pelos litigantes.

Com todo acatamento, as críticas tecidas pelas Associações citadas não parecem merecer acolhimento, justamente porque o paradigma é justamente o outro: atribuir transparência e motivação às decisões judiciais, com vistas à isonomia e segurança jurídicas.

Ainda, sob a irrisignação da classe dos magistrados com o rompimento à ampla liberdade de fundamentação das decisões judiciais, combatida pelo novo CPC, cite-se o seminário ocorrido sob o nome de “O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil”, realizado nos dias 26 e 28 de agosto de 2015, com a participação de 500 magistrados brasileiros e promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM)⁶⁹. No evento foram editados 62 enunciados interpretativos da “novel” legislação processual. Dentre os referidos enunciados, analisa-se brevemente os que contradizem o plano deste trabalho:

- a) Enunciado 3, ENFAM: “É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa”.
- b) Enunciado 13, ENFAM. “O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios”.
- c) Enunciado 19, ENFAM. “A decisão que aplica a tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes

69 ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

no art. 489, § 1º, do CPC/2015, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada.”

Renovada “venia”, entendemos que os enunciados em questão ferem a boa-fé objetiva do juiz (art. 5º, do CPC) que, por sua vez, deve, sim, apreciar os argumentos das partes, não bastando mera indicação a precedente obrigatório.

Conforme visto, o art. 489, § 1º, IV, do CPC/15 obriga o magistrado a analisar todos os argumentos produzidos pelas partes litigantes, sejam, jurídicos, sejam, fáticos. Ainda que o caso possa ser enquadrado em precedente obrigatório, os argumentos das partes devem ser enfrentados, até para fins de demonstração de eventual “distinguishing”/“overruling”.

- d) Enunciado 9, ENFAM. “É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.”

Quanto ao Enunciado 9, da ENFAM, fica evidente a sua contrariedade à lei, pois, como visto, impõe ônus à parte demonstrar que o entendimento utilizado pelo magistrado está superado ou que há “distinguishing” no caso em exame, quando o art. 489, Parágrafo 1º, V e VI, do CPC/15 atribui muito claramente tal tarefa ao juiz.

Este que, sob pena de nulidade por ausência de fundamentação na decisão, é que deve demonstrar que julgou de acordo com súmula, jurisprudência ou precedente invocado ou que negou segui-los por distinção ou superação do entendimento. Tudo, mais e sempre, de forma fundamentada.

d) Enunciado 47, ENFAM. “O art. 489 do CPC/2015 não se aplica ao sistema de juizados especiais.”

Finalmente, para fins do desafio de aplicação das disposições comentadas ao direito processual previdenciário, grande problema encontra-se no referido Enunciado 47, do ENFAM.

A pretexto de aplicação de legislação especial em detrimento da geral (art. 2º, Parágrafo 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), pretende o enunciado excluir as novas disposições do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil do âmbito dos Juizados Especiais que, como já afirmado e na esfera federal, são também portas de acesso jurisdicional em matéria previdenciária. Ainda que o art. 38, da Lei

9.099/95⁷⁰, aplicável aos Juizados Especiais Federais pelo disposto no art. 10., da Lei 10.259/2001⁷¹, permita uma sentença que exponha brevemente os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, este dispositivo não afasta o dever de respeito à boa-fé objetiva pelo magistrado, fruto do devido processo legal constitucional, nem tampouco as exigências de fundamentação, até por força do art. 1.046, Parágrafo 2º, do CPC/15, que determina a aplicação supletiva do Código Processual aos procedimentos especiais regulados em leis esparsas.

Como apresentado, o entendimento entra em rota de colisão com o citado Enunciado 309, do Fórum Permanente dos Processualistas Civis cuja redação, relembre-se, é a seguinte: “O disposto no § 1º do art. 489 do CPC é aplicável no âmbito dos Juizados Especiais.”

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o estudo apresentado e com base nas fontes extraídas do direito comparado, especialmente do direito italiano, vê-se a importância da boa-fé objetiva; hoje, incluída expressamente no novo Código de Processo Civil e que, de acordo com os arts. 5º e 489, deverá estar presente em toda atuação judicial, em especial nas decisões judiciais.

Por consequência, aguarda-se que a boa-fé objetiva seja aplicada pelo juiz nos processos judiciais, inclusive, nos previdenciários, para que se obtenha maior segurança jurídica e racionalidade na administração dos recursos da política pública previdenciária.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. ed. 8. Salvador: JusPodivm, 2016.

70 BRASIL. Lei 9.099. “Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 04 set. 2016.

71 BRASIL. Lei 10.259. “Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 04 set. 2016

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 187

BATISTA, Sílvio de Sá. *Má-fé e boa-fé na processualidade democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 77-88.

BRASIL. *Lei 8.742*. “Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em: 04 set. 2016

_____. *Lei 9.099*. “Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 04 set. 2016.

_____. *Lei 10.259*. “Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 04 set. 2016.

_____. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art804>. Acesso em: 26 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial no. 1423286*. Rel.: MAIA FILHO, Napoleão Nunes. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial no. 1475512*. Relator: MARQUES, Mauro Campbell. Publicado no DJe de 18-12-2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 04 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial no. 1533402*. Relator: KUKINA, Sérgio. Publicado no DJe de 14-09-2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 04 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus no. 69013*. Relator: MELLO, Celso. Publicado no DJ 01-07-1992. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário no. 631240*. Relator: BARROSO, Roberto. Publicado no DJe-220 de 10-11-2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20 ago. 2016.

_____. Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco. *Recursos no. 05021952620154058300*. Relator: LUSTOSA FILHO, Joaquim. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Publicado no DJ em 14-12.2015. Acesso em 20 ago. 2016.

_____. Turma Nacional de Uniformização. *PEDILEF no. 0501066-93.2014.4.05.8502*. Relator: QUEIROGA, Sergio Murilo Wanderley. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/>>. Acesso em: 04 set. 2016.

CRISTOFARO, Marco de. A motivação das decisões judiciais. Tradução por: Ariana Julia de Almeida Anfe. In: ZUFELATO, Camilo, et al. (Coord.). *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2015.

CUNHA, Leonardo da. Art. 5o. In: _ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e ‘supressio’: aplicação do ‘duty to mitigate the loss’ no processo civil. *Revista de Processo*, n. 171, p. 42-43, maio 2009.

_____, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Malheiros, 2001.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 20 de ago. 2016.

_____. *Regio Decreto 16 marzo 1942*. “Codice Civile”. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/news/2014/10/29/delle-obbligazioni-dei-contratti-in-generale>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

_____. *Regio Decreto 28 ottobre 1940*. “Codice di procedura civile”. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processo civil*. Campinas: Millennium, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um ‘sistema em construção’: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 35. n. 139, jul./set. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em: 12 set. 2016.

PORTAL PROCESSUAL. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-São-Paulo.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

PORTUGAL. *Lei no. 41, de 26 de Junho de 2013*. Aprova o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugalpcivilnovo.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

RAMIRES, Maurício. *Invocação de precedente jurisprudencial como fundamentação de decisão judicial: uma crítica ao sincretismo improvisado entre os sistemas de ‘civil’ e ‘common law’ no Brasil e uma proposta para sua superação hermenêutica*. São Leopoldo, 2009. Tese (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, UNISINOS.

ROSENVALD, Nelson. *A dignidade da pessoa humana no CPC/15*. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/12/18/A-dignidade-da-pessoa-humana-no-CPC15>>. Acesso em: 12 set. 2016.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito Previdenciário Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 120.

STRECK, Lênio Luiz. Art. 489. In: __. STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.). *Comentários ao Código*

de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 589-690.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. V. Único. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. O chamado direito alternativo. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 94, 1999. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67433>. Acesso em: 29 ago. 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____; et. al. *Novo CPC - Fundamentos e Sistematização*. ed. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no novo CPC. In: ZUFELATO, Camilo, et al. (Coord.). *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2015.

LIMITES À EXECUÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA NO BRASIL

*LIMITS TO THE EXECUTION OF SPECIFIC GUARANTEE
IN BRAZIL*

Felipe Camilo Dall'Alba

Procurador Federal da AGU

Mestre e Especialista pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor universitário

SUMÁRIO: Introdução; I Tutela do Direito; 1 Tutela contra o ilícito; 1.1 Tutela inibitória; 1.2 Tutela de remoção do ilícito; 1.3 Tutela do adimplemento; 2. Tutela contra o dano; 2.1 Tutela do ressarcimento na forma específica; 2.2 Tutela pelo equivalente; II Medidas Executivas Adequadas Para Cumprir a Tutela Específica; 1 Espécie de medidas para execução da tutela específica; 1.1 Medidas indutivas; 1.2 Medidas coercitivas; 1.3 Medidas subrogatórias; 2 Resguardo da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência, na escolha da medida executiva adequada; 2.1 Casos práticos: medida executiva inadequada; 2.2 Casos práticos: medida executiva proporcional; III Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo tem o objetivo de retratar a tutela específica no Brasil. Um dos problemas encontrados está na execução da tutela específica. A tutela específica pode ser efetivada por meio indutivo, coercitivo e sub-rogatório. Deve-se respeitar, na execução, o art. 8º do CPC, resguardando-se a segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela Específica. Execução. Medida Adequada.

ABSTRACT: The article aims to portray the specific protection in Brazil. One of the problems encountered is the implementation of specific protection. The specific protection can be effected through inductive coercive and sub-precatory, must be respected in implementing the art. 8 of the CPC, safeguarding to legal certainty.

KEYWORDS: Specific Protection. Execution. Appropriate Measure.

INTRODUÇÃO

A tutela do direito, por meio do processo, passa, necessariamente, pela escolha correta do meio executivo proporcional para sua efetivação. Com efeito, o presente artigo, num primeiro momento, demonstrará as formas de tutela do direito, passando pelas tutelas contra o ilícito e as tutelas contra o dano.

Já num segundo momento, demonstrar-se-á as medidas executivas, para o correto cumprimento da sentença, as quais devem ser balizadas pelo princípio da proporcionalidade. Assim, para unir a prática à teoria, far-se-á, por exemplo, uma análise do caso do bloqueio do WhatsApp ocorrido no Brasil, que foi uma medida adotada para forçar o cumprimento de uma decisão judicial.

Assim, a senda a ser percorrida permeia o eterno debate entre segurança e efetividade, tema trabalhado, brilhantemente, pelo nosso saudoso professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

I TUTELA DO DIREITO

O direito substancial e o processual possuem interdependência, pois, com o veto à autotutela privada, para o direito substancial se considerar efetivamente existente, é necessário que a norma processual garanta a atuação, na hipótese de não cooperação espontânea daquele que deveria ter cumprido através dos meios, a favor do privado, que o estado dispõe.¹ Porém, a instrumentalidade do processo não significa sua neutralidade, assim o direito processual não pode ser indiferente aos interesses em conflito, por isso os procedimentos devem ser idôneos a fornecer forma de tutela jurisdicional adequada e específica as necessidade do singular situação de vantagem.²

Nessa quadra entra o direito de ação que é abstrato³, pois seu exercício independe da existência do direito a ser certificado na sentença; portanto, o autor tem direito a uma sentença, qualquer que seja. O direito de ação proporciona a tutela do direito da parte autora, ou seja, “direito de ação garante a tutela jurisdicional adequada, efetiva, tempestiva mediante processo justo”.⁴ Embora a ação seja abstrata, a tutela do direito só será prestada quando a demanda for julgada procedente. Em caso de improcedência, é prestada a tutela jurisdicional, mas não a tutela do direito. Mas, como indica Francesco Luiso, a tutela do direito

1 PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Joneve editore, 2012. p. 5.

2 *Ibidem*, p. 6.

3 Sobre as teorias da ação consultar, COSTA, Miguel do Nascimento. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Org. Dall'Alba, Felipe Camilo e Reichelt, Luis alberto. Porto Alegre: Livraria do advogado. V. 1.

4 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 271.

pode ser também não jurisdicional, como o arbítrio, que constitui a principal, mas não a única forma não jurisdicional de tutela do direito.⁵

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a tutela jurisdicional deve se adequar ao direito material, sendo, portanto, o resultado da atividade desenvolvida pelos órgãos do Estado, que exercem a jurisdição ou a tanto autorizados, visando à proteção do patrimônio jurídico. E este ato pode ser o direito material como o direito processual (e.g. ações rescisórias de sentença, por causas processuais), e ainda a declaração da própria inexistência do direito, tanto do ponto de vista individual quanto do coletivo, repressivo ou preventivo.⁶ Adota-se, com isso, o conceito de tutela jurisdicional do professor Carlos Alberto, bem como a teoria da tutela do direito de Marinoni, pois é possível conjugar os dois pensamentos, já que uma tutela jurisdicional está no plano processual e a tutela do direito, no plano material.

Como recorda Teresa Arruda Alvim, durante muito tempo a vontade do homem foi entendida como limite ao cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer. A vontade humana, aqui do devedor, era intangível, mesmo ao recusar cumprir aquilo a que se obrigara. Decorrente dessa premissa, o princípio, consagrado pelo art. 1.142 do Código Civil (LGL\2002\400) francês, é de que toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos. Mas o calculado, como “equivalente” em dinheiro, não supre o valor que teria o cumprimento da obrigação que pode não ter cunho patrimonial. Do que adianta, por exemplo, para alguém, que tem a saúde de sua família e a sua abalada por poluentes de indústria, que está vizinha de sua moradia, que a mesma não pare de poluir o ambiente e o indenize em pecúnia?⁷

Certamente quando se fala em tutela do direito, deve-se pensar em tutela específica. “Em outras palavras, o processo deve buscar respostas diversificadas, de acordo com as situações jurídicas de vantagem assegurada pelo direito material, de modo a proporcionar o mais fielmente possível a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida”.⁸ O art. 497 do CPC deixa claro que o mote do direito processual é conceder a tutela específica do direito da parte autora. Consta no referido artigo que, na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Da mesma maneira, o art. 498 expressa que, em ação que

5 LUISO, Francesco P. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 2000. p. 9.

6 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 108.

7 ALVIM, Teresa Arruda. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 80, p. 103-110, out./dez.1995.

8 GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, v. 79, p. 65-76, jul./set.1995.

tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. Por sua vez, o art. 499, para mostrar que a tutela pelo equivalente monetário é exceção, diz que a obrigação somente será convertida em perdas e danos, se o autor requerer, ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Frise-se que o direito, para ser tutelado, não necessita da presença de um dano, ou seja, mesmo antes de sua ocorrência, já é possível conceder-se à parte autora uma medida que objetiva impedir o dano. A doutrina fala em tutela contra o ilícito, quando ainda não se tem o dano e a tutela contra o dano quando o dano já está presente.

Na doutrina Italiana, lembra Proto Pisani que a previsão da tutela efetiva se encontra na leitura sistemática do art. 24 1º parágrafo, e 3, 2º parágrafos da Constituição Federal. A lembrar que “a tutela de condenação é chamada a revolver não só uma função repressiva direta a eliminar os efeitos de uma violação já ocorrida, mas também uma função preventiva, inibitória, a impedir a violação ou a continuação da violação. A tutela inibitória tem caráter geral não limitado aos casos expressamente previstos”.⁹ “Um exemplo de norma italiana que distingue a tutela preventiva e repressiva está no art. 2599 do C.C italiano”.¹⁰ Outro exemplo de efetividade da tutela italiana está nas medidas cautelares, “previsto dai legislatori di tutti i tempi e di tuti i loughi per ragione di effettività dela tutela”.¹¹

Na França, além de ser a origem das astreintes, tem-se, por exemplo, o *référé*¹², que presta tutela específica. O art. 893 do CPC francês estipula que, “dans tous les cas d’urgence, le président du tribunal paritaire peut, dans les limites de la compétence du tribunal, ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l’existence d’un différen”. E o art. 894 do CPC, na mesma toada, estipula que “le président peut, dans lês mêmes limites, et même em présence d’une contestation sérieuse, prescrire em référé les mesures conservatoires ou de remise en état quis’imposent, soit pour prevenir um dommage imminent, soit pour faire cesser um trouble manifestement illicite. Dans lês cas ou l’existence de l’obligation n’est pás sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l’exécution de l’obligation mêmes’ils’agit d’une obligation de faire”.¹³

9 PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Joneve, 2012. p. 158.

10 Ibidem, p. 155.

11 Ibidem, p. 919.

12 O *référé* é uma decisão provisória, a pedido de uma das partes, no caso em que a lei dá a um juiz que não é o juiz principal, o poder de ordenar imediatamente medidas necessárias. (OUDOT-DOUCHY, Méline. *Procédure civile*. Paris: Gualino, 2010. p. 268)

13 OUDOT-DOUCHY, Méline. *Procédure civile*. Paris: Gualino, 2010.

Assim, a tutela específica do direito pode variar e se adequar à situação concreta, havendo tutela contra o ilícito e tutela contra o dano. Essas tutelas serão trabalhadas nos próximos tópicos.

1 TUTELA CONTRA O ILÍCITO

Na tutela contra o ilícito, somente a norma foi violada, mas desde logo a parte pode pedir, ao órgão jurisdicional, a tutela do direito; não é necessária a presença do dano; a tutela estando voltada a evitar a ocorrência do ilícito, não se colocará a questão de se demonstrar o dano.¹⁴ O art. 497, parágrafo único do CPC é claro ao dizer que, para a concessão da tutela específica, destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Então, não há necessidade da parte autora provar o dano ou o elemento subjetivo do dolo ou da culpa, para obter a tutela do direito. Na França, já se decidiu, inclusive, que “le trouble manifestement illicite peut exister même en l’absence de tout dommage imminente”. (Cass. Com., 20 mars 1990: D. 1990, 278, concl. Jéol).

A tutela contra o ilícito pode ser classificada como tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito e tutela do adimplemento.

1.1 TUTELA INIBITÓRIA

A tutela contra o ilícito pode ser buscada pela tutela inibitória, na qual inexistente, para sua concessão, o pressuposto dano; o interessado busca impedir que o ilícito aconteça. Para pedir a tutela inibitória, o autor pode usar a antecipação de tutela, a fim de que o juiz impeça a ocorrência do ilícito. Para exemplificar, serão colacionadas três decisões sobre a inibição do ilícito.

A tutela inibitória tem natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito. A sua importância deriva do fato de que constitui ação que, efetivamente, pode inibir o ilícito, com a necessidade de se conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos, especialmente aos de conteúdo não patrimonial.¹⁵

O TJRS decidiu que “ainda que o cidadão tenha garantido o direito à livre manifestação do pensamento, ao exercê-lo não pode extrapolar o razoável, sob pena de atingir direito igualmente protegido. Com efeito, foi

14 MEDINA, José Miguel García. *Direito processual moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 774-775.

15 MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela específica do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 50, p. 71-116, abr./jun. 2004.

deferida tutela inibitória para determinar que o réu faça retirar da internet mensagem dirigida à agravante.¹⁶

O STJ foi restritivo, pois não concedeu a tutela inibitória, para proibir a divulgação de matéria jornalística, ponderando que o direito de manifestação do pensamento é superior ao direito individual à honra subjetiva. Assim, cumpre ao Poder Judiciário agir com austeridade, assegurando o amplo direito de resposta e intensificando as indenizações, caso a conduta se reitere, conferindo ao julgado caráter didático, inclusive com vistas a desmotivar comportamentos futuros de igual jaez.¹⁷

O STJ concedeu tutela inibitória contra o ilícito, na hipótese em que o recorrido foi promovido a terceiro sargento, após ter sido aprovado em curso de treinamento de sargentos. A sentença judicial que lhe garantiu o ingresso no curso de formação foi anulada por falta de competência do juízo que a prolatou. O recorrido alega que foi amplamente divulgado que seria “despromovido”, tão logo fosse publicado o acórdão que anulou a sentença que lhe permitiu a realização do curso de treinamento. Situação em que se reconhece o interesse do militar em obter a tutela inibitória de sua “despromoção”, em face da ameaça concreta de que poderia perder a patente a que ele entende ter direito subjetivo.¹⁸

Por fim, lembra Clóvis do Couto e Silva que, no direito de vizinhança, encontram-se numerosos casos de tutela preventiva. Assim, por exemplo, a caução de dano ainda não causado (*cautiodamni infecto*) tem tutela preventiva.¹⁹

1.2 TUTELA DE REMOÇÃO DO ILÍCITO

Porém, caso o ilícito já tenha ocorrido, a parte autora pode pedir, ao invés da tutela inibitória, uma medida para remover o ilícito. Ainda não é necessária a presença do dano, ou seja, antes que o dano ocorra a parte autora pode pedir que o juiz retire o ilícito. Por exemplo, se um medicamento foi posto à venda, o juiz deferirá uma medida para retirá-lo do mercado.

É importante, nesse ponto, trazer à colação a manifestação de Marinoni, segundo o qual, “se a ação inibitória se destina a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, a ação de remoção do ilícito, como o próprio nome indica, dirige-se a remover os efeitos de uma ação ilícita que já ocorreu. Esclareça-se que a ação inibitória, quando voltada a impedir a repetição

16 Agravo de Instrumento 70068374313, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, julgado em 30/3/2016.

17 REsp 1388994/SP, Rel. ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/9/2013, DJe 29/11/2013.

18 REsp 1266173/RJ, Rel. ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/10/2011, DJe 13/10/2011.

19 SILVA, Clóvis V. do Couto e. Tutela preventiva. *Digesto*, Rio de Janeiro: Forense, v. 5, p. 293-302, 1988.

do ilícito, tem por fim evitar a ocorrência de outro ilícito. Quando a ação inibitória objetiva inibir a continuação do ilícito, a tutela tem por escopo evitar o prosseguimento de um agir ou de uma atividade ilícita. Perceba-se que a ação inibitória somente cabe quando se teme um agir ou uma atividade. Ou melhor, a ação inibitória somente pode ser utilizada quando a providência jurisdicional for capaz de inibir o agir ou o seu prosseguimento, e não quando esse já houver sido praticado, estando presentes apenas os seus efeitos. Há diferença entre temer o prosseguimento de uma atividade ilícita e temer que os efeitos ilícitos de uma ação já praticada continuem a se propagar. Se o infrator já cometeu a ação cujos efeitos ilícitos permanecem, basta a remoção da situação de ilicitude. Nesse caso, ao contrário do que ocorre com a ação inibitória, o ilícito que se deseja atingir está no passado, e não no futuro”.²⁰

Prossegue Marinoni que “a dificuldade de se compreender a ação de remoção do ilícito advém da falta de distinção entre ato ilícito e dano. Quando se associa ilícito e dano, conclui-se que toda ação processual voltada contra o ilícito é ação ressarcitória ou de reparação do dano. Acontece que há ilícitos cujos efeitos se propagam no tempo, abrindo as portas para a produção de danos. Isso demonstra que o dano é uma consequência eventual do ilícito, mas que não há cabimento em ter que se esperar pelo dano para se poder invocar a prestação jurisdicional. A prática de ato contrário ao direito, como é óbvio, já é suficiente para colocar o processo civil em funcionamento, dando-lhe a possibilidade de remover o ilícito e, assim, de tutelar adequadamente os direitos e de realizar o desejo preventivo do direito material”.²¹

O STJ, à luz do CPC revogado, chancelou a substituição de “mataburros” por porteiros, numa servidão de passagem, por iniciativa do dono do prédio serviente. *Para tanto, argumentou-se que, na apreciação de pedido contraposto, formulado em ação possessória, admite-se o deferimento de tutela de remoção do ato ilícito, ainda que essa providência não esteja prevista no art. 922 do CPC.* Efetivamente, o dispositivo citado autoriza que o réu, na contestação, demande proteção possessória e indenização dos prejuízos. Porém, com a reforma processual operada com a Lei 10.444/2002, consagrou-se a ideia de atipicidade dos meios de tutela das obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, de modo a privilegiar a obtenção da tutela específica da obrigação, em vez da conversão da obrigação em perdas e danos. É o que se depreende da atual redação dos arts. 461 e 461-A do CPC. Desse modo, à luz do princípio da atipicidade dos meios de execução, a circunstância de o art. 922 do CPC mencionar apenas a tutela de natureza possessória e a tutela ressarcitória (indenização pelos prejuízos) não impede o juiz de conceder a tutela de remoção

20 MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela específica do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 50, p. 71-116, abr./jun. 2004.

21 *Ibidem*.

do ato ilícito. Não há que se falar, portanto, em ofensa ao art. 922, mas de interpretação desse dispositivo, à luz dos novos princípios que passaram a orientar a execução das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa.²²

1.3 TUTELA DO ADIMPLEMENTO

No caso de direito das obrigações, a parte autora também pode ajuizar uma demanda para buscar o cumprimento da obrigação, exatamente nos termos em que ela foi contratada. Com isso, evita-se que a obrigação se resolva em perdas e danos. Marinoni afirma que “a tutela da obrigação contratual liga-se apenas à necessidade do adimplemento, ou que esta tutela tem por escopo satisfazer o direito de crédito, nada tendo a ver com o dano e, portanto, com a responsabilidade ocasionada pela ausência de prestação”.²³

Outrossim, Marinoni, Arenhart e Mitidiero alertam que a tutela do adimplemento, na forma específica, é cabível nas obrigações de fazer (prestar serviço) e de entregar coisa (entregar um produto). Mas, no caso de cumprimento imperfeito da obrigação de entregar coisa, a tutela do adimplemento da obrigação de entrega de coisa pode ser prestada mediante uma técnica processual que imponha um fazer (sentença que ordene um fazer sob pena de multa, por exemplo). Contudo, se a obrigação não puder mais ser cumprida, a tutela deverá prestar o equivalente ao valor da prestação inadimplida. Observe-se, entretanto, que nem toda tutela prestada em dinheiro é tutela pelo equivalente, pois quando alguém se obriga a pagar quantia em dinheiro, a tutela que confere pecúnia ao outro sujeito do contrato presta tutela do adimplemento na forma específica.²⁴

2 TUTELA CONTRA O DANO

Tendo ocorrido o dano, a tutela não é mais contra o ilícito, mas contra o próprio dano, que já aconteceu. Essa não é a situação ideal, pois para reconstruir a situação, após a ocorrência do dano, é muito mais complicado.

As formas de tutela contra o dano são o ressarcimento da forma específica, que busca recompor a situação anterior e o ressarcimento pelo equivalente, que é o pagamento em pecúnia.

22 REsp 1.423.898-MS, Rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 2/9/2014.

23 MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 110. Para o mesmo autor, quando a obrigação é cumprida de forma imperfeita, surge ao credor o direito de exigir tutela específica (a correção do defeito no adimplemento); esse direito não se funda na responsabilidade por dano, mas sim na própria obrigação, ou melhor, na garantia de qualidade inerente à obrigação. (MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela específica do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 50, p. 71-116, abr./jun. 2004).

24 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 300-301.

2.1 TUTELA DO RESSARCIMENTO NA FORMA ESPECÍFICA

Na hipótese de o dano já ter ocorrido, o autor tem o direito, se assim for possível, de obter o ressarcimento não monetariamente, mas o mais rente possível à realidade anterior ao dano.

Conforme Marinoni, a tutela ressarcitória, na forma específica, é aquela que, em princípio, deve conferir ao lesado a situação que existiria, caso o dano não houvesse ocorrido. Não basta, em outras palavras, o restabelecimento da situação anterior ao dano. Como o bem protegido deve ser integralmente tutelado, é necessário que se estabeleça uma situação equivalente àquela que existiria, caso o dano não houvesse sido praticado. Acontece que, em algumas hipóteses, o ressarcimento na forma específica não é concretamente possível. E, em outras, constitui apenas parte da integralidade do ressarcimento. Assim, por exemplo, no caso de corte indevido de árvores. Se é possível determinar o plantio de árvores semelhantes às indevidamente cortadas, essa determinação certamente não será capaz de ressarcir a totalidade do dano. Por isso, o ressarcimento na forma específica deverá ser cumulado com o ressarcimento em dinheiro. Por outro lado, é certo que, em alguns casos, não é possível a reparação do dano *in natura*, embora seja possível a reparação do dano através de um meio não pecuniário. Assim, por exemplo, no caso de lesão à honra, quando se pensa na publicação ou na transmissão da retificação. Parece, entretanto, que a reparação *in natura* e a reparação, através de um meio não pecuniário, podem ser englobadas na noção de tutela ressarcitória na forma específica, compreendida como a tutela que objetiva estabelecer uma situação equivalente, ou mais perto da equivalente, àquela que existiria, caso o dano não houvesse ocorrido ou, ainda, como a tutela que visa a reparar o dano, através de um meio diferente do pecuniário.²⁵

2.2 TUTELA PELO EQUIVALENTE

Na tutela pelo equivalente, ocorreu o dano e, não sendo possível o ressarcimento, na forma específica ou por opção da parte autora, haverá ressarcimento em dinheiro; a obrigação se converterá em perdas e danos, prolatando-se sentença condenatória, que deverá ser executada, sendo que a conversão pode ocorrer mesmo sem pedido explícito.²⁶

A tutela pelo equivalente não é a melhor opção para o plano processual, pois, com a conversão em perdas e danos, não se consegue obter o que seria alcançado fora do processo, antes do ajuizamento da demanda.

25 MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela específica do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 50, p. 71-116, abr./jun. 2004.

26 MEDINA, José Miguel García. *Direito processual moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 774-775.

A tutela ressarcitória em pecúnia visa dar ao lesado o valor equivalente ao da diminuição patrimonial sofrida ou o valor equivalente ao do custo para a reparação do dano ou, ainda, pode constituir uma resposta contra o dano acarretado a um direito não patrimonial.²⁷

II MEDIDAS EXECUTIVAS ADEQUADAS PARA CUMPRIR A TUTELA ESPECÍFICA

Explica Luiso que a execução forçada, em sentido próprio, é aquela em que a atividade não efetuada pela parte pode ser substituída pelo órgão jurisdicional. Por exemplo, Tizio é obrigado a consignar um bem a Caio e não faz, intervém o órgão judiciário e pega o bem de Tizio e transfere para Caio. *Mas tem situações em que o titular da situação não pode ser satisfeito por um sujeito diverso do obrigado pelo plano substancial.* Por exemplo, o famoso tenor Ferruccio é obrigado a cantar uma ópera; é evidente que a ópera cantada pelo juiz não é a mesma coisa. Assim, nesse caso, é necessário recorrer à execução indireta, que tem a produção de determinada consequência desfavorável, se persistir o descumprimento, tal consequência pode variar do limite extremo da sanção à penal detentiva.²⁸

Com efeito, segundo o sistema processual brasileiro, no cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial (art. 536, § 1º). Por sua vez, não cumprida a obrigação de entregar coisa no prazo estabelecido na sentença, será expedido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, em favor do credor, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel (art. 538).

E, ainda, o art. 139, inciso IV, do CPC, permite que o juiz determine todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Trata-se, como se observa, de uma cláusula geral, que, se levada ao extremo, permite tudo, até prisão por dívida. Na verdade, o art. 19 da lei de alimentos, 5.478/68, já tinha uma previsão de um poder geral ao juiz, possibilitando que o magistrado, para instrução da causa, ou na execução da sentença ou do acordo, possa tomar todas as providências necessárias para seu

27 MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela específica do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 50, p. 71-116, abr./jun. 2004.

28 LUISEO, Francesco P. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 2000. p. 17-18.

esclarecimento, para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até sessenta dias.

Porém, o poder do juiz na execução não é absoluto, pois o CPC tem também o art. 8º que dispõe que, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana, bem como observando a proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência. Esse último artigo é um balizador para impedir qualquer tipo de abuso na aplicação do art. 139, IV.

1 ESPÉCIES DE MEDIDAS PARA EXECUÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA

Como se poderá ver, não basta a tutela específica ser concedida; há a necessidade de empregar a medida executiva correta e adequada. Esse é um dos grandes problemas na hora de cumprir a tutela específica, já que existe uma série de medidas executivas e, dentro do “cardápio”, o juiz deve escolher a melhor. Como explicita José Miguel Garcia Medina, “sendo possível a obtenção da tutela específica, justifica-se o manejo de medidas executivas tendentes a forçar o cumprimento pessoal da obrigação pelo executado (medidas coercitivas, execução indireta). Há casos, contudo, em que é duvidoso que o resultado específico possa ser obtido, se o executado agir forçadamente, isto é, contra a sua própria vontade”.²⁹ Com isso, utilizar-se-á, a título de exemplo, as medidas previstas no art. 139, IV, do CPC.

É importante ressaltar, como fizeram Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, que, no plano processual, essas tutelas podem ser alcançadas, através da declaração, constituição, condenação (e conseguinte execução forçada), do mandamento e da execução. Estas últimas são as formas de tutela jurisdicional e não se confundem com as tutelas do direito.³⁰ Então, como deixou claro Fredie Didier, a tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer, bem como agora a de entregar coisa, não mais se efetiva por sentença condenatória, que pressupõe processo de execução posterior. Atualmente, é absolutamente atécnico falar-se, por exemplo, em “sentença condenatória de obrigação de fazer”, ou “de não fazer”, ou “de entregar coisa” (distinta de dinheiro), pois tais obrigações são efetivadas ou por provimentos mandamentais ou por provimentos executivos em sentido amplo. Urge lembrar que a tutela jurisdicional dos direitos a uma prestação (direitos que têm por objeto o cumprimento de uma prestação pelo sujeito passivo, concernente em um fazer, não fazer ou dar) pode operar-se por uma daquelas três técnicas. Agora, somente o direito à prestação pecuniária está submetido à técnica condenatória (certificação com posterior execução);

29 MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 771.

30 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 131.

os demais podem ser tutelados por técnicas de cognição com força executiva: mandamental, que pressupõe “colaboração do sujeito passivo”, após coerção indireta do Estado-juiz, e executiva em sentido lato, que dispensa o “auxílio” do obrigado, valendo-se o Poder Judiciário de medidas de coerção direta.³¹

1.1 MEDIDAS INDUTIVAS

As medidas indutivas são utilizadas para forçar o réu a cumprir a tutela específica. Seria uma das primeiras medidas a serem tomadas pelo magistrado. Segundo Jonas Luiz Moreira de Paula, “medidas indutivas são aquelas que interferem na vontade de alguma das partes ou de terceiro, a fim de conduzi-la a seguir um caminho. O sistema processual, ao dispor da possibilidade de cominação de medidas coercitivas está num primeiro momento induzindo por meio de pressão legal uma pessoa a praticar um determinado ato, assim estipulado e previsto na decisão judicial”.³²

Na prática, é muito comum o juiz, nos provimentos mandamentais ou executivos *lato sensu*, antes de aplicar a multa, apenas ameaçar sua cominação, em caso de não cumprimento, como, por exemplo, que se cumpra sob pena de multa e só depois, em outro momento, é que se fixa a *astreinte*.

1.2 MEDIDAS COERCITIVAS

Ensina Proto Pisani que “na presença de disposições legislativas prevendo procedimentos tendo como conteúdo ordem de adimplir obrigação não suscetível de execução forçada é muitas vezes necessário recorrer a medidas coercitivas. A medida coercitiva consiste na aplicação de uma sanção contra o obrigado na ameaça de uma lesão de seu interesse mais grave do que o próprio adimplemento, com o objetivo de influir na vontade, para induzir no cumprimento da obrigação. Um modelo é o francês das *astreintes*; outro modelo é o alemão, que tem uma medida que sanciona a liberdade pessoal (prisão), e a pena pecuniária é devida ao estado; o outro modelo é o anglo-saxão do *contempt of court*, que impõe pena de prisão e o pagamento de uma multa que será beneficiado o credor”.³³

O direito italiano, no Art. 614-bis do CPC, tem a previsão das atreintes: Con il provvedimento di condanna all’adempimento di obblighi diversi dal

31 DIDIER, Fredie. Notas sobre o novo art. 287 do CPC e sua compatibilização com a tutela específica prevista nos arts. 461 e 461-A do CPC. *Revista de Processo*, v. 109, jan./mar. 2003. Observe-se que no seu curso de processo civil Fredie Didier adota a teoria trinária, como na Itália.

32 PAULA, Jonas Luiz Moreira de. *Código de processo civil comentado*. Coord.: José Sebastião Fagundes Cunhas, Antonio César Bochenek e Eduardo Cambi. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 287.

33 PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Joneve, 2012. p. 159. Sobre o assunto, consultar RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. *Revista de processo*, v. p. 125-149, mar. 2007.

pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409. Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile.

No Brasil, o art. 537 do CPC disciplina as astreintes. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito. O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva; o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento. O valor da multa será devido ao exequente. A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte. A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

Com isso, é possível verificar que as medidas coercitivas, o juiz toma medidas concretas, para forçar o cumprimento da sentença, saindo do campo da ameaça. Adverte Jonatas Luiz Moreira de Paula que “medidas coercitivas são medidas sancionatórias, ao fito de efetivar determinada decisão judicial, onde a satisfação não é pela realização da medida sancionatória em si, mas naquilo que ela proporciona”.³⁴ A correção indireta, como aduz Fredie Didier, serve como um estímulo e pode ser de duas formas: por meio de temor, como é o caso da prisão civil e da multa coercitiva; como também pelo incentivo, como é o caso das chamadas sanções premiais, como por exemplo a isenção de custas e honorários para o réu que cumpra o mandado monitorio.³⁵

Por exemplo, na sentença mandamental, pode o juiz fixar multa, se houver descumprimento da medida que determina uma obrigação de

34 PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. *Código de processo civil comentado*. Coord.: de José Sebastião Fagundes Cunhas, Antonio César Bochenek e Eduardo Cambi. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 287.

35 DIDIER, Fredie. *Curso de Processo Civil*. Salvador: Jus podivm, 2015. p. 299.

fazer ou não fazer. Porém, no Brasil, não se admite, salvo nos alimentos, prisão por descumprimento à ordem judicial.

1.3 MEDIDAS SUB-ROGATÓRIAS

Com as medidas sub-roгатórias, não há necessidade inexorável de a própria parte cumprir a sentença. Diz Jonatas Luiz Moreira de Paula que “medida sub-roгатória é aquela que pode ser cumprida por outra pessoa que não a aquela a quem foi ordenada. Trata-se de um modo alternativo ao cumprimento da medida coercitiva prevista na decisão judicial. Tem-se como exemplo, a decisão judicial que determina ao terceiro-requerido a exibição de um documento, mas que coube ao banco efetuar tal exibição, em razão de este documento estar depositado em seu cofre por solicitação do terceiro”.³⁶

Como ensina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a sub-roгаção é a técnica utilizada nas sentenças condenatória e na executiva *lato sensu*, porém na sentença condenatória a realização prática se dá na fase executiva e, na executiva *lato sensu*, dentro do próprio processo, pois o comando sentencial produz todos os efeitos necessários.³⁷

Então, nas obrigações de dar dinheiro, não se afigura adequada a fixação de multa diária, sendo corretas medidas sub-roгатórias ou até mesmo coercitivas, como por exemplo, inscrever o nome do devedor em cadastro de restrição ao crédito. O art. 789 do CPC é claro em dizer que o devedor responde com todos os seus bens presente e futuros para o cumprimento de suas obrigações e o art. 331 do Código Civil.

2 RESGUARDO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE, LEGALIDADE, PUBLICIDADE E EFICIÊNCIA, NA ESCOLHA DA MEDIDA EXECUTIVA ADEQUADA

Conforme o art. 8º, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana, bem como observando a proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência. Portanto, o juiz deve observar, nas suas decisões, o postulado normativo-aplicativo da razoabilidade e da proporcionalidade³⁸, além da dignidade da pessoa humana, legalidade, publicidade e eficiência. Como adverte Teresa Arruda Alvim, “hoje, contudo, está integrada em nossa cultura a idéia de que a tutela específica não fere a dignidade da pessoa humana. Diríamos até, ao contrário, vai de encontro a ela,

36 Didier, op. cit., p. 288.

37 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. p. 142.

38 Consultar, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2004.

cuja vontade já havia sido anteriormente manifestada. A alteração ilegítima dessa vontade é que não merece a proteção do direito”.³⁹

Com isso, mesmo que a tutela específica não fira a dignidade da pessoa humana, não é permitido utilizar qualquer medida, dentro do “cardápio” para conseguir o cumprimento da sentença. A medida deve ser proporcional ao objetivo que se quer alcançar. Não há, no CPC, a menor possibilidade de mandar prender alguém porque não pagou uma dívida, ou mandar prender um agente público, porque não tem condições práticas de cumprir a ordem judicial.

2.1 CASOS PRÁTICOS: MEDIDA EXECUTIVA INADEQUADA

Na ADPF 403, o ministro Lewandowski do STF, no caso do bloqueio do aplicativo *WhatsApp*, entendeu que “a suspensão do serviço do aplicativo *WhatsApp*, que permite a troca de mensagens instantâneas pela rede mundial de computadores, da forma abrangente como foi determinada, parece-me violar o preceito fundamental da liberdade de expressão aqui indicado, bem como a legislação de regência sobre o tema. Ademais, a extensão do bloqueio a todo o território nacional, afigura-se, quando menos, medida desproporcional ao motivo que lhe deu causa”.

Como se observa, o ministro considerou a medida coercitiva adotada pela juíza de primeiro grau desproporcional, pois bloquear o aplicativo, em todo o território nacional, não seria a medida mais adequada para o caso.

Foi noticiado, também, que um empresário paulista ficara sem carteira de motorista, passaporte e todos os seus cartões de crédito. Em uma decisão inédita, a 2ª Vara Cível de São Paulo entendeu que esse era o caminho para forçá-lo a pagar o que deve a uma concessionária de veículos. A juíza do caso, Andrea Ferraz Musa, usou como argumento uma brecha do novo Código de Processo Civil (CPC).

Ela seguiu a seguinte lógica: se o devedor não tem dinheiro para pagar a dívida, ele também não teria como custear viagens internacionais, manter um veículo ou mesmo cartões de crédito. “Se, porém, mantiver tais atividades, poderá quitar a dívida, razão pela qual a medida coercitiva poderá se mostrar efetiva”. A tal brecha do novo CPC diz respeito ao parág. 4º, do art. 139. Esse dispositivo, que vem gerando bastante polêmica no meio jurídico, dá poderes quase ilimitados aos juízes para a determinação de medidas que forcem o cumprimento de suas decisões. Na prática, pela abrangência do texto, a única exceção seria a prisão civil, permitida somente nos casos de dívidas por pensão alimentícia.

Como se observa, na decisão, a magistrada usa a cláusula geral do art. 139, IV, sem atentar que se deve respeitar, também, a proporcionalidade e a

39 ALVIM, Teresa Arruda. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 80, p. 103-110, out./dez.1995.

razoabilidade. Pergunta-se: Qual a relação existente entre a carteira de motorista, passaporte e cartão de crédito, com o pagamento de uma dívida? Os meios de coerção devem, portanto, guardar correspondência com o objetivo a ser alcançado. Ao recolher o passaporte, inclusive, tem-se a impressão de se estar tolhendo o direito de ir e vir, que é uma garantia fundamental. Inclusive, a decisão ora criticada foi anulada liminarmente pela 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. O desembargador Marcos Ramos asseverou que a decisão de primeira instância fere o direito de ir e vir do réu. Além disso, o desembargador, na mesma linha que vem se adotando no presente trabalho, ressaltou que o entendimento usado pela juíza deveria ter considerado outras questões, além da eficiência do processo. “O art. 8º, do CPC/2015, também preceitua que ao aplicar ordenamento jurídico, o juiz não atentarà apenas para a eficiência do processo, mas também aos fins sociais e às exigências do bem comum, devendo ainda resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, observando a proporcionalidade, a razoabilidade e a legalidade”.⁴⁰

Assim, a efetividade da tutela jurisdicional encontra como limite insuperável a dignidade da pessoa humana, qualquer que seja a sua dimensão. Proto Pisani adverte que a *effettività* dela tutela *giurisdizionale dei diritti* in concreto encontram limite, ma solo dela tutela di valori de pari rango costituzionale quali soprattutto ed unicamente, nel nostro ordinamento, la tutela dela libertà dela persona umana.⁴¹

2.2 CASOS PRÁTICOS: MEDIDA EXECUTIVA PROPORCIONAL

Nas ações que se resolvem em perdas e danos, não parece adequado a pena de prisão, sendo adequada a execução por meio de sub-rogação. Luiso lembra que há execuções mais complexas, bastando lembrar a atividade sub-rogatória necessária, no caso de inadimplemento de uma obrigação pecuniária, não sendo simples, pois necessita incidir sobre o patrimônio do devedor, para a obtenção de uma soma de dinheiro e com isso satisfazer o credor.⁴²

Outrossim, Marinoni exemplifica com uma situação do direito do consumidor. No caso de vícios do produto ou do serviço, garante-se ao consumidor, na condição de tutelas na forma específica, a substituição das partes viciadas do bem (art. 18 do CDC), a complementação do peso ou da medida do produto (art. 19 do CDC), a substituição do produto (arts.18 e 19 do CDC) e a reexecução do serviço (art. 20 do CDC). O art. 84 do CDC permite que o juiz

40 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-09/justica-anula-decisao-suspendeu-cnh-cartao-credito-reu>>. Acesso em: set. 2016.

41 PISANI, Proto. La tutela di condanna. In: *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Joneve editore, 2012. p. 908.

42 LUISEO, Francesco P. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 2000. p. 17.

ordene um fazer, sob pena de multa, na sentença ou na decisão concessiva de tutela antecipatória. (art. 84, § 4.º, do CDC). De modo que é inegável a possibilidade de o juiz ordenar a substituição das partes viciadas do bem, a complementação do peso ou da medida do produto e a reexecução do serviço. Quando o demandado, apesar da multa, não reexecutar o serviço, este deverá ser feito, na dicção do art. 20, § 1.º, do CDC, por sua conta e risco. Por essa razão, já no momento em que é pedida a reexecução do serviço, supondo-se o eventual inadimplemento do devedor, deverá o credor indicar terceiro, devidamente capacitado, para prestar o fazer. Se o Código de Defesa do Consumidor confere ao consumidor o direito à reexecução do serviço, e não apenas à restituição da quantia paga, é evidente que o processo civil deve dar-lhe efetividade. De modo que a multa, prevista no art. 84 do CDC, também pode ser utilizada, como meio executivo, para convencer o fornecedor a custear o trabalho de terceiro. A possibilidade do uso da multa, no caso, está ancorada no direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional e no direito fundamental do consumidor. É que o direito à reexecução do serviço será letra morta, se o juiz não puder dar-lhe efetividade através da multa.⁴³ Portanto, é adequada a multa no caso.

Para o STJ descabe multa cominatória na exibição, incidental ou autônoma, de documento relativo a direito disponível.⁴⁴ Paulo de Tarso Sanseverino aduziu que, na exibição incidental de documentos, no exercício dos seus poderes instrutórios, pode o juiz, até mesmo, determinar a busca e apreensão do documento, se entender necessário para a formação do seu convencimento, conforme se verifica no seguinte julgado. Portanto, a medida adequada e proporcional é a busca e apreensão do documento e não a multa.

Além disso, também já decidiu o STJ que “é possível a redução do valor da multa fixada por descumprimento de decisão judicial quando se verificar que foi estabelecida fora dos parâmetros da razoabilidade, moderação e proporcionalidade ou quando se tornar exorbitante, caso dos autos.”⁴⁵

III CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, pode-se considerar que o novo CPC brasileiro deu um enorme passo na efetivação da tutela dos direitos. Há, por exemplo, previsão expressa da tutela inibitória e a tutela de remoção do ilícito.

43 MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela específica do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 50, p. 71-116, abr./jun. 2004.

44 REsp 1333988/SP, Rel. ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 9/4/2014, DJe 11/04/2014.

45 AgRg no AREsp n. 643.116/PR, Relatora ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 1/2/2016.

Além disso, a cláusula geral, constante no art. 139, IV, permite ao juiz a tomada de medida indutiva, coercitiva, mandamental, sub-rogatória, sem indicar quais medidas são essas. Assim, diante disso, poder-se-ia imaginar que o poder do juiz é ilimitado.

Porém, o art. 8º tem a responsabilidade de inibir o uso ilimitado de tais medidas. Os limites são: dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade. Com isso, o nosso sistema continua não permitindo a prisão do devedor, para coagi-lo a pagar a dívida, nem pode um magistrado bloquear as redes sociais, para dar cumprimento às suas decisões, prejudicando milhares de pessoas.

Assim, o novo CPC mudou o modelo, e ele deve ser interpretado e aplicado, tendo em vista as garantias fundamentais; a efetividade é importante, mas deve-se resguardar, também, as regras que garantem a segurança. O ponto de equilíbrio é o que se busca.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v.80, out./dez. 1995.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2004.

COSTA, Miguel do Nascimento. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 1. Org. Dall'Alba, Felipe Camilo e Reichelt, Luis alberto. Porto Alegre: Livraria do advogado.

DIDIER, Fredie. *Curso de Processo Civil*. Salvador: Jus podivm, 2015.

DIDIER, Fredie. Notas sobre o novo art. 287 do CPC e sua compatibilização com a tutela específica prevista nos arts. 461 e 461-A do CPC. *Revista de Processo*, v.109, jan./mar. 2003.

DALL'ALBA, Felipe Camilo; GUEDES, Jefferson Carùs; HAUSHILD, Mauro Luciano. *Novo Código de Processo Civil Comparado*. Brasília: Pactum, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, v.79, jul./set. 1995.

LUISO, Francesco P. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela específica do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v.50, abr./jun. 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

OUDOT-DOUCHY, Méline. *Procédure civile*. Paris: Gualino, 2010.

PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. *Código de processo civil comentado*. Coord.: José Sebastião Fagundes Cunhas, Antonio César Bochenek e Eduardo Cambi. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Joneve, 2012.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. *Revista de processo*, v.145, p. 125-149.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. Tutela preventiva. *Digesto*, Rio de Janeiro: Forense, v.5, 1988.

AMICUS CURIAE: UMA ANÁLISE À LUZ DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E ITALIANO

***AMICUS CURIAE: AN ANALYSIS OF BRAZILIAN AND ITALIAN
LEGAL SYSTEMS***

Fernanda Machado Pillar

Procuradora da Fazenda Nacional

*Mestranda em Direito Constitucional e Processual Tributário pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós-graduada em Direito Processual
Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Pós-
graduada em Justiça Administrativa e Fiscal pelo Centro de Estudos de Direito
Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito de Coimbra.*

SUMÁRIO: Breve introdução; 1 A figura do *amicus curiae*; 2 O *amicus curiae* no CPC/15; 3 O *amicus curiae* no direito italiano; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo fazer uma breve análise da figura do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro, sua sistematização no direito brasileiro – em especial no Código de Processo Civil de 2015 – e no direito italiano.

PALAVRAS-CHAVE: *Amicus Curiae*. Código de Processo Civil de 2015. Previsão no Ordenamento Italiano.

ABSTRACT: The present article aims to briefly analyze the *amicus curiae* participation in Brazilian – in special its inclusion in the Code of Civil Procedure of 2015 - and Italian legal systems.

KEYWORDS: *Amicus curiae* . Code of Civil Procedure of 2015 . Italian legal system.

BREVE INTRODUÇÃO

Se em um passado recente muito se falava sobre o acesso à justiça¹ e os meios para atingi-lo, hoje a preocupação deslocou-se para a necessidade de garantir que o acesso à ordem jurídica seja, antes de tudo, justo e efetivo.

A estrutura processual, portanto, necessitou ser adaptada para entrar em sintonia com as demandas da sociedade atual, que clamava pela celeridade e efetividade da Justiça.

A novel reforma do Código de Processo Civil surge com esse objetivo, qual seja, assegurar que o direito fundamental² do acesso à justiça tenha a maior aplicabilidade possível, tornando-o, também, justo e efetivo. Isso porque a atividade do Poder Judiciário somente pode ser considerada adequada se atingir certo nível de efetividade na prestação da tutela jurisdicional. Em outras palavras: o processo deve ser capaz de realizar uma decisão justa, respeitando os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, de modo célere e sem demasiada onerosidade.

Dentre as inúmeras modificações trazidas pelo CPC/15 com o intuito de aprimorar a sistemática processual, destaca-se a constante do art.138, que prevê a possibilidade de participação do *amicus curiae* em qualquer processo e grau de jurisdição. O legislador, sensível à necessidade de pluralizar o debate em determinadas demandas, trouxe para o âmbito dos processos subjetivos um instrumento que antes era mais comumente aplicado aos processos objetivos de controle de constitucionalidade.

O *amicus curiae* – ou “amigo da corte” – nada mais é do que uma forma de promover a abertura da relação jurídico-processual, democratizando-a, e de munir o órgão jurisdicional de informações e pontos de vista que o auxiliem no julgamento de determinada demanda, possibilitando, desse modo – e com o perdão pela tautologia –, uma decisão mais efetiva.

Sem dúvida, a previsão legislativa do *amicus curiae* já é um grande avanço, mas não se pode olvidar da necessidade de adoção de procedimentos práticos capazes de trazer para o cotidiano as mudanças ocorridas no plano teórico.

1 O acesso à justiça é assunto recorrente desde à década de 70 graças a Mauro Cappelletti que, em um de seus célebres estudos, o escolheu como tema principal e propôs, por meio de três correntes teóricas – denominadas de “ondas” pelo referido autor – soluções ao problema do “acesso à justiça”. CAPPELLETTI, Mauro, GARTH Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p.31

2 Kazuo Watanabe explica que o acesso à justiça constitui direito fundamental básico, não podendo ser limitado por qualquer motivo que seja. Como todo direito fundamental, possui eficácia plena e deve ser protegido por mecanismos que assegurem a sua aplicação. Essa ideia – de que o acesso à justiça constitui um direito fundamental, inserido no Estado Democrático de Direito – é partilhada por diversos autores e constitui um marco importante para o desenvolvimento do processo civil contemporâneo. (WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, in Participação e Processo, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988. p.128/129).

1 A FIGURA DO AMICUS CURIAE

Antes de analisarmos a figura do *amicus curiae* à luz dos ordenamentos jurídicos brasileiro e italiano, imperioso fazer um breve esboço acerca da origem e da natureza do instituto.

O seu surgimento remonta à Roma antiga e à Inglaterra medieval, sendo certo que as primeiras referências diziam respeito a terceiros que eram chamados pela corte para auxiliar no julgamento, oferecendo informações e esclarecendo dúvidas acerca da matéria controvertida:

[...] a função do *amicus curiae* no direito romano era a de um colaborador neutro dos magistrados naqueles casos em que a solução envolvia questões não estritamente jurídicas, além de atuar no sentido de os juízes não cometerem erros de julgamento. Sua única obrigação era ser leal aos juízes.

[...]

Consta que, no antigo direito inglês, o *amicus curiae* comparecia perante as cortes em causas que não envolviam interesses governamentais na qualidade de “attorney general” ou, mais amplamente, de *counsels*. Nessa qualidade, o *amicus* tinha como função apontar e sistematizar, atualizando, eventuais precedentes (*cases*) e leis (*statutes*) que se supunham, por qualquer razão, desconhecidos para os juízes.³

Contudo, foi no direito norte-americano que o instituto adquiriu maior contorno, em razão, principalmente, do sistema da *common law* e das *stare decisions*. Em síntese, *stare decisions* nada mais são do que decisões jurisprudenciais proferidas em um caso individual que vinculam casos semelhantes que ocorram no futuro. Dada essa peculiaridade do sistema, cada vez mais passou-se a admitir a intervenção daqueles que, apesar de não serem parte na demanda, poderiam ser futuramente atingidos pela decisão.

Segundo Adhemar Ferreira Maciel, o *amicus curiae* do direito norte-americano permite que terceiros penetrem em processos individuais para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar toda a sociedade. O *amicus curiae*, nesses casos, se aproximaria muito mais de ser um amigo da parte do que um amigo da corte, pois o terceiro interviria com o intuito de auxiliar um dos polos da demanda.⁴

3 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. p.88-90.

4 MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae: um instituto democrático*. *Revista de Processo* v.106. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 7.

A experiência brasileira ampara-se nessas duas vertentes. Inicialmente⁵, as previsões esparsas sobre o instituto destinavam-se aos entes públicos e designavam, a princípio, uma atuação imparcial. Com a entrada em vigor da lei 9.868/99 – e a previsão da possibilidade de atuação do “amigo da corte” nas ações de constitucionalidade – é que fica claro o intuito de permitir a participação da sociedade como um todo, alcançando, assim, uma maior democratização⁶ nos processos objetivos de controle de constitucionalidade.

No Brasil, o surgimento da figura do *amicus curiae* tem ligação com a Lei nº 6.385/76,⁷ que criou a Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) e disciplinou¹⁸ o mercado de valores mobiliários. O dispositivo trouxe a possibilidade de intervenção da CVM nos processos judiciais que envolvessem matéria de sua competência.⁸

A segunda referência legislativa foi feita pela Lei nº 8.197/91, em seu art. 2º, que admitiu a intervenção da União em causas em que figuram entes da administração pública indireta. Grande parte da doutrina refere-se a essa intervenção como sendo uma “intervenção anômala”, mas não restam dúvidas da sua semelhança com a figura do *amicus curiae*.

A Lei nº 8.884/94, que disciplinou sobre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e sobre as infrações contra a ordem econômica, também trazia previsão em sentido semelhante, permitindo a intervenção do CADE nos casos em que se discutia a aplicação da Lei nº 8.884/94. Essa lei foi alterada pela Lei nº 12.529/2009, mas foi mantida previsão semelhante em seu 118.

Contudo, imperioso reconhecer que foi com a Lei 9.868/99 e a introdução da figura do *amicus curiae* nos processos de controle de

5 Impende ressaltar, mais uma vez, que a positivação do *amicus curiae* com essa denominação ocorreu apenas com o Novo Código de Processo Civil. Contudo, dada as características de algumas intervenções, a doutrina já sinalizava que estas possuíam natureza de *amicus curiae*. Por todos, vide BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

6 Sobre o tema, Antonio do Passo Cabral nos ensina que: “De fato, a participação democrática não existe somente no âmbito legislativo, através da iniciativa popular de leis, plebiscito, referendo e do direito de votar e ser votado. Qualquer meio de pressionar, influenciar e reivindicar as decisões estatais deve ser fomentado como forma legítima de participação (seja em abstrato, seja em concreto, através dos Poderes Executivo e Judiciário). [...]”

Na esteira da concepção publicista da jurisdição, o processo deve representar, por conseguinte, outro cenário de debate público, mais um canal de desenvolvimento da democracia participativa, instrumento também de ação política, palco para os mensageiros populares que, inspirados em Hermes, exercitem nos autos a argumentação com o fim de colaborar para o resultado decisório.” (Pelos asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial”. *Revista de Direito Administrativo* nº 234, fls. 112-113).

7 Introduzido pela Lei nº 6.616/1978.

8 Cf. “Art. 31 - Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação. (omissis)”.

constitucionalidade que o instituto – a despeito da ausência de nomenclatura – passou a ser mais conhecido e estudado pela doutrina brasileira e foi a partir desse marco que se desenvolveu a sua sistematização e a identificação das suas características.⁹

Ainda que o objetivo da participação dos *amici curiae* nos processos de controle de constitucionalidade fosse muito particular¹⁰, com a sua previsão foi possível analisar as intervenções supracitadas sob um mesmo enfoque, em decorrência das semelhanças apresentadas.

A Lei 9.868/99 foi, portanto, essencial para a fixação de algumas premissas básicas acerca do instituto e para uma incipiente catalogação sobre o assunto. Assim é que a natureza jurídica do instituto, assunto deveras controverso, foi elucidada, por exemplo. Com base na interpretação do art.7º e parágrafos da lei que disciplina as ações de controle de constitucionalidade fixou-se o entendimento de que o *amicus curiae* não era uma típica modalidade de intervenção de terceiros. Isso porque o *caput* do art.7º da Lei 9.868/99 é claro ao afirmar que “*não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade*” e o seu §2º permite a manifestação de outros órgãos ou entidades, observada a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

A única forma de compatibilizar o §2º com o *caput* do art.7º é entendendo que o *amicus curiae* não configurava uma intervenção de terceiro, em seu sentido mais técnico. O *amicus curiae* é, portanto, um terceiro de natureza especial ou excepcional, nos dizeres de Milton Luiz Pereira.¹¹

9 Cassio Scarpinella Bueno, na obra em que propõe a sistematização do instituto, afirma que o *amicus curiae* não surgiu com a Lei 9.868/99, mas foi ela que atraiu a atenção dos estudiosos para o tema, motivo pelo qual a considera o marco para o estudo de todas as hipóteses de intervenção anômala que já existiam no ordenamento jurídico brasileiro. (*Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. p.128).

10 Nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, a intervenção do *amicus curiae* tem como principal objetivo o de legitimar as decisões contramajoritárias do STF, diferentemente das hipóteses de intervenção da CVM e do CADE. Sobre o caráter democrático do *amicus curiae*, Gustavo Binbenojm afirma que “o propósito do art. 7º, §2º da Lei [Lei nº 9.868/1999] é claramente o de pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Tribunal venha a tomar conhecimento, sempre que julgar relevante, dos elementos informativos e das razões constitucionais daqueles que, embora não tenham legitimidade para deflagrar o processo, serão destinatários diretos ou mediatos da decisão a ser proferida. Visa-se, ademais, a alcançar um patamar mais elevado de legitimidade nas deliberações do Tribunal Constitucional, que passará formalmente a ter o dever de apreciar e dar a devida consideração às interpretações constitucionais que emanam dos diversos setores da sociedade”. BINENBOJM, Gustavo. “A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: Requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual”. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n.1. Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, jan./fev./mar. 2005. p. 4.

11 De acordo com as lições do autor, “o *amicus curiae*, como terceiro especial ou de natureza excepcional, pode ser admitido no processo civil brasileiro para partilhar na construção de decisão judicial, contribuindo para ajustá-la aos relevantes interesses sociais em conflito” (PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae – intervenção de terceiros*. Revista CEJ, Brasília, n. 18, jul/set 2002, p. 86).

Sobre a distinção de natureza da intervenção de terceiros e da intervenção promovida pelo *amicus curiae*, Cassio Scarpinella Bueno ensina que:

O que o §2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99 apresenta de novo é a alteração radical de *perspectiva* em que a questão pode e deve ser analisada. Não se trata de reconhecer que há, na ação direta de inconstitucionalidade, “direitos subjetivos” capturáveis ou fruíveis diretamente pelos interessados. Bem diferentemente, o que passou a ser admitido é que “terceiros” possam vir perante os Ministros do Supremo Tribunal Federal e tecer suas considerações sobre o que está para ser julgado, contribuindo, com sua iniciativa, para a *qualidade* da decisão. [...] esse “terceiro” atua em qualidade diversa das usualmente ocupadas pelos “terceiros-intervenientes”. “Terceiro” ele é, mas não *aquele* terceiro que o Supremo Tribunal Federal sempre negou – e continua negando – pudesse – ou possa – intervir nas ações voltadas ao controle concentrado de constitucionalidade.¹²

Os requisitos de admissibilidade e a extensão da intervenção também foram delineados pela Lei 9.868/99 e passaram a ser estendidos para os demais diplomas legais.

Por fim, a Lei 9.868/99 também foi responsável pela introdução do *amicus curiae* nos incidentes de inconstitucionalidade julgados pelos tribunais, nos termos do art. 482 do Código de Processo Civil de 1973.

Seguindo a abertura promovida pela Lei 9.868/99, surgiram novas previsões legislativas, dentre as quais se destaca a da Lei nº 9.882/1999, que, ao disciplinar a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), previu a participação do *amicus curiae* em seu art. 6º, §2º.

Interessante registrar que o legislador tratou de maneira diferenciada a intervenção do *amicus curiae* nos processos de controle concentrado de constitucionalidade. Na Lei 9.868/99 fez referência à relevância da matéria e representatividade do postulante como requisitos de admissibilidade, ao passo que na Lei da ADPF, referiu-se apenas à possibilidade de manifestação por parte de interessados no processo, a critério do relator.

Apesar da aparente divergência, a jurisprudência uniformizou o tema, entendendo pela aplicação dos requisitos à ADPF:

Assim como se dá nas demais ações de controle concentrado de constitucionalidade, o pedido de colaboração processual como *amicus curiae* em arguições de descumprimento de preceito fundamental há de ter sua viabilidade aferida, pelo Ministro Relator, de maneira concreta e em consonância com os fatos e argumentos apresentados pelos órgãos

¹² Op. cit., p. 136.

ou entidades postulantes, a partir de 2 (duas) pré-condições cumulativas, a saber: (a) a relevância da matéria e (b) a representatividade do postulante (§2º do art. 7º da Lei 9.868/1999)". (ADPF 123 Amicus, Relator Min. Teori Zavaski, julgado em 04/02/2014, p. 10/02/2014).

A Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/2001) também previu a manifestação de eventuais interessados no incidente de uniformização da jurisprudência em seu art.14, §7º, bem como a extensão desse dispositivo ao julgamento dos recursos extraordinários.

A tendência de democratização dos processos que possuíam caráter objetivo por meio da participação de interessados também foi observada quando da regulamentação do instituto da repercussão geral, que trazia hipótese que autorizava a manifestação de terceiros quando da apreciação da existência de repercussão geral (Art.543-A, § 6º do CPC/73).

Ainda com o intuito de conferir maior democratização aos processos de cunho objetivo, cabe ressaltar previsão semelhante na disciplina das súmulas vinculantes, introduzidas em nosso ordenamento jurídico pelo art. 103-A da Constituição. Ao dispor sobre o tema, a Lei nº 11.417/200 trouxe a possibilidade de manifestação do *amicus curiae* no procedimento de edição, revisão ou cancelamento das súmulas vinculantes, nos termos do §2º de seu art. 3º.

Este era, portanto, o panorama geral do *amicus curiae* no direito brasileiro. A despeito das primeiras previsões, que permitiam a intervenção de órgãos e pessoas específicas, o instituto começou a ganhar sistematização com as referências das leis que regulamentaram o controle concentrado de constitucionalidade e deram um novo contorno ao amigo da corte.

Conforme será analisado a seguir, o art.138 do CPC/15, ao trazer expressamente a figura do *amicus curiae* para o ordenamento brasileiro, inaugura uma nova perspectiva e traz à tona novas e velhas discussões.

No que diz respeito a sua natureza jurídica, apesar do tema suscitar grandes debates, parece correto afirmar que o *amicus curiae* é alguém alheio ao processo que irá intervir para apresentar o seu ponto de vista acerca da questão posta em juízo, para oferecer informações técnicas sobre a matéria ou ainda para defender grupos que possam ser afetados pela decisão¹³.

Sobre o papel do *amicus curiae*, Cassio Scarpinella Bueno ressalta a sua função de conectar o mundo exterior ao que acontece dentro do processo:

O que importa, cada vez mais, em busca daquela legitimidade decisional, é que, por força do que ocorre 'fora' ou 'dentro' do processo, a decisão seja

13 MEDINA, Damares. *Amicus curiae*: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010. p. 17.

completa e compartilhada com as vozes representativas da sociedade e do próprio Estado. É dizer: os interesses e direitos que estão dispersos na sociedade e no próprio Estado, mas que, de alguma forma, dizem respeito àquilo que está em julgamento devem ser levados ao Estado-juiz. O *amicus curiae* tem condições de canalizar interesses levando-os para o necessário exame do Estado-juiz. Ele é um ‘legítimo representante’ desses interesses e direitos. É nessa função que caracteriza, desde sempre, a figura sobre a qual voltamos nossa atenção. É a partir da constatação da necessidade do exercício dessa função que tem sentido falar, entre nós, em alguém como o *amicus curiae*.¹⁴

Em linhas gerais, o “amigo da corte” possui como principal função a de enriquecer o debate com suas opiniões e conhecimentos. Também parece correto afirmar que o *amicus curiae* é um terceiro. Ou seja, independente de ostentar natureza parcial ou não, todas as referências ao instituto sempre apontavam para o fato de que o *amicus curiae* era alguém alheio ao feito. É, portanto, um terceiro, uma pessoa que não é parte.

Como a intervenção de terceiros pode ser conceituada como a “*permissão legal para que um sujeito alheio à relação jurídica processual ingresse em processo já em andamento*”¹⁵, parte da doutrina sustentava que a intervenção do *amicus curiae* era uma intervenção de terceiro.

O problema era que até a entrada em vigor do CPC/15 não havia nenhuma indicação legislativa que apontasse expressamente nesse sentido, daí porque alguns autores sustentavam que não se tratava de uma modalidade típica de intervenção de terceiro.

No que diz respeito a sua função, socorrendo-nos das experiências do direito estrangeiro, em especial a norte-americana¹⁶, o “amigo da corte” era alguém chamado para esclarecer questões específicas e que não possuía interesse na decisão judicial que seria proferida. Seu objetivo era apenas o de auxiliar o juízo com algum conhecimento técnico:

Tal intervenção justificou-se, do ponto de vista histórico, pela necessidade de que conhecimentos estranhos ao juízo fossem levados à sua presença, pouco importando em que consistiam esses conhecimentos. O passado da figura revela, com clareza, o ânimo de *neutralidade* que inspirou o

14 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro* – um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 666.

15 *Idem*, p.177.

16 De acordo com as lições de Cassio Scarpinella Bueno, a primeira aparição da figura do *amicus curiae* se deu no direito inglês, mas foi no direito norte-americano que o instituto alcançou grande desenvolvimento. *Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.87-108.

instituto e seu intuito de, agindo no processo, aproximar o juiz dos fatos relevantes para julgamento, independente da iniciativa das partes.¹⁷

Inicialmente, portanto, o *amicus curiae* possuía natureza imparcial, neutra, e atuava unicamente com o intuito de fornecer ao juízo subsídios para a solução do caso concreto. Não havia nenhum interesse – seja ele jurídico, econômico ou institucional – do amigo da corte na lide. Pelo contrário, a neutralidade é que dava a tônica da intervenção e a sua manifestação limitava-se em fornecer sua experiência sobre o assunto, contextualizando, assim, a situação posta em juízo. A opinião pessoal do *amicus curiae* era absolutamente irrelevante.

Posteriormente, o instituto passa a assumir um caráter partidário, sendo possível a admissão como *amicus curiae* de pessoas interessadas na solução do litígio. Cumpre ressaltar que esse interesse se diferencia do interesse jurídico que autoriza a intervenção de um terceiro em um dos polos da causa. A definição do que seja o interesse que possibilita a participação do amigo da corte constitui uma das muitas zonas cinzentas do instituto, havendo autores que sustentam ser esse interesse um interesse *institucional*¹⁸.

A despeito de algumas semelhanças, o *amicus curiae* não é considerado um auxiliar do juízo e não se confunde com a figura do perito, que auxilia o juízo com conhecimentos técnicos para fins exclusivamente probatórios. Também não atua como *custus legis* e, apesar de ser claramente um terceiro intervindo em determinada demanda jurídica, não se confunde com as típicas modalidades previstas pelo CPC/73.

Desse modo, pode-se conceituar o *amicus curiae* como sendo um terceiro que, em razão da sua representatividade ou do seu conhecimento específico, é chamado ou requer ao juízo a sua participação para oferecer subsídios jurídicos ou probatórios que auxiliem na solução da demanda¹⁹.

17 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.125.

18 Sobre o interesse institucional, Cassio Scarpinella Bueno sustenta que aquele que pretende intervir “deve ser legítimo representante de um grupo de pessoas e de seus interesses, sem que, contudo, detenha em nome próprio, nenhum interesse seu, próprio, típico de qualquer interessado no sentido tradicional, individual do termo. Ele precisa guardar alguma relação com o que está sendo discutido em juízo, mas isso deve ser aferido no plano institucional, de suas finalidades institucionais, e não propriamente seus interesses próprios no deslinde da ação e das consequências de seu julgamento.” Op, p.147.

19 Nesse sentido, Eduardo Talamini nos ensina que “o *amicus curiae* é terceiro admitido no processo para fornecer subsídios instrutórios (probatórios ou jurídicos) à solução de causa revestida de especial relevância ou complexidade, sem, no entanto, passar a titularizar posições subjetivas relativas às partes (nem mesmo limitada e subsidiariamente, como o assistente simples). Auxilia o órgão jurisdicional no sentido de que lhe traz mais elementos para decidir (daí o nome de ‘amigo da corte’)”. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2015. p.439.

2 O AMICUS CURIAE NO CPC/15

Considerando a incipiente regulamentação anterior, o CPC/15 inaugura um novo paradigma para o instituto do *amicus curiae*. São muitas as inovações e resta clara a intenção do legislador de ampliar, cada vez mais, o diálogo processual.

O instituto vem disciplinado no art.138, nos seguintes termos:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1o A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3o.

§ 2o Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3o O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

A primeira grande mudança pode ser observada por meio da simples localização topográfica do dispositivo. O art.138 encontra-se no Título III do Código, que trata da intervenção de terceiros. Parece que o legislador pretendeu pôr fim à controvérsia acerca da natureza jurídica do *amicus curiae*. Como exposto anteriormente, era patente a qualidade de terceiro (aquele que não é parte) ostentada pelo amigo da corte, mas como ele não se enquadrava nas hipóteses previstas pelo CPC/73 havia uma grande discussão acerca da sua natureza jurídica. Em outros termos, discutia-se se o *amicus curiae* era uma modalidade de intervenção de terceiros ou se a hipótese era de um outro tipo anômalo de intervenção.

Sobre o tema, interessante a observação de Cassio Scarpinella Bueno no sentido de que diversos autores, mesmo quando tratam do *amicus curiae* como modalidade de intervenção de terceiros, “*adicionam a essa sua afirmação, a essa sua catalogação, o adjetivo ‘atípica’, ‘anômala’, ‘sui generis’, ‘especial’ ou, ainda, de ‘natureza excepcional’*”.²⁰ Daí a célebre afirmação do autor de que o *amicus curiae* é, na verdade, um “terceiro enigmático”.

20 Op. cit., p. 349.

O cerne da controvérsia residia, em síntese, no fato de não haver no ordenamento jurídico brasileiro uma sistematização sobre o tema. Ao inserir o “amigo da corte” no título que disciplina as modalidades interventivas, parece sereno afirmar que sua natureza jurídica é a de terceiro interveniente.

Ademais, a previsão genérica do instituto põe fim à discussão acerca dos processos que autorizavam a intervenção. Como no regramento anterior a participação dos *amici* era prevista em leis específicas, havia o entendimento de que apenas aqueles casos permitiam a sua admissão. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, fixou entendimento no sentido de inadmitir, como regra, a participação no julgamento dos recursos especiais, ante a ausência de previsão:

1. Preliminarmente, deve ser indeferido o pedido de ingresso no feito na condição de *amicus curiae* formulado pela Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica - ABRADÉE. A Corte Especial deste Tribunal Superior, em recentes precedentes (AgRg nos EREsp 1.070.896/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 10.5.2013; AgRg nos EREsp 1.019.178/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 20.5.2013), analisou questão similar e proclamou a impossibilidade, em regra, da admissão de *amicus curiae* em recurso especial.²¹

Com a regra geral do art.138, a figura passa a ser admitida em todos os processos, desde que preenchidos os requisitos de admissibilidade. Em relação a estes, o CPC/15 elenca como requisitos autorizadores da intervenção a relevância da matéria, a especificidade do tema ou a repercussão social da controvérsia e a representatividade dos postulantes. Observa-se que os requisitos são bem parecidos com os previstos no art.7º, §2º, da Lei 9.868/99, que traz como requisitos cumulativos e obrigatórios para a admissão do *amicus curiae*: i) a relevância da matéria; e ii) a representatividade do órgão ou entidade.

Assim como na Lei 9.868/99, o legislador não trouxe nenhuma particularização sobre quem seriam esses legitimados e o que seria relevante, específico ou socialmente controverso, motivo pelo qual podem ser aproveitados os conceitos trazidos pela jurisprudência, sobretudo a do STF.

Estamos diante, portanto, de conceitos jurídicos indeterminados e não há na legislação nenhum parâmetro que auxilie na definição desses conceitos, motivo pelo qual a jurisprudência exerce um papel primordial nesses casos.

²¹ REsp 1.283.757, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbel Marques, DJ 19.09.2013.

O STF, ao analisar os pedidos de intervenção de *amicus curiae* com fundamento na Lei 9.868/99, estabeleceu determinadas balizas para o tema. Como a relevância da matéria e a representatividade do postulante são requisitos repetidos pelo atual CPC, o estudo destes à luz do que já havia sido assentado parece ser a melhor solução.

No que diz respeito à relevância da matéria, o próprio STF, ao admitir a participação do “amigo da corte”, limita-se a reputar como relevante determinada matéria, sem maiores justificativas quanto ao que seria relevante.

Como os entendimentos foram fixados com fundamento no art.7º, §2º, da Lei 9.868/99 – que trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a figura do *amicus curiae* nos processos de controle de constitucionalidade – a relevância da matéria quase sempre está presente. Ou seja, como são processos que analisam uma eventual violação ao texto constitucional, presume-se a sua relevância. Assim, a maioria dos pedidos de ingresso indeferidos relaciona-se com a falta de representatividade.²²

Apesar não haver nenhuma diretriz jurisprudencial, a doutrina não envidou esforços para conceituar este primeiro requisito à luz da lei 9.868/99. Assim é que Cassio Scarpinella Bueno ensina:

O que devemos entender pela expressão “relevância da matéria” a que faz referência o legislador? Levando em conta os contornos da ação direta de inconstitucionalidade e o entendimento absolutamente pacífico de que seu julgamento transforma, inequivocamente, o órgão jurisdicional em verdadeiro órgão político, não parece errôneo o entendimento de que, pelo mero ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, a matéria veiculada é, *ipso facto*, relevante.

[...]

Mais do que isso, somos do entendimento de que por ‘relevância da matéria’ também deve ser entendida a necessidade concreta sentida

²² Inobstante a afirmação, há algumas decisões monocráticas isoladas – e proferidas há mais de 10 anos – em que foi reconhecida a representatividade do postulante, mas indeferido o seu pedido de ingresso, por reputar que faltava relevância. Nesse sentido, na ADI nº 3.604, foi indeferido o pedido de ingresso do Sindicato dos Trabalhadores dos Setores Públicos, Agropecuário, Florestal, Pesqueiro e do Meio Ambiente do Estado do Amazonas – SINTRASPA, que em seu pedido de como *amicus curiae* ressaltou a circunstância de que o ato normativo impugnado havia sido revogado. Em razão da revogação, considerou-se que a matéria não era complexa o suficiente a demandar a intervenção do sindicato. Nos termos da decisão monocrática, “[c]mbora presente a representatividade do Sindicato que requer a intervenção, não se tem complexidade a direcionar à audição. Aliás, apontou-se, até mesmo, que o pedido formulado está prejudicado, ante o advento de nova lei, revogando o diploma atacado na inicial desta ação. 3. Indefiro o pleito. 4. Devolvam-se a petição e as peças apresentadas ao Sindicato requerente.” (ADI 3604, Relator Min. Marco Aurélio, Decisão Proferida pelo Min. Marco Aurélio, julgado em 22/11/2005, publicado em DJ 30/11/2005). Essas decisões, contudo, são excepcionais, não podendo ser consideradas como o entendimento geral do STF.

pelo relator de que outros elementos sejam trazidos aos autos para fins de formação de seu convencimento. Se se tratar, com efeito, de matéria exclusivamente jurídica, cuja aferição da inconstitucionalidade dependa, no máximo, do exame de documentos que podem ser levados aos autos com a petição inicial ou, no máximo, com a instrução de que tratam os arts. 6º, 8º e 9º da Lei n.9.868/99, acreditamos que deva ser descartada a presença desse requisito.²³

Em sentido diverso, Edgard Silveira Bueno Filho entende que a intenção do legislador ao mencionar a “relevância da matéria” foi no sentido de perquirir a relação entre a matéria discutida e a atividade realizada pela entidade que pretende intervir como *amicus curiae*. Em resumo, o juízo de admissibilidade deveria levar em consideração a relevância da participação da entidade para o julgamento da questão discutida.²⁴ Este entendimento, contudo, parece ser melhor aplicável quando da análise da representatividade dos postulantes.

Apesar dos conceitos divergentes apresentados pela doutrina e da falta de um conceito preciso, na prática não existiam grandes discussões acerca da relevância da matéria, pois esta era presumida nos processos de controle de constitucionalidade.

Como o CPC/15, em uma louvável iniciativa, estende a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* para todos os tipos de demanda não será possível presumir a relevância. Assim como a representatividade, a relevância deverá ser perquirida caso a caso.

Desse modo, utilizando como parâmetro a definição dada por Cassio Scarpinella Bueno, entendemos que deve ser considerada relevante toda a matéria que indique a necessidade de um maior diálogo que não se restrinja às partes, devendo ser oportunizada a oitiva de entidades representativas da sociedade civil ou de entes governamentais.²⁵

A especificidade do tema, requisito alternativo à relevância da matéria, possui conceituação mais fácil e menos abstrata. Como o próprio nome diz, nos casos em que o tema for específico, o juiz poderá solicitar ou permitir a intervenção do *amicus curiae*. Dentre todos, este parece ser o requisito que menos suscitará divergências.

Já a repercussão social da controvérsia significa que a decisão a ser tomada pode reverberar em diversos setores da sociedade, motivo pelo qual se permite a participação de um ou mais grupos sociais

23 BUENO, op. cit., p. 140.

24 FILHO, Edgard Silveira Bueno. *Amicus curiae* – a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. *R. CEJ*, Brasília, n. 19, p. 88, out./dez. 2002.

25 BUENO, op. cit., p. 140.

para que exponham seu ponto de vista sobre o tema. A repercussão social da controvérsia fica clara quando analisamos alguns julgados do STF que contaram com a participação de diferentes grupos, cada qual sustentado uma opinião, tamanha a repercussão do assunto.

Exemplo de repercussão social pode ser extraído do julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277, que discutiram a equiparação das uniões homoafetivas à união estável. Em razão da repercussão do tema, o caso gerou grande mobilização de diversos setores da sociedade e culminou na admissão de um elevado número de *amici curiae*. Nos dizeres do Ministro Ayres Britto no relatório do acórdão, “em razão da complexidade do tema e da sua incomum relevância, deferi os pedidos de ingresso na causa a nada menos que 14 *amici curiae*. A sua maioria, em substanciosas e candentes defesas, a perfilhar a tese do autor”.

Cumprе salientar, por fim, que a relevância da matéria, a especificidade do tema e a repercussão social da controvérsia são requisitos alternativos e não cumulativos. Basta o preenchimento de um deles para a admissão do “amigo da corte”.

O art.138, além dos requisitos supracitados, traz como requisito cumulativo o da representatividade adequada. Observa-se que o legislador fez uso da nomenclatura que vinha sendo adotada pelo STF.

A representatividade do postulante, requisito previsto também pelo art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99, suscita maiores controvérsias doutrinárias e fundamentou grande parte dos indeferimentos dos pedidos de atuação na qualidade de *amicus curiae*.

Em uma tentativa de melhor definir o tema, ao analisar a representatividade, o STF faz menção à representatividade adequada (“*adequacy of representation*”), que normalmente é aferida a partir da correlação entre os objetivos institucionais da entidade e a matéria discutida nos autos. Ademais, o Tribunal também menciona a necessidade de a intervenção ter como pano de fundo um interesse coletivo e não individual.

A doutrina também faz referência à representatividade adequada como requisito para admitir a intervenção do *amicus curiae*:

Para nós, terá ‘representatividade adequada’ toda aquela pessoa, grupo de pessoas ou entidade, de direito público ou direito privado, que conseguir demonstrar que tem um específico *interesse institucional* na causa e, justamente em função disso, tem condições de contribuir para o debate da matéria, fornecendo elementos ou informações úteis e necessárias para o proferimento da melhor decisão jurisdicional. Meros interesses corporativos, que dizem respeito apenas à própria

entidade que reclama seu ingresso em juízo, não são suficientes para sua admissão na qualidade de *amicus curiae*.²⁶

Cassio Scarpinella Bueno observa, ainda, que a análise da representatividade do postulante não pode ser feita abstratamente, sendo necessário, em todo caso, cotejar o objeto da ação em questão com a ‘razão institucional de ser e agir’ do *amicus curiae*.²⁷

Na doutrina, Gustavo Binenbojm aponta que, na análise a respeito da representatividade do postulante, o STF deverá avaliar se o órgão ou entidade congrega dentre seus afiliados uma porção significativa – tanto quantitativa quanto qualitativamente – dos membros do grupo social afetado.²⁸

Nos termos do Enunciado nº 127 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, a aferição da representatividade do postulante não pressupõe a concordância unânime daqueles a quem representa.²⁹

Em relação ao marco temporal, nota-se que o Código não traz nenhuma limitação quanto ao momento da intervenção do *amicus curiae*. Como a participação tem como fim precípua fornecer informações e subsídios para a decisão judicial, entende-se que o amigo da corte poderá intervir em qualquer fase processual, desde que a sua atuação ainda seja dotada de relevância para a solução da lide. Assim, independente do momento processual, a intervenção será inadmitida quando a apresentação não for mais eficaz, quando o oferecimento de subsídios fáticos ou jurídicos pelo *amicus curiae* não possuir mais relevância para o caso. Do mesmo modo, será admitida a intervenção em qualquer momento, mesmo ultrapassada a fase instrutória, quando a manifestação do *amicus curiae* for capaz de auxiliar no julgamento.

Sobre o tema, Eduardo Talamini explica:

26 BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 147. Sobre o tema, o autor menciona de forma ilustrativa o indeferimento do pedido de participação na ADI 3.311/DF feito pelo Sindicato dos Médicos do Distrito Federal – SINDIMÉDICO: “Ademais, o SINDIMÉDICO não logrou demonstrar que detém experiência e autoridade em matéria de saúde social, uma vez que dentre as suas “prerrogativas”, elencadas no art. 2º de seu Estatuto, figuram apenas disposições de caráter eminentemente corporativas e de interesse próprio da categoria, como por exemplo: “(a) representar, perante autoridade administrativas e judiciárias os interesses gerais e individuais da categoria dos médicos, podendo promover ações de representação e substituição processual de toda a categoria, médicos sócios e não sócios, inclusive da defesa dos direitos difusos e dos direitos do consumidor; (b) celebrar convenções e acordos coletivos de trabalho e colaborar nas comissões de conciliação e tribunais de trabalho; (c) adotar medidas de utilidade e beneficência para os seus associados de acordo com os regulamento que forem elaborados”, entre outros. Do exposto, indefiro o pedido.” (ADI nº 3.311/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 25/04/2005).

27 BUENO, op. cit., p. 156.

28 BINENBOJM, op. cit., p. 165.

29 Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Jus Podivm, 2015, p.36/37.

Em tese, admite-se a intervenção em qualquer fase processual ou grau de jurisdição. A lei não fixa limite temporal para a participação do *amicus curiae*. A sua admissão no processo é pautada na sua aptidão em contribuir. Assim, apenas reflexamente a fase processual é relevante: será descartada a intervenção se, naquele momento, a apresentação de subsídios instrutórios fáticos ou jurídicos já não tiver mais relevância.³⁰

Outro aspecto interessante trazido pelo CPC/15 diz respeito à possibilidade expressa de participação de pessoas naturais como *amicus curiae*. O assunto era controverso, pois durante muito tempo, a doutrina e a jurisprudência entenderam que, em razão do requisito da representatividade adequada, as pessoas naturais não poderiam intervir como *amicus curiae*.³¹ Recentemente, contudo, houve uma alteração nesse entendimento e o legislador codificou a mais recente posição do STF no sentido de também admitir a intervenção feita por pessoas naturais.³²

O *caput* do art.138 estabelece, ainda, que a admissão dos *amici* pode se dar de ofício, quando determinada pelo magistrado, a requerimento das partes ou a requerimento do próprio interessado que pretende atuar como *amicus curiae*. Questão que se coloca diz respeito à obrigatoriedade da participação do *amicus curiae* quando determinada de ofício pelo magistrado. Como o texto legal faz menção ao verbo “solicitar”, parece correto o entendimento de que a intervenção não será, em princípio, obrigatória. Ademais, não se deve confundir a atuação do *amicus curiae* com o dever de colaboração do terceiro previsto nos arts.378 a 380 do CPC/15, pois este “*concerne a intervenções pontuais para fins instrutórios (CPC/2015, arts.378 e 380). Assim, o ordenamento processual não vai ao ponto de impor a alguém o dever de participar de todo um processo como colaborador da corte*”.³³

Por fim, merece destaque a previsão sobre a irrecorribilidade da decisão que admite ou inadmite a intervenção do *amicus curiae*. Primeira consideração a ser feita é de que a irrecorribilidade não afasta a possibilidade de oposição de embargos de declaração, uma vez que estes visam tão somente esclarecer a decisão.

30 op.cit, p.441

31 Sobre o tema, é ilustrativo o entendimento proferido no RE 659424/RS: “*Amicus Curiae*’. Jurisdição constitucional e legitimidade democrática. O Supremo Tribunal Federal como ‘mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional’ (Gilmar Mendes). Possibilidade da intervenção de terceiros, na condição de ‘amicus curiae’, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Necessidade, contudo, de preenchimento, pela entidade interessada, do pré-requisito concernente à representatividade adequada. Doutrina. Condição não ostentada por pessoa física ou natural. Consequente inadmissibilidade de seu ingresso, na qualidade de ‘amicus curiae’, em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Precedentes. Pedido indeferido.”

32 Nesse sentido, vide entendimento esposado no MS nº 32033 do STF.

33 *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2015. p.444.

Apesar da localização do art.138 no Título que trata da intervenção de terceiros, o legislador deixou clara a sua intenção de excluir a decisão de admissão ou inadmissão do amigo da corte do rol de decisões recorríveis por agravo de instrumento. Desse modo, não se aplica a regra geral prevista no art.1.015, IX, do CPC/2015, que dispõe sobre o cabimento do agravo de instrumento contra decisão interlocutória que admite ou inadmite pedido de intervenção de terceiros.

O entendimento adotado pelo legislador, apesar de criticável, tem por fundamento a posição que já vinha sendo adotada pelos Tribunais no sentido de não admitir recursos interpostos pelo *amicus curiae*.

Como o pedido de ingresso não encontra nenhum marco temporal, nada impede que esse pedido seja renovado na instância superior. Do mesmo modo, é possível que o Tribunal reaprecie a questão, nos termos do art.1.009, §1º, do CPC/2015.

Dando seguimento à regulamentação do instituto, o art.138, §1º traz duas regras específicas acerca da intervenção do *amicus curiae*. São elas: i) não haverá alteração de competência em decorrência do ingresso do amigo da corte; ii) o *amicus curiae* não poderá interpor recursos, à exceção dos embargos de declaração e do recurso interposto contra a decisão que julgar o incidente de demandas repetitivas.

A primeira parte do dispositivo, portanto, estabelece que a participação do *amicus curiae* não acarreta alteração de competência. Com a disciplina trazida pelo CPC/15, a questão acerca da natureza da intervenção promovida pelo amigo da corte é melhor esclarecida e fica assentado que este possui uma participação limitada e que não se confunde com as demais formas de intervenção de terceiros, principalmente com a assistência.

Essa interpretação seria suficiente para entender que a intervenção de uma pessoa jurídica de direito público federal na condição de *amicus curiae* não autoriza o deslocamento de competência para a Justiça Federal, nos termos do art.109, I, da CRFB/88.

Ora, considerada a natureza jurídica do *amicus curiae*, parece certo afirmar que a sua admissão não acarreta a alteração de competência. Visando reforçar essa interpretação, o legislador consignou expressamente esse entendimento no art.138, §1º do CPC/2015. Assim, em princípio, a intervenção do amigo da corte não acarreta a modificação da competência.

A segunda parte do art.138, §1º, do CPC/2015 estabelece que a intervenção do *amicus curiae* não autoriza a interposição de recursos, ressalvada a oposição de embargos de declaração e o recurso da decisão que julga o incidente de demandas repetitivas. Como regra geral, portanto, o *amicus curiae* não possui legitimidade recursal. Essa previsão está em

consonância com o art.996 do CPC/2015 – o CPC/73 possuía disposição semelhante em seu art.499 – que, estabelece que o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, cumprindo ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual.

Como o *amicus curiae* caracteriza-se por não possuir interesse jurídico na demanda, esse entendimento já vinha sendo adotado pela jurisprudência. Cassio Scarpinella Bueno critica esse dispositivo, por entender que deveria ser facultado ao *amicus curiae* a possibilidade de recorrer em prol do interesse institucional que autoriza a sua intervenção:

A solução, restritiva, quanto ao descabimento do recurso pelo *amicus curiae*, salvo nos dois casos indicados, afina-se com a jurisprudência que vem predominando, mas, com o devido respeito, não é a melhor. O ideal seria permitir expressamente que o *amicus curiae* recorresse em prol do interesse (sempre e invariavelmente o “interesse institucional”) que justifica a sua intervenção. Até porque, bem entendida a razão de ser da sua intervenção, pode ser que as informações por ele aportadas ao processo não tenham sido devidamente compreendidas pelo magistrado, a justificar a *sucumbência* autorizadora do recurso.³⁴

De fato, permitir a interposição de recursos em toda e qualquer hipótese poderia acarretar tumulto processual, prejudicando, assim, os princípios da celeridade e da razoável duração do processo. Por outro lado, a regra geral que impede a interposição pode acarretar prejuízos para o interessado que atua na condição de *amicus curiae*, pois inúmeras são as hipóteses em que pode sofrer algum tipo de gravame, como por exemplo a “*hipótese em que o juiz atribui ao terceiro ônus e deveres que vão além da sua condição de amicus curiae, ou o condena por litigância de má-fé*”.³⁵ Nesses casos, não restaria alternativa senão a impetração de mandado de segurança, com fundamento no art.5º, LIX da CRFB/88 e art.5º, II da Lei nº 12.016/2009.

Ao permitir a interposição de recurso contra a decisão que julga incidente de demanda repetitiva (art.138, §3º), o legislador pareceu atento a essa dualidade. Como o incidente de resolução de demanda repetitiva assume um caráter objetivo, a participação do *amicus curiae* assume maior relevância, o que justifica a possibilidade de recorrer da decisão.

34 BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. Saraiva, 2015. p.135-136.

35 *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Thomson Reuters ,Revista dos Tribunais, 2015, p.445.

No que diz respeito aos poderes do amigo da corte, o CPC/15 traz disposição digna de aplausos. Quando da admissão do *amicus*, o juiz ou relator poderá definir a extensão dos seus poderes (art.138, §2º).

Desse modo, além da possibilidade de manifestar-se por escrito no prazo de quinze dias, de opor embargos declaratórios e de recorrer da decisão que julga o incidente de demanda repetitiva, o magistrado poderia atribuir outros poderes ao amigo da corte. A definição dos poderes encontraria limite nas disposições do próprio art.138 – não se admitindo, por exemplo, a atribuição de legitimidade recursal – e na natureza da intervenção do *amicus curiae*.³⁶

Além da regra geral do art.138, o CPC/2015 elenca regras específicas sobre o tema. São hipóteses em que a participação dos *amici é de extrema relevância, dada a repercussão do tema*.

O art.927, §2º, do CPC/2015, ao dispor sobre a alteração de entendimento sumulado ou adotado em sede de julgamento repetitivo estabelece, por exemplo, que alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Em sentido semelhante, o art.950, §§2º e 3º, também traz expressamente possibilidade de intervenção do amigo da corte nos incidentes de arguição de inconstitucionalidade.

O mesmo ocorre com o incidente de resolução de demandas repetitivas (art.983), com a análise da repercussão geral (art.1.035, §4º) e no julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos (art.1.038, I).

Por óbvio, não seria necessária a previsão específica, uma vez que a regra geral trazida pelo art.138, CPC/2015 autoriza a participação em qualquer processo. Contudo, atento à relevância dos casos supracitados, que repercutem em um sem número de demandas, o legislador preferiu ratificar a possibilidade de intervenção dos *amici curiae*.

36 Acertado o entendimento de Eduardo Talamini ao comentar o art.138, §2º, CPC/2015: “Há uma gama mínima já estabelecida em lei: possibilidade de manifestação escrita em quinze dias; legitimidade para opor embargos declaratórios; possibilidade de sustentação oral e legitimidade recursal nos julgamentos por amostragem... E há limites máximos: impossibilidade de atribuição de legitimidade recursal generalizada ou de outros poderes em grau equivalente aos das partes. Dentro dessas margens, o juiz, ao admitir ou solicitar a participação do *amicus curiae*, determinará concretamente os poderes que lhe são conferidos.” *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Thomson Reuters ,Revista dos Tribunais, 2015, p.444.

3 O AMICUS CURIAE NO DIREITO ITALIANO:

Ao contrário da recente previsão do instituto pelo Código de Processo Civil de 2015, não há no ordenamento italiano referência expressa à intervenção do *amicus curiae*. Mas isso não significa a sua inexistência à luz do ordenamento jurídico italiano.

É certo que as intervenções de terceiro não previstas em lei encontram uma maior dificuldade de aceitação nos países que adotam o modelo da *civil law*, porém, é possível extrair de alguns dispositivos legais italianos a permissão – ainda que analogicamente – para a atuação do “amigo da corte”.

Antes de analisarmos os artigos que possibilitam a participação do *amicus curiae* no direito italiano, cumpre consignar que um dos principais objetivos do *amicus curiae* é o de mitigar o princípio dispositivo, não limitando o conhecimento do juiz aos fatos e fundamentos reputados relevantes pelas partes. Sobre o tema, Elisabetta Silvestri nos ensina que o fundamento principal para a admissão do instituto é permitir que este terceiro transponha os limites impostos pelo interesse das partes, levando ao juízo outras questões que podem dar subsídios para uma decisão mais justa e efetiva.³⁷

Portanto, no que diz respeito à função do *amicus curiae* observa-se certa convergência entre os sistemas brasileiro e italiano, pois em ambos o objetivo é o de “pluralizar” o debate.

Como já mencionado, o CPC/15 supriu a lacuna existente no nosso ordenamento ao prever expressamente e sistematizar a intervenção promovida pelo *amicus curiae*, ao passo que a possibilidade de intervenção no ordenamento italiano ainda é extraída de dispositivos esparsos. Esta, portanto, pode ser apontada como a principal diferença encontrada nos sistemas ora comparados.

A doutrina italiana utiliza-se, basicamente, de três dispositivos legais para extrair a possibilidade de admissão do *amicus curiae*.

Os dois primeiros são extraídos dos artigos 421, parágrafo 2º e 425 do Código de Processo Civil italiano. Estes dispositivos, que referem-se ao processo do trabalho, permitem que o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, admita a intervenção dos sindicatos para prestar informações relevantes para o caso.

A atuação dos sindicatos guardaria semelhança, portanto, com a atuação do *amicus curiae* e, a despeito do dispositivo de ter prefixado a entidade interveniente, seria possível extrair por interpretação analógica

37 SILVESTRI, Elisabetta. “L’amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LI, n. 3, p.695/696, set. de 1997.

dessa norma uma permissão genérica para possibilitar a intervenção de outras entidades nos processos do trabalho.

Haveria, ainda, uma permissão mais ampla trazida pelo artigo 68 do Código de Processo Civil italiano. Em linhas gerais, esse dispositivo permite que o juiz seja assistido por especialistas ou por pessoa idônea para realizar atos necessários ao julgamento da causa.³⁸

Os dispositivos supracitados são utilizados como fundamento para permitir uma maior abertura do sistema com a participação do *amicus curiae*. Como adiantado, a regulamentação do instituto pelo ordenamento italiano é ainda bastante incipiente e fruto de uma interpretação dos poucos dispositivos existentes.

4 CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, chega-se a diversas conclusões acerca do instituto do *amicus curiae*, a novel regulamentação trazida pelo Código de Processo Civil/15 e a sua previsão no direito italiano.

1. O *amicus curiae* é uma espécie interventiva relativamente nova no ordenamento jurídico brasileiro e que até a entrada em vigor do CPC/15 não possuía sistemática própria. Apesar da dificuldade de conceituação, sempre foi extenuante de dúvidas que o “amigo da corte” ostenta a condição de terceiro. Pode ser conceituado, portanto, como um terceiro que em razão da sua representatividade ou do seu conhecimento específico é chamado ou requer ao juízo a sua participação para oferecer subsídios jurídicos ou probatórios que auxiliem na solução da demanda.
2. O surgimento do instituto remonta à Roma Antiga e à Inglaterra medieval, mas o seu desenvolvimento deu-se, sobretudo no direito norte-americano. No Brasil, as primeiras menções constavam de leis específicas e destinavam-se apenas à intervenção de determinados entes públicos, mas o assunto ganha relevância com a permissão genérica dada pelas leis que disciplinam no STF as ações de controle de constitucionalidade concentrado.
3. Até a previsão do art.138 do CPC/2015, não havia uma sistematização própria do tema e a expressão “amicus curiae” sequer era utilizada pelo legislador, motivo pelo qual a

38 BUENO, op. cit., p. 113-114.

jurisprudência e a doutrina tiveram papel de destaque para delinear os contornos do instituto.

4. Com o art.138 do CPC/2015, inaugura-se um novo momento e são observados grandes avanços, dentre os quais se destacam: i) a inclusão do *amicus curiae* no título que trata da intervenção de terceiros; ii) a sua admissão em qualquer processo e grau de jurisdição; iii) a definição dos requisitos de admissibilidade; iv) a possibilidade de determinação pelo juiz ou relator dos poderes de atuação; v) a ausência de legitimidade recursal, como regra; e vi) a possibilidade de recorrer da decisão que julga o incidente de demandas repetitivas.
5. Assim como ocorria com o direito brasileiro até a entrada em vigor do CPC/15, não há no direito italiano referência expressa à *intervenção do amicus curiae*, tampouco esta nomenclatura é utilizada. Contudo, é possível interpretar alguns dispositivos – em especial os artigos 68, 421 e 425 do Código de Processo Civil italiano – a fim de extrair a possibilidade de intervenção de um terceiro para auxiliar o juízo prestando informações técnicas ou específicas.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. “A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: Requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n.1., Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, p.4, jan./fev./mar. 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. O modelo constitucional do Direito Processual Civil: um paradigma necessário de estudo do Direito Processual Civil e algumas de suas aplicações. *Revista de Processo*, v. 161, p. 261, Jul. 2008.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Direito Administrativo*, n. 234, fls. 112-113.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. JusPODVIM, 2008.

FILHO, Edgard Silveira Bueno. Amicus curiae – a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. *R. CEJ*, Brasília, n. 19, out./dez. 2002.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae*: um instituto democrático. *Revista de Processo* v. 106, pp.280/284. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002,

MEDINA, Damares. *Amicus curiae*: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: Método, 2009.

PEREIRA, Milton Luiz. Amicus curiae – intervenção de terceiros. *Revista CEJ*, Brasília, n. 18, jul/set 2002.

SILVESTRI, Elisabeta. “Lamicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LI, n. 3, p.695/696, set.1997,

TALAMINI, Eduardo in *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, in *Participação e Processo*, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988.

A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*THE ANTICIPATE PRODUCTION OF EVIDENCE IN THE NEW CIVIL
PROCESS CODE*

*Frank Gonçalves Nery
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da natureza jurídica; 2 Do cabimento; 3 Dos meios de prova passíveis de antecipação; 4 Da competência jurisdicional; 5 Da legitimidade; 6 Dos requisitos específicos da inicial; 7 Da citação e seus efeitos; 8 Da resposta; 9 Do litisconsórcio e da intervenção de terceiros; 10 Do saneamento e da fase instrutória; 11 Da sentença; 12 Da recorribilidade; 13 Das despesas e dos honorários advocatícios; 14 Do destino dos autos; 15 Conclusão; Referências.

RESUMO: o artigo aborda a produção antecipada de provas disciplinada pelo novo Código de Processo Civil, analisando a natureza jurídica, o respectivo procedimento e demais aspectos relevantes.

PALAVRAS-CHAVE: Produção Antecipada de Provas. Direito Autônomo. Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT: The article addresses the advance production of evidence disciplined by the new Code of Civil Procedure, analyzing the legal nature, its procedure and other relevant aspects.

KEYWORDS: Anticipated Production of Evidence. Autonomous Law. Civil Process Code of 2015.

INTRODUÇÃO

Inquestionável avanço trazido pelo novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, foi, sem dúvida alguma, a reformulação da ação de produção antecipada de provas.

Na vigência do Código de Processo de 1973, a antecipação probatória operacionalizava-se através de procedimento cautelar específico consistente em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas ou exame pericial.

O novo diploma processual lhe deu nova roupagem e novos objetivos. Agora a produção antecipada de provas reveste-se de natureza cautelar apenas excepcionalmente¹, ampliou-se o rol de meios de provas aptos a serem produzidos antecipadamente e dispensou-se a necessidade da propositura de ação principal para manter a sua eficácia².

Mas a mudança mais importante, certamente inspirada no sistema da *common Law*³, foi destinar a antecipação de provas para permitir a resolução consensual de conflitos, bem como evitar ou justificar o ajuizamento de ações. Trata-se de um mecanismo importantíssimo posto à disposição dos jurisdicionados na medida em que poderão, diante do conhecimento e esclarecimento de fatos, analisar, com maior precisão e segurança, os custos, as vantagens e os riscos de se submeterem à decisão de um juiz.

A respeito dessas inovações, André Bruni Vieira Alves salienta:

O novo CPC rompe com a tradição da antecipação de prova como mero instrumento acautelatório e com o propósito de se resguardar e conservar a plena eficácia da prova a ser aproveitada e valorada em outro processo, criando uma nova ação, autônoma em relação ao processo principal, com o propósito também se prevenir uma ação judicial. [...] Nessa nova definição de direito à prova há uma mudança na concepção no que toca à relevância da prova que deixa de ter vinculação lógica direta com a seleção de fatos que necessitam ser provados em um

- 1 Interessante destacar a posição externada por Daniel Amorim Assumpção Neves, citado por Adriano Caldas e Marco Felix Jobim, para o qual o *periculum in mora* na produção antecipada de prova residiria na inutilidade do resultado útil do processo principal (tutela do direito material) e não na inutilidade da prova a ser produzida. Em outras palavras, a antecipação de sua produção seria sempre instrumental (cautelar) à tutela do direito material no processo principal, ainda que não houvesse risco de perecimento da prova ou quando a produção da prova realizasse o direito à prova em si. In: DIDIER JR, Fredie et. al. (coords). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 550.
- 2 A doutrina já defendia que a produção antecipada de provas não perdia a eficácia caso a ação principal não fosse proposta no prazo assinalado pelo art. 806 do CPC revogado, sob a justificativa de que este dispositivo só se aplicava às cautelares que importavam em restrição de direitos, sendo a produção antecipada de prova medida meramente conservativa de direitos. Agora o entendimento doutrinário é lei. Não há mais discussão.
- 3 Sobre a influência do direito inglês e americano, recomendamos a leitura do artigo da lavra de Francisco de Mesquita e Daniel Colnago Rodrigues. Antecipação da prova sem o requisito da urgência: novas reflexões à luz do novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie et. al. (coords). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 575-579.

determinado processo, passando a ter relação com o esclarecimento e investigação de fatos que possam vir a elucidar situações que permitam melhor e mais acurada visão das partes sobre sua posição jurídica (se de vantagem ou desvantagem) em relação a alguém⁴.

O novo CPC sistematizou, assim, na Seção II, do Capítulo XII, do Livro VI, o direito autônomo à prova ou direito probatório autônomo, que a boa doutrina já defendia há tempos⁵ e deriva, em último grau, da garantia fundamental de acesso à justiça, assegurada pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Sabemos todos que a garantia de acesso à justiça exige, além do acesso formal aos órgãos do Poder Judiciário, a justa, célere e efetiva prestação da tutela jurisdicional. Esta, por sua vez, pressupõe garantir aos jurisdicionados instruir adequadamente a causa e conhecer satisfatoriamente os fatos concernentes ao direito lesado ou ameaçado de lesão. O direito à prova é, portanto, uma garantia constitucional⁶.

Diante da relevância do tema e das boas perspectivas que se abrem, procuraremos, por meio do presente trabalho, analisar, com apoio na doutrina e jurisprudência, os dispositivos legais que regulamentam as hipóteses de cabimento, o procedimento e outros aspectos da ação autônoma de produção antecipada de provas.

1 DA NATUREZA JURÍDICA

A produção antecipada de provas é uma ação cível, iniciada por petição, e não mero procedimento. Possui rito processual simplificado, com prazos exíguos e limitações às manifestações das partes. O juízo de cognição é sumário, cabendo ao juiz apenas atestar o cabimento da medida e a regularidade da prova produzida, sem valorar o seu conteúdo.

Embora parte substancial da boa doutrina⁷ e da jurisprudência⁸ entenda que se trata de atividade meramente administrativa, uma vez que não há

4 Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie et. al. (coords). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 558, 563.

5 Flávio Luiz Yarshell já doutrinava sobre o tema em sua festejada obra: *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

6 Acrescenta Flávio Luiz Yarshell que a garantia constitucional “tem por amplitude suficiente autorizar o interessado, sem propriamente invocar a declaração do direito material em dado caso concreto, a postular atuação estatal dirigida à busca, obtenção e produção de providências de instrução. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. (coords). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.1027

7 Nesse sentido, DIDIER JR.; BRAGA; DE OLIVEIRA. In: *Curso de direito processual civil*. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 138.

8 STJ, REsp 771.008/PA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, 2ª Turma, julgado em 20/09/2007, DJ 02/10/2007, p. 231.

lide a resolver, partes processuais (e sim interessados) e formação de coisa julgada, relevante destacar a posição externada por Flávio Luiz Yarshell:

Trata-se de uma atividade tipicamente jurisdicional, uma vez que há resolução de fato e de direito referentes à admissibilidade e ao modo de realização da prova, não se restringindo à matéria processual, haja vista a limitação probatória em caso de sigilo fiscal e bancário ou requisição de documentos. É jurisdicional também pelo caráter substituto, uma vez que o terceiro imparcial contribui para preservar a validade, eficácia e credibilidade dos elementos colhidos e, por fim, visa permitir a solução consensual dos conflitos, que constitui um dos escopos da jurisdição⁹.

A nosso ver, a produção antecipada de provas será de jurisdição voluntária ou contenciosa de acordo com o caso concreto. Se o autor visar apenas à justificação sem caráter contencioso, ou seja, sem citação de parte contrária, tratar-se-á, sem dúvida, de jurisdição voluntária. Contudo, se o autor requerer a produção de prova pericial, com a citação do réu, para amparar futura ação de indenização, o caráter litigioso far-se-á presente.

Por fim, trata-se de um procedimento de natureza dúplice, uma vez que a prova solicitada pelo requerente poderá favorecer ao requerido ainda que ele tenha apresentado resistência à produção da mesma, podendo inclusive ter o condão de inverter os respectivos polos processuais na futura ação.

2 DO CABIMENTO

O novo CPC prevê, nos incisos e parágrafos do art. 381, cinco hipóteses de produção antecipada de provas, sendo três derivadas do código anterior e agora unificadas sob o mesmo procedimento, e mais duas novas hipóteses vocacionadas ao exercício pleno do direito autônomo à prova.

Nos termos do art. 381, I, do CPC, a produção antecipada de prova será admitida nos casos em que *“haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”*.

Aqui é o caso típico de natureza cautelar pelo fundado risco de perecimento da fonte de prova, sendo o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* os requisitos imprescindíveis à antecipação probatória.

Em relação ao caráter antecedente ou incidental da medida, a doutrina diverge. Para Eduardo Talamini, o dispositivo aplica-se apenas à coleta probatória antecedente ao processo principal. *“Se tal processo já estiver em curso, e houver a necessidade da antecipação de uma prova (i.e., sua produção antes da fase instrutória), aplica-se o art. 139, VI, que confere ao*

9 YARSHELL, op. cit., p. 1028

juiz o poder de alterar a ordem de produção dos meios de prova”¹⁰. Em lado oposto, Graciela Marins defende que “o dispositivo legal refere-se tão somente à possibilidade do pedido cautelar incidental”¹¹. Humberto Theodoro Junior, por sua vez, defende a possibilidade de antecipar a produção probatória antes ou durante a ação principal. Na via incidental, o professor assevera que “no curso da ação judicial, a coleta antecipada de elementos de convicção é fruto de simples deliberação do juiz da causa, que importa apenas inversão de atos processuais e que integra a própria atividade instrutória do processo.”¹²

O ideal seria que o CPC tivesse deixado claro que essa primeira hipótese legal poderia ser feita antes da propositura da ação principal e/ou na pendência desta, conforme permitia expressamente o revogado art. 847 que tratava da antecipação de interrogatório. Ao contrário, ao mencionar “na pendência da ação”, o legislador inclinou pela via incidental, embora os demais dispositivos sejam vocacionados indiscutivelmente ao processo antecedente. Não foi feliz o legislador nesse ponto.

A nosso ver, a medida cautelar de antecipação de provas deve ser veiculada através de processo antecedente, uma vez que não seria coerente aplicar o procedimento simplificado e restritivo de que ora cuidamos à coleta de prova que deverá ser valorada pelo juiz. A restrição de defesa, recursos, ausência de coisa julgada material e outras limitações no âmbito do procedimento antecipado de produção de provas se justificam porque a prova, colhida antecipadamente, será analisada e valorada por outro juiz e em outra ação. Caso se postule no curso da ação principal, por exemplo, a oitiva de testemunha com risco iminente de morte, a prova será colhida e valorada pelo juiz, com todos os recursos e meios disponíveis e sob o crivo do contraditório, tal como se fosse realizada no momento processual ordinário.

Se houver necessidade de produzir provas antes da fase processual própria na pendência da ação principal já ajuizada, poderá o juiz autorizar a antecipação probatória como medida cautelar incidente, *ex vi* do art. 305 do CPC, afastando-se, assim, as disposições específicas que regulamentam a medida antecedente.

Por fim, apesar da natureza cautelar, a decisão que homologa a prova colhida antecipadamente não perde os seus efeitos se não proposta a ação principal no prazo de 30 dias, uma vez que se trata apenas de medida conservativa de direitos.

A segunda modalidade, prevista no art. 381, II, dar-se-á nos casos em que “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito”.

10 TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de provas no código de processo civil de 2015*. Revista de Processo Civil. 2016. p 80.

11 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Novo código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB/PR, 2015. p. 615

12 THEODORO JR, op. cit., p. 916

Essa hipótese não possui, ao contrário da anterior, natureza cautelar, uma vez que não se pretende conservar fonte de prova que se encontra em situação de risco. A prova, nesse caso, será destinada exclusivamente à solução consensual de conflitos.

A medida encontra-se em harmonia com o espírito do novo CPC, o qual estimula, de forma expressa e sempre que possível, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º).

Conforme ressalva Humberto Theodoro Junior:

Não se trata de desacreditar a justiça estatal, mas de combater o excesso de litigiosidade que domina a sociedade contemporânea, que crê na jurisdição como a única via pacificadora de conflitos, elevando a um número tão gigantesco de processos aforados, que supera a capacidade de vazão dos órgãos e estruturas do serviço judiciário disponível¹³.

A produção antecipada de prova, nesse caso, visa a permitir às partes e demais interessados, diante do melhor esclarecimento da situação fática que lhes envolvem, construírem o melhor acordo em vez de aguardarem a solução imposta pelo Estado, que nem sempre é a melhor e raramente agrada a ambas as partes.¹⁴

Embora o dispositivo tenha sido certamente pensado para a antecipação preparatória de uma demanda principal, entendemos possível usá-lo incidentalmente, sobretudo antes da audiência de conciliação (CPC, art. 334), para estimular a resolução consensual da lide. Em determinadas causas, cuja decisão passará necessariamente pela instrução probatória, poderá ser oportuno antecipar a prova para conferir às partes o conhecimento dos elementos fáticos necessários para analisar as vantagens e desvantagens da autocomposição. Tal hipótese excepcional dependerá da prudência do juiz em inferir que o fato controvertido e decisivo poderá ser facilmente esclarecido através da instrução probatória. Porém, considerando que a prova será valorada, a sua coleta antecipada observará o contraditório amplo e não inibirá a complementação se não houver acordo na audiência.

Será também admitida a medida nos casos em que “*o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação*”, conforme art. 381, III, do CPC.

13 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 56. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 76.

14 Ada Pellegrini Grinover analisa, com a propriedade que lhe é peculiar, as funções da justiça conciliatória no artigo O Minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidade e incompatibilidades. *Sistemi Processual a Confronto: il Novo Codice de Procedura Civile del Brasile tra tradizione e rinnovamento*. Escola da Advocacia-Geral da União. *Publicações da Escola da AGU*, v. 8. n.1, Brasília-DF, jan./mar. 2016. p.16-36.

Aqui talvez seja o maior avanço que o novo CPC nos legou em matéria de direito probatório autônomo. Também, como no caso anterior, não há que se falar em urgência ou cautelaridade, pois não se pretende prevenir, conservar, defender ou assegurar a eficácia de prova suscetível de ser usada em outro processo. O objetivo é obter desde logo um acervo probatório que permita às partes avaliar suas chances de êxito em futura demanda.

O instrumento, se bem utilizado, será de grande valia para os advogados, pois lhes permitirá, ao conhecer melhor os fatos controvertidos, orientar o cliente da melhor forma possível antes de ingressar com uma demorada e custosa ação judicial. Também lhes permitirá, se decidirem pela propositura, fazê-lo de forma adequada e bem fundamentada, o que contribuirá decisivamente para o êxito da demanda e a prestação de tutela jurisdicional célere e justa.

O § 1º do art. 381 regulamenta a quarta hipótese. É possível, através da antecipação de provas, promover arrolamento de bens “*quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão*”.

O arrolamento de bens no código anterior possuía natureza eminentemente cautelar, uma vez que se aplicava, nos termos do antigo art. 855, quando se verificava fundado receio de extravio ou de dissipação de bens.

No novo diploma, permite-se o arrolamento de bens através da ação autônoma sem o requisito da urgência e sem a necessidade de um processo principal desde que se tenha por escopo apenas a realização de documentação de bens (móveis, semoventes, livros, obras de arte etc.¹⁵) e não a prática de atos de apreensão.

Todavia, se houver a necessidade de atos de apreensão ou restrição de posse e uso dos bens, caberá ao interessado requerer a tutela de urgência de natureza cautelar (CPC, art. 301) e formular, até 30 dias após a sua efetivação, o pedido principal nos mesmos autos (CPC, art. 308), sob pena de os bens serem liberados.

Importante ressaltar que o arrolamento exigirá, em muitas situações, a prévia apuração, identificação e individualização de bens dentro de determinada universalidade, o que extrapola a simples documentação.

O CPC admite, por fim, em seu art. 381, § 5º, a ação de antecipação de provas quando se “*pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção*”.

No regime anterior, a justificação estava prevista como medida cautelar nominada (CPC/73, art. 861 e ss), embora a doutrina e jurisprudência já lhe vinha afastando natureza cautelar ante a costumeira inexistência de urgência.

15 Misael Montenegro Filho ressalta a relevância prática da medida nos processos de separação litigiosa, no qual um dos casais pretenda, antes de ingressar com a ação principal, identificar e arrolar os bens que serão objeto de futura disputa e divisão. In: *Novo código de processo civil comentado*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 413.

Do ponto de vista da técnica jurídico-processual, acertou o legislador ao transformar a justificação em ação autônoma de antecipação de provas.

A justificação trata, essencialmente, da coleta e do registro de prova testemunhal, a qual observará, no que couber, as disposições contidas no art. 442 e ss do CPC¹⁶.

Embora a medida seja direcionada exatamente para produzir efeitos jurídicos perante terceiros, não há formação de polo passivo. Adverte Flávio Luiz Yarshell que *“tampouco se deve entrever na justificação um caráter neutro, como se ela fosse incapaz de afetar a esfera jurídica de outrem, por se tratar de medida administrativa de caráter contencioso”*¹⁷, razão pela qual há quem defenda a citação por edital dos eventuais interessados.

É bem provável que o procedimento se torne obsoleto, uma vez que a ausência de citação dos interessados fragiliza a prova para ser usada em outro processo, além da possibilidade de substituir a justificação pela ata notarial quando for necessário atestar a existência e o modo de existir de algum fato (CPC, art. 384).

Além das hipóteses legalmente previstas, afigura-se possível antecipar a produção probatória para outros fins igualmente legítimos. Conforme exemplo citado por Eduardo Talamini, o requerente pode pretender produzir antecipadamente a prova para pré-constituí-la a fim de usá-la em processo que, por razões procedimentais, só se admita prova escrita (como é o caso do mandado de segurança ou da fase inicial da ação monitória) ou ainda usar a prova como fundamento para a obtenção de tutela da evidência (CPC, art. 311, II e IV)¹⁸.

3 DOS MEIOS DE PROVA PASSÍVEIS DE ANTECIPAÇÃO

Ao contrário do art. 846 do código anterior que permitia apenas antecipar interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial, o artigo 381 não faz nenhuma ressalva ou limitação quanto aos meios de provas que poderão ser antecipados. Assim, podem-se antecipar interrogatório da parte, inquirição de testemunhas, exame pericial, vistoria, depoimento pessoal, inspeção judicial e todos os demais meios legais, inclusive os moralmente legítimos, ainda que não especificados no CPC (art. 369).

Oportuno registrar que não se pode extrair da prova antecipada confissão de qualquer natureza, pois cabe apenas ao juízo da ação principal

16 Além de outros requisitos e limites, a testemunha não será obrigada a depor sobre fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo, nos termos do art. 448, II, do CPC, o que deverá ser objeto do juízo de admissibilidade da ação.

17 YARSHELL, op. cit., p. 1030

18 TALAMINI, op. cit., p. 82

valorá-la já na condição de prova emprestada. Na inspeção judicial, como sabemos, se for utilizada por outro juiz, receberá o valor que este entender adequado, considerando sobretudo o contraditório.

Relevante também destacar a controvérsia doutrinária quanto à possibilidade de antecipar a prova documental. Para Didier Jr, Braga e Oliveira, não é possível antecipar a exibição documental por existir procedimento específico¹⁹. Por sua vez, Eduardo Talamini, posição à qual aderimos, entende ser possível em caráter antecedente, uma vez que o procedimento previsto no novo art. 396 e ss regula a exibição de documentos no curso da ação, ao contrário do diploma anterior que previa expressamente a exibição antes e no curso da ação²⁰.

4 DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

Antes de ingressar com a ação, deve-se primeiramente identificar o juízo competente de acordo com o direito material relacionado aos fatos que se pretende provar.

Caso o objetivo da antecipação probatória seja transigir sobre verbas trabalhistas ou evitar o ajuizamento de reclamatória, caberá à Justiça do Trabalho processá-la. Se a finalidade for conhecer fatos que permitam ingressar com ação indenizatória contra particular por acidente automobilístico, caberá ao juízo cível estadual colher e homologar a prova. E assim por diante.

A competência material é afastada, porém, pela competência *ratione personae* da Justiça Federal, prevista no art. 109, I, da Constituição Federal. Assim, se a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na produção da prova, será competente o juízo federal, exceto se a prova se referir à falência, acidentes de trabalho e às causas sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Ressalte-se que o § 4º do art. 381 do CPC permite excepcionalmente ao juízo estadual promover a produção antecipada de prova requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal.

Definida a competência material, passa-se à análise da competência territorial. Nos termos do art. 381, § 2º, do CPC, será competente o foro de onde deverá ser produzida a prova ou do domicílio do réu.

Embora a redação do dispositivo acima contenha conjunção alternativa, o local de produção da prova deve prevalecer sobre o endereço do réu tendo em vista a finalidade instrumental da ação probatória e

19 DIDIER JR., op. cit., p. 138

20 TALAMINI, op. cit., p. 87

o princípio da eficiência. Por essa razão, entendemos que o réu poderá suscitar, na contestação, a incompetência relativa (CPC, art. 337, II), sob pena de prorrogação de competência (CPC, art. 65), caso a ação não seja proposta no foro onde a prova deverá ser colhida.

Aplicam-se à produção antecipada de prova os dispositivos concernentes à competência concorrente territorial fixados pelo art. 46 e parágrafos do CPC. E não se descarta a possibilidade de modificação da competência pelas partes em razão do território, conforme dispõe o art. 63 do CPC.

O art. 381, § 4º, define que a “*produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta*”, o que se mostra totalmente compatível com a natureza autônoma da ação probatória e a ausência de valoração da prova colhida.

Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já vinha afastando, na vigência do código anterior, a prevenção para o ajuizamento da ação principal, apesar de o antigo art. 800 dispor em sentido contrário²¹, o que certamente contribuiu para a inovação legislativa. Porém, esse mesmo Tribunal, excepcionalmente, decidia pela prevenção do juízo da ação preparatória para exame da ação principal quando aquela ainda estivesse em curso, com laudo pericial inconclusivo²², ou quando o magistrado intervinha no feito com a nomeação de expert de sua confiança²³. Provavelmente as exceções prevalecerão não obstante a literalidade do novo art. 381, § 4º.

Saliente-se, por fim, a possibilidade de prevenção entre duas ações probatórias autônomas por conexão (CPC, art. 55, §1º, c/c art. 58), continência (CPC, art. 57 c/c 58) ou litispendência (CPC, art. 240, 485, V).

Questão interessante é se o promovente solicitar na ação principal a complementação da prova já colhida em processo antecedente ainda em curso. Nesse caso, para evitar decisões conflitantes na produção de provas (basta imaginar a hipótese de um juiz autorizar a colheita e o outro indeferi-la), entendemos prudente a reunião das ações por prevenção.

5 DA LEGITIMIDADE

É legitimada para formular o pedido de antecipação de provas perante o juízo competente qualquer pessoa que possua interesse jurídico no resultado da prova, e não meramente interesse econômico ou moral.

21 REsp 51.618/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, julgado em 20/09/1994, DJ 21/11/1994, p. 31774.

22 REsp 712.999/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, julgado em 12/04/2005, DJ 13/06/2005, p. 305.

23 REsp 487.630/SP, Rel. Ministro Franciulli Netto, 2ª Turma, julgado em 21/08/2003, DJ 28/06/2004, p. 245.

No polo passivo deve ser incluído aquele que poderá ser demandado ou demandante ou com quem se poderá firmar um acordo em futura ação.

É despiendo ao promovente saber a identidade de quem poderá ser demandado ou a natureza ou tipo da ação que poderá ser proposta, pois ele pode pretender exatamente esclarecer os fatos e relação jurídica da qual faz parte.

Ademais, considerando que autor e réu são igualmente interessados no resultado da ação, de tal maneira que a prova requerida por um pode inclusive beneficiar ao outro, a posição que ocupam na ação antecedente não possui qualquer relevância quanto à posição que poderão ocupar na ação posterior.

6 DOS REQUISITOS ESPECÍFICOS DA INICIAL

Segundo o art. 382, *caput*, do CPC, “na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair”.

A clareza do dispositivo dispensa maiores comentários. Cabe ao autor demonstrar, com exatidão, o objeto da prova, que são os fatos que serão confirmados ou aclarados por interrogatório, perícia, inspeção judicial etc, e a necessidade de antecipá-la, decorrente do risco de perecimento da fonte da prova ou da ausência de informações suficientes para ingressar com determinada ação judicial, entre outros.

Além dos requisitos acima, o promovente deverá expor sumariamente o direito material a que visa tutelar, sob pena de ser indeferida liminarmente por inépcia (CPC, art. 330, I e III) ou por provocação da parte contrária (CPC, art. 337, IV e XI).

De fato, a produção antecipada de provas é autônoma em relação ao processo principal, uma vez que os efeitos não dependem da propositura de uma ação posterior, tampouco exige a declaração de direito no caso concreto, mas não é autônoma em relação à existência de direito material, pois não se pode admitir processo com fim em si mesmo ou produção probatória sem repercussão jurídica substancial.

Ademais, é por meio da indicação da lesão ou ameaça de lesão a direito material que será possível aferir o interesse de agir por parte do promovente, sobretudo quanto à utilidade da prova. Afinal, não se deve movimentar a máquina judiciária para provar, por exemplo, fatos relacionados a direito material desprotegido pela prescrição ou decadência²⁴ ou decorrentes de dívidas de jogo.

²⁴ Importante lembrar que o indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição, nos termos do art. 310 do CPC. O mesmo entendimento deve ser aplicado as ações probatórias autônomas que servem para instrumentalizar a ação principal.

Salienta Flávio Luiz Yarshell que *não há razão para fazer prova acerca de fatos que, nem mesmo em tese, podem conduzir a um resultado favorável ao demandante. E, não havendo razão para provar, naturalmente não haverá razão para antecipar uma prova que se revele, desde logo, inútil*²⁵.

Não é necessário demonstrar cabalmente a lesão ou ameaça de lesão, nem qualificar o direito material em situação de risco, pois cabe ao juiz, à luz do princípio *iuria novi curia*, enquadrar os fatos à norma jurídica que entender compatível. Basta ao requerente indicar os fatos que demonstram que o direito material foi lesado ou está ameaçado de lesão para autorizar, em juízo sumário de admissibilidade, o recebimento da inicial e processamento da ação.

Em relação à obrigação de demonstrar com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair, deve a regra ser interpretada com a devida ponderação, pois, conforme ressalva Flávio Luiz Yarshell, *“há de ser admitir relativa generalidade do pedido sempre que o autor não puder determinar a extensão dos fatos que ele justamente pretende investigar”*.²⁶

Em síntese, tendo em vista que a prova colhida não será valorada e que a medida pode visar exatamente a esclarecer fatos, deve-se fazer apenas juízo sumário de admissibilidade para evitar abuso de direito autônomo à prova e o uso desnecessário da máquina judiciária, cabendo ao juiz, se tiver dúvidas, dar prosseguimento à ação²⁷.

7 DA CITAÇÃO E SEUS EFEITOS

Nos termos do art. 382, § 1º, *“o juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso”*.

Inexistindo litigiosidade, quando se pretender, por exemplo, provar apenas a idoneidade da situação financeira ou nas hipóteses de justificação para mera documentação, não se faz necessário citar qualquer interessado.

Se houver caráter contencioso, ainda que meramente potencial, o réu deve ser citado. A novidade é que o CPC permite ao juiz citar, de ofício, o réu e outros interessados na produção da prova.

²⁵ YARSHELL, op. cit., p. 1034.

²⁶ Ibid., p. 1031/1032.

²⁷ Ressalte-se, por oportuno, que o art. 305, que trata da tutela cautelar em caráter antecedente exige na petição inicial que sejam indicados a lide, o seu fundamento, o perigo de dano ou o risco de resultado útil do processo e, também, a *“exposição sumária do direito que se objetiva assegurar”*. O art. 382 deveria ter seguido a mesma linha, pois, tal como o processo cautelar antecedente, a produção antecipada de prova não pode ser desenvolver sem o direito material que lhe confere, ainda que no campo da probabilidade, suporte.

A citação, além de conferir validade à colheita da prova, permitirá o uso da mesma em outro processo, simultâneo ou posterior²⁸.

Como sabemos, a prova antecipada, quando utilizada em processo distinto, será recepcionada como prova emprestada. De acordo com o art. 372 do CPC, essa prova receberá o valor que o juiz considerar adequado e observado o contraditório. Ou seja, para que a prova antecipada seja utilizada satisfatoriamente em outro processo, há de ter sido produzida perante autoridade jurisdicional competente e sob o crivo do contraditório aplicável à espécie.

Não se pode descartar, entretanto, o uso da prova colhida sem a participação da parte contrária, pois a ação probatória pode ter sido proposta inclusive para identificá-la. Exemplo: o autor requer acesso às filmagens dos postos de autoatendimento e depoimentos de funcionários do banco para confirmar a identidade de quem sacou o dinheiro da sua conta bancária. Nesse caso, caberá ao juiz conferir às provas colhidas o valor adequado, embora realizadas sem o benfazejo contraditório.

De qualquer forma, a regra é garantir, a quem poderá ser demandado em futuro processo, o direito de participar na produção antecipada de prova a fim de que a mesma seja posteriormente e se necessário utilizada de forma plena e eficaz.

É possível antecipar liminarmente a produção de provas, nos termos do art. 300, § 2º, do CPC, quando se verificar o risco iminente do perecimento da fonte probatória ou a citação do requerido puder prejudicar a coleta da prova. Colhida a prova, prossegue-se à citação do requerido, facultando-lhe inclusive pedir a complementação da prova já realizada.

A citação válida na ação de antecipação de provas poderá interromper a prescrição (CPC, art. 240, caput e § 1º) quando se verificar o início do exercício da pretensão do direito material.

Em decisão paradigmática sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal (STF) editara a súmula 154, segundo a qual a “*simples vistoria não interrompe a prescrição*”. Porém, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao qual cabe interpretar a legislação ordinária desde a promulgação da atual Constituição, já vinha decidido, na vigência do código anterior, que a ação probatória pode gerar o efeito interruptivo quando proposta com a finalidade inequívoca de preparar a ação principal.²⁹

28 Também não se vê obstáculo ao uso da prova colhida antecipadamente em processo administrativo e arbitral para, por exemplo, instrumentalizar a resolução consensual do conflito.

29 REsp 202.564/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, julgado em 02/08/2001, DJ 01/10/2001, p. 220.

Assim como José Miguel Garcia Medina³⁰, entendemos que a posição do STJ deve continuar à luz do diploma processual em vigor. A dificuldade será apenas identificar o caráter preparatório ou não da ação probatória, pois nem sempre os objetivos delineados na petição estarão devidamente claros³¹.

A nosso ver, a citação na ação (inequivocamente) preparatória pode constituir o requerido em mora em se tratando de ilícito contratual³², uma vez que configura inegavelmente uma forma de interpelação (CC, art. 397, *parágrafo único*).

Por último, não se pode afastar a possibilidade, ante a natureza dúplice do procedimento, do próprio promovente ser constituído em mora ou interromper a prescrição em seu desfavor caso a prova colhida favoreça ao requerido. Por exemplo: o requerente pede antecipadamente a realização de perícia para subsidiar ação de indenização por ilícito contratual, mas a prova, embora não seja valorada, é totalmente favorável ao requerido. O autor na ação preparatória torna-se réu na ação principal. Os efeitos da citação no processo antecedente, nesse caso, são invertidos em seu prejuízo.

8 DA RESPOSTA

Segundo o § 4º do art. 382, “*não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário*”.

O dispositivo deve ser lido e compreendido à luz da Constituição Federal, bem como interpretado considerando o sistema ao qual faz parte.

Primeiramente, o art. 5º, LV, da Carta Magna assegura aos litigantes em processo judicial o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, de modo que qualquer restrição ao direito de defesa será inconstitucional se não for compatível com o direito material ao qual deve tutelar. Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier pontua que “*não se pode negar ao réu, sob pena de inconstitucionalidade, o direito de se defender. O que se permite é limitar o âmbito da defesa, proibindo que se pretenda instaurar controvérsia sobre os fatos em si*”³³.

30 MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 646

31 Se o promovente pretender esclarecer fatos para analisar as chances de êxito em futura e eventual ação, a antecipação não será preparatória. Porém, se o autor já pedir o arrolamento de bens para subsidiar futura ação de separação judicial, a intenção preparatória restará evidente. Mas nem todas as situações seriam simples com as duas hipóteses aventadas.

32 A mora decorrente de ilícito extracontratual inicia-se desde o evento danoso, conforme súmula 54 do STJ e art. 398 do Código Civil.

33 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim...[et al.]. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 662

Em segundo lugar, o art. 382, § 1º, determina a citação do requerido ou interessado, inclusive de ofício pelo juiz se houver caráter contencioso. Ora, o legislador escolheu o termo citação e não notificação ou intimação. Citar é convocar alguém para integrar a relação processual, conforme dispõe o art. 238 do CPC. Na ação de que ora se cuida, citar é convidar alguém para participar da coleta de provas, facultando-lhe apresentar objeções à realização da mesma ou ampliá-la dentro dos limites permitidos.

Não comungamos assim do entendimento de que a citação visa apenas a convocar o citado para acompanhar a coleta da prova, conforme advogam Humberto Theodoro Junior³⁴, bem como Marinoni, Arenhat e Mitidiero, segundo os quais “*os interessados não são citados para se defenderem, mas sim para participar da colheita da prova requerida pelo demandante e, eventualmente, para pedirem a produção de outras provas que se relacionem ao mesmo fato*”³⁵.

A citação permite, sim, a nosso ver, ao requerido apresentar defesa em juízo e não simplesmente acompanhar a produção probatória. O direito de defesa não implica, porém, discutir a ocorrência ou a inoocorrência do fato, bem como as respectivas consequências jurídicas, decorrentes das limitações impostas ao magistrado por força do § 2º do art. 382. Ora, se o juiz não pode valorar a prova, descabida qualquer defesa que pretenda, ainda de forma indireta, valorá-la.

Em síntese, tendo em vista a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório e os demais dispositivos que regulam o procedimento, o requerido poderá se defender da forma mais ampla possível, desde que a defesa seja compatível com os limites e os fins da produção antecipada de prova.

Portanto, o requerido ou interessado, citado a pedido ou de ofício, pode contestar o pedido de antecipação de prova.

Concordamos com Didier Jr, Braga e Oliveira de que o prazo para contestação será de cinco dias (art. 218, §3º, do CPC) caso o juiz não fixe prazo diferente considerando a complexidade do ato a ser praticado (art. 218, §1º, CPC)³⁶.

O réu poderá alegar na contestação incompetência absoluta e relativa, inépcia da petição inicial, litispendência, incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização, ausência de legitimidade ou de interesse processual, indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça e outras matérias de ordem pública.

Acrescenta Tereza Arruda Alvim Wambier que será ainda possível contraditar testemunhas ou apontar o desrespeito a direitos fundamentais,

34 THEODORO JR., op. cit., p. 921.

35 MARINONI; ARENHAT; MITIDEIRO, op. cit., p. 311.

36 DIDIR JR.; BRAGA; DE OLIVEIRA, op. cit., p. 146.

como a realização de perícia que viole o sigilo fiscal e comercial da empresa, expondo informações particulares desta e de seus sócios.³⁷

Entendemos também possível ao requerido alegar inclusive fato extintivo ao direito do autor, como pagamento e prescrição, pois não se deve tolerar a antecipação de prova sabidamente inútil.

Com efeito, se o juiz pode negar liminarmente o pedido na ação principal quando verificar, desde logo a prescrição ou decadência (CPC, art. 332, § 1º), pode também negar a antecipação da prova concernente a direito sem ação.

Além de se defenderem, “*os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora*”, conforme autoriza o art. 382, § 3º, do CPC.

Primeiramente, o texto não restringiu a faculdade aos interessados citados, de modo que outros interessados poderão ingressar no feito para formular provas desde que relacionadas aos mesmos fatos e não prejudique a razoável duração do processo.

Além da ampliação dos meios de prova prevista pelo CPC, entendemos possível e recomendável permitir aos interessados ampliar também os fatos deduzidos pelo autor, a fim de evitar, sobretudo, o ajuizamento de outra demanda.

Nesse sentido, Flavio Luiz Yarshell assevera:

Embora seja certo que o autor tenha o ônus de delimitar fatos, é preciso considerar que ele pode ainda não ter pleno conhecimento de todo o quadro fático; do contrário, seria de se duvidar que ele tivesse interesse para a medida - notadamente na hipótese do inc. III do art. 381. Portanto, se a medida é destinada a esclarecer fatos, é preciso não interpretar a restrição legal de forma incompatível com o escopo do instituto, quando considerando em sua unidade. Isso quer dizer que algum alargamento dos fatos pelo requerido, desde que isso grave em torno dos fatos postos pelo autor, afigura-se medida não só possível, mas desejável, sem que se contrarie a literalidade do texto³⁸.

Em relação ao risco de morosidade processual como limite à ampliação da prova, Flávio Luiz Yarshell também salienta que “*se a providência requerida for idônea ao esclarecimento pretendido, é irrelevante*

³⁷ WAMBIER, op. cit., p. 662.

³⁸ YARSHELL, op. cit., p. 1039.

*o tempo necessário para tanto. Então a verdadeira questão não está no tempo, mas na adequação do meio de prova ao fato relevante*³⁹.

Por fim, entendemos que a desistência da ação de produção antecipada de provas, por sua natureza dúplice, somente será possível ser homologada sem a aquiescência da parte contrária se for formalizada antes de efetivada a citação, pois o citado poderá, se possuir interesse na coleta da prova, prosseguir na ação, com pedido de complementação de provas e a citação inclusive de outros interessados. Dessa forma, revela precipitado homologar a desistência durante o prazo de resposta, ainda que a literalidade do art. 485, § 4º, do CPC, assim o permita.

9 DO LITISCONSÓRCIO E DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

O litisconsórcio facultativo no polo ativo e passivo poderá ser admitido na ação probatória desde que represente aproveitamento de atos processuais, preservação de decisão harmônica e, sobretudo, não comprometa a célere e adequada colheita da prova.

Não vislumbramos possibilidade de litisconsórcio necessário. A doutrina cita a hipótese do direito à prova decorrente do dever legal de investigação, não podendo o requerente, normalmente órgão público, ante os princípios da impessoalidade e igualdade, direcionar a prova apenas contra um dos investigados. Entendemos, porém, que se o órgão público reputar necessária a antecipação de prova apenas contra um por entender que já possui provas suficientes contra o outro, não pode o Judiciário impedir o processamento da ação contra aquele, sob pena inclusive de invadir a autonomia funcional e admoestar o direito de ação ao órgão encarregado da investigação.

Os litisconsortes necessários na demanda principal podem, no entanto, intervir voluntariamente na condição de interessados na ação probatória. Do mesmo modo, é possível que o terceiro juridicamente interessado ingresse no feito, inclusive para demonstrar que não possui qualquer relação de direito material com as partes ou para usar a prova em outro processo (prova emprestada).

Não cabe chamamento ao processo e denunciação da lide, pois não há julgamento da pretensão principal, constituição de título executivo, tampouco decisão sobre direito de regresso na ação autônoma de antecipação de prova. Se o autor e o réu pretendem formular denunciação ou chamamento em processo posterior no qual a prova será usada, cabe-lhes, desde logo, no respectivo momento processual oportuno, pedir a citação do futuro chamado ou denunciado na ação probatória.

39 YARSHELL, op. cit., p. 1039

É possível a assistência na produção antecipada. O terceiro que tem interesse e legitimidade para assistir uma das partes no futuro processo principal, pode igualmente fazê-lo no processo antecedente.

Aqui vale novamente citar Flavio Luiz Yarshell:

A lei não qualificou os “interessados” como assistentes simples, que, como sabemos, não podem ampliar o objeto do processo. mas esses terceiros podem ser considerados como assistentes litisconsorciais (ar. 124); e nessa medida, litisconsortes facultativos ulteriores. Isso é coerente com a prerrogativa que a lei lhes deu de requerer prova no mesmo processo e, portanto, de alterar (ainda que com limites) o objeto do processo. Tal se ajusta também à ideia de que, na assistência litisconsorcial, o assistente poderá ter sido parte principal (autor ou réu). Ademais embora no processo probatório não haja sentença a influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido, a prova (resultado do processo) terá essa - ou análoga - aptidão”⁴⁰

Afigura-se possível o ingresso do *amicus curiae*, de ofício, a requerimento ou espontaneamente, para apresentar por exemplo subsídios técnico-científicos de modo a permitir a solução consensual de conflitos relevantes ou evitar ajuizamentos de ações de alta repercussão social e econômica.

A produção antecipada de prova também pode ser usada para colher dados necessários para embasar, em processo principal, desconsideração de personalidade societária (CPC, art. 133 e ss.), sendo necessário, nesse caso, citar os sócios que seriam atingidos pela medida para permitir o uso da prova emprestada.

10 DO SANEAMENTO E DA FASE INSTRUTÓRIA

Se o réu alegar na contestação fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (como, por exemplo, a extinção da dívida por pagamento) ou qualquer das matérias enumeradas no art. 337 do CPC compatíveis com o objeto da ação (como incompetência absoluta do juízo ou a ilegitimidade da parte), caberá ao juiz decidir desde logo, sem reabrir a discussão ao autor (CPC, art. 350 e 351), a questão prejudicial ante a simplicidade inerente ao procedimento.

Estabilizando a lide, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo, delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos, marcar audiência de instrução e julgamento, fixar prazo para apresentação

40 YARSHELL, op. cit., p. 1037.

de rol de testemunhas se não tiver sido apresentadas, nomear perito, fixar quesitos e honorários periciais, designar dia e hora para realização de inspeção judicial e todos os demais procedimentos que se fizerem necessários à produção probatória requerida.

Ainda que o rito da ação deva ser simplificado, não se justifica a fixação dos parâmetros para a realização da prova já no despacho inicial, uma vez que a medida, além da possibilidade real de obstada (através, por exemplo, da alegação de litispendência, prescrição ou da existência de sigilo profissional sobre os fatos que se pretende provar), pode ser ampliada pelo requerido após a contestação.

Entendemos que poderá o juiz, de ofício, com base no art. 370 do CPC, com extrema prudência e ponderação, corrigir os meios de prova inadequados ou ampliá-los desde que relacionados aos mesmos fatos, reabrindo-se às partes prazo para impugnar a decisão instrutória.

Embora o dispositivo supracitado destine-se à instrução da causa para julgamento de mérito, não pode o juiz permitir o desenvolvimento inútil de um processo instrumental ao futuro julgamento de mérito, além do poder-dever de buscar sempre a verdade de forma a promover a pacificação social.

Por derradeiro, embora seja vedada a valoração da prova, é possível requerer esclarecimento do perito e do assistente técnico (CPC, art. 435) para apuração mais precisa, atendendo à finalidade da produção antecipada.

11 DA SENTENÇA

A sentença na ação autônoma de produção antecipada de provas tem a natureza meramente homologatória, chancelando o cabimento do pedido e a regularidade da colheita da prova, sem valorar o conteúdo do que foi produzido.

Por essa razão, o juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas (CPC, art. 382, §2º) e a sentença homologatória não perderá a sua eficácia caso não seja proposta a ação principal.

A prova colhida pode ser utilizada inclusive antes de homologada por sentença, cabendo ao juiz da ação principal valorá-la e conferir o valor que reputar adequado enquanto prova emprestada, e desde que não verificada a prescrição ou decadência do direito material.

Não há formação de coisa julgada material, de modo que eventual pedido de repetição da prova deve ser indeferido por falta de interesse de agir, exceto se for demonstrada a necessidade de complementar a prova anterior.

Por fim, a prova colhida, registrada e homologada não se torna prova documental. Segundo Humberto Theodoro Junior, “*os depoimentos*

*continuam sendo prova oral e o exame continuará sendo prova pericial. O valor, portanto, de um e de outro, é valor de prova oral e de prova pericial. Nunca, de documental*⁴¹.

12 DA RECORRIBILIDADE

Segundo o art. 382, § 4º, do CPC, “*não se admitirá [...] recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário*”.

O recurso cabível contra o indeferimento total da prova requerida é o de apelação. Segundo Cassio Scarpinella Bueno, quando houver indeferimento parcial, deve-se admitir o agravo de instrumento ante a inconstitucionalidade formal do dispositivo, uma vez que as últimas redações das duas casas legislativas permitiam o recurso para ambas as hipóteses⁴².

Se houver cumulação de pedidos, e apenas um for indeferido, caberá também agravo de instrumento.

Por derradeiro, não se pode afastar o manejo do mandado de segurança contra a decisão judicial que violar o direito líquido e certo de qualquer das partes.

13 DAS DESPESAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Afigura-se tecnicamente impróprio falar em vencido na ação de antecipação de provas, uma vez que a decisão judicial apenas homologa a prova colhida antecipadamente, sem, no entanto, constituir título condenatório, declaratório ou constitutivo em favor de qualquer das partes. Portanto, deve-se, em regra, dividir as despesas processuais igualmente entre as partes, cabendo a cada uma suportar a verba honorária do respectivo advogado contratado.

Anote-se que, em relação especificamente às despesas no procedimento de jurisdição voluntária, o CPC, em seu art. 88, prevê que as despesas serão adiantadas pelo requerente e rateadas entre os interessados.

Porém, se o requerido contestar o direito à prova (ainda que se admita que se trate de jurisdição voluntária), caberá ao juiz, ao rejeitar o pedido e homologar a coleta realizada, condená-lo a ressarcir as despesas processuais e pagar os honorários da parte contrária, observando-se, sobretudo, a natureza da causa e o tempo exigido à defesa técnica desempenhada, conforme incisos III e IV do art. 85 do CPC. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça

41 THEODORO JR, op. cit., p. 919.

42 BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 279.

(STJ) já decidiu que “*apresentada objeção à cautelar de antecipação de provas, são devidos honorários advocatícios, caso o réu seja vencido*”⁴³.

Caso o requerido solicite apenas a ampliação da prova ou participe da coleta através, por exemplo, da indicação de assistente técnico e apresentação de quesitos, dever-se-á observar a regra de divisão das despesas processuais e honorários advocatícios acima esplanada.

Se o processo for extinto após a citação e antes da colheita da prova, caberá ao autor suportar os ônus sucumbenciais.

Os honorários periciais deverão ser adiantados pela parte que houver requerido a realização da perícia e, ao final, ressarcidos, até a metade, pela outra parte. Caso esta tenha apresentado, sem sucesso, objeção à realização da prova, deverá ressarcir-los integralmente ao requerente. Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) assentou que, em ação de antecipação de provas, “*os honorários periciais devem ser adiantados pela parte que houver requerido a realização da perícia, e ressarcidos, ao final da demanda, pelo vencido*”⁴⁴.

14 DO DESTINO DOS AUTOS

Segundo o caput do art. 383, “*os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês para extração de cópias e certidões pelos interessados*”. De acordo com o parágrafo único, “*findo o prazo, os autos serão entregues ao promovente da medida*”.

Não há dúvidas de que as partes processuais são os verdadeiros e interessados na extração de cópias e certidões, mas é possível que terceiros manifestem interesse igualmente legítimo em conhecer a prova produzida para utilizá-la em outro processo (prova emprestada), viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito e/ou ainda propor ou evitar ajuizamento de ação.

A nosso ver, a entrega dos autos ao promovente deveria ser realizada apenas na hipótese de antecipação de provas sem caráter contencioso e, portanto, sem a convocação dos interessados para participar da instrução probatória. Havendo litigiosidade e considerando que a prova solicitada pelo promovente pode ser inclusive favorável ao requerido, a melhor solução seria manter os autos arquivados em secretaria judicial.

Por fim, o CPC já nasceu desatualizado nessa parte, pois a entrega dos autos ao requerente somente se justifica nos processos físicos, de

43 AgRg no AREsp 502.513/RJ, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, 4ª Turma, julgado em 14/04/2015, DJe 23/04/2015.

44 AgInt no REsp 1590794/MG, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016.

tal sorte que a virtualização do processo judicial tornará letra morta o dispositivo acima.

15 CONCLUSÃO

É indubitável que a reformulação da produção antecipada de provas representou um verdadeiro avanço em nosso sistema processual.

Esperamos que a consolidação do direito autônomo à prova tenha sepultado o entendimento, sobretudo jurisprudencial, de que seria o juiz o principal, senão único, destinatário da prova, o que serviu para legitimar incontáveis decisões judiciais absolutamente arbitrárias.

Não se pode negar que o legislador deveria ter sido mais cuidadoso ao tratar da defesa e dos recursos cabíveis e mais elucidativo se tivesse disciplinado os meios de prova passíveis de antecipação, os poderes de instrução do juiz e a forma de divisão das despesas e verba honorária, entre outros, o que exigirá da jurisprudência a difícil e demorada tarefa de completar a obra legislativa.

De qualquer forma, apesar dos pesares, é inequívoco o mérito do reconhecimento e sistematização do direito autônomo à produção antecipada de provas, que oxalá será muito bem utilizado para sobretudo viabilizar a resolução consensual de conflitos, evitar o ajuizamento de ações temerárias ou permitir o ajuizamento de demandas com maior segurança e fundamentação adequada à prestação jurisdicional justa, célere e efetiva.

REFERÊNCIAS

ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie et. al. (coords). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2016

CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Felix Jobim. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie et. al. (coords). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2016

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. (coords). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidade e incompatibilidades. *Sistemi Processual a Confronto: il Novo Codice de Procedura Civile del Brasile tra tradizione e rinnovamento*. Escola da Advocacia-Geral da União. *Publicações da Escola da AGU*, v. 8. n.1, Brasília-DF, jan./mar. 2016. p.16-36.

JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARINS, Graciela. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Novo código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB/PR, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MESQUITA, Francisco; RODRIGUES, Daniel Colnago. Antecipação da prova sem o requisito da urgência: novas reflexões à luz do novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie et. al. (coords). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2016

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHAT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TALAMINI, Eduardo. Produção Antecipada de Provas no Código de Processo Civil de 2015. *Revista do processo*, v. 260, ano 41. p. 75-101, São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 01. 15. ed. revista e atualizada. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim...[et al.]. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DA NECESSÁRIA EXCLUSIVIDADE DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PÚBLICA POR ADVOGADOS PÚBLICOS

**OF THE NECESSARY EXCLUSIVITY OF THE EXERCISE OF STATE
ADVOCACY PUBLIC ATTORNEYS**

Janaina Noletto Soares Castelo Branco

*Mestre e Doutoranda em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará.
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília. Professora Adjunta de
Direito Processual Civil da Universidade Federal do Ceará. Procuradora Federal.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O modelo italiano de Advocacia Pública: *Avvocatura dello Stato*; 2 A inconstitucionalidade da não exclusividade das funções de Advocacia Pública pelos advogados públicos de carreira; 3 Análise das situações que supostamente autorizariam a contratação de advogados privados para prestar serviços ao ente estatal; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo, após breve abordagem acerca do modelo de Advocacia Pública italiano (*Avvocatura dello Stato*), passa à análise da importância da exclusividade do exercício da Advocacia Pública por advogados públicos e da estruturação da Advocacia Pública brasileira, em todos os níveis (federal, estadual e municipal) em organizações compostas por membros efetivos selecionados mediante concurso de provas e títulos.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Pública. Exclusividade.

ABSTRACT: This research paper, afterward a concise approach on the Italian State Advocacy model (*Avvocatura dello Stato*), proceeds on the analysis of the importance of the practice of Public Advocacy exclusively by public attorneys and the structuring of Brazilian State Advocacy at all levels (federal, State and municipal) with organizations composed of lifelong public officers selected through a competitive examination of grades and titles.

KEYWORD: State's Attorney. Exclusivity.

INTRODUÇÃO

Recentemente, estivemos vários membros da Advocacia-Geral da União em curso promovido pela Escola da Advocacia-Geral da União e pela Universidade de Roma – *Tor Vergata*, para estudos acerca do processo civil italiano e suas semelhanças com o brasileiro (colocar rodapé como nome do curso). Em visita à sede da Advocacia de Estado italiana (*Avvocatura dello Stato*), pudemos observar o alto grau de especialização e a excelente estrutura de que gozam seus membros.

Segundo dados apresentados pelo Advogado-Geral Oscar Fiumara em painel intitulado “A AGU e a representação jurídica internacional de Estado: o modelo da Itália”, no Seminário Brasileiro sobre a Advocacia Pública Federal, em 2007, a Advocacia-Geral do Estado italiano tem sua sede geral em Roma e 25 sedes distritais. A instituição conta com cerca de 370 advogados e 1000 empregados administrativos. A cada ano são tratadas, aproximadamente, 200 mil novas causas, com um percentual médio de vitória entre 65 e 70%.¹ Sem dúvida, e isso se justifica pelo tamanho da máquina estatal brasileira, a Advocacia-Geral da União possui números bem mais expressivos.

No presente artigo, após breve análise de aspectos da *Avvocatura dello Stato*, na Itália, dentre os quais a exclusividade da representação judicial por advogados públicos, focar-se na análise dos malefícios da não adoção integral de tal regra no nosso sistema.

1 O MODELO ITALIANO DE ADVOCACIA PÚBLICA: AVVOCATURA DELLO STATO

O modelo de Advocacia Pública na Itália muito se assemelha ao brasileiro em amplitude de atuação. Seus membros atuam amplamente em todas as frentes de atuação do Estado, tanto na função postulatória da Advocacia Pública (representação), como na função preventiva² (consultoria jurídica). Prestam assessoramento na esfera legislativa e atuam na conciliação dos conflitos que envolvem o ente estatal:

[...], nel nostro ordinamento, l'Avvocatura dello Stato è deputata per legge, in via generale, al compito de provvedere alla tutela legale

1 Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/76770>. Acesso em: 29 jan. 2017. “Advogado-geral da Itália apresenta as semelhanças entre a AGU e a advocacia pública italiana”

2 Para Claudio Madureira, há uma terceira função típica da Administração Pública, extraível do exercício das duas primeiras, que seria o controle interno da juridicidade do agir administrativo: “Os advogados públicos, quando exercem a consultoria jurídica e o contencioso judicial, realizam, então, uma terceira atividade típica, que consiste no controle da aplicação do direito pela Administração Pública. (MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 109).

dei diritti e degli interessi dello Stato, di rispondere alla richiesta de consultazione di tutte le Amministrazioni statali e 'di consigliarle e dirigerle quando si tratti di promuovere, contestare o abbandonare guidizi; esamina progetti di legge, di regolamenti, di capitoli redatti dalle Amministrazioni, qualora ne sia richiesta; predispone transazioni d'accordo con le Amministrazioni interessate o esprime parere sugli atti di transazione redatti dalle Amministrazioni: prepara contratti o suggerisce provvedimenti intorno a reclami o questioni mossi amministrativamente che possano dar materia di litigio' (art. 13, r.d. 30.10.1933, n. 1611)".³

Na forma de investidura de seus membros, também há algumas semelhanças. O acesso também se faz por concurso público. Quanto à estrutura da carreira, naquele sistema há dois cargos: Procurador do Estado e Advogado do Estado. Estão aptos a concorrer ao primeiro os cidadãos com menos de 40 anos com bacharelado em Direito. Ao segundo, somente podem concorrer determinados profissionais, dentre os quais procuradores com ao menos dois anos de antiguidade. Portanto, não há acesso ao cargo de Advogado do Estado pelos Procuradores do Estado sem novo concurso público. A mera antiguidade no cargo de Procurador não dá caminho automático ao cargo de Advogado.

I Procuratori e gli Avvocati dello Stato sono nominati attraverso concorso. Al primo concorso possono partecipare i cittadini italiani con meno di quarenta anni di età, che abbiano conseguito il diploma di laurea in giurisprudenza. Possono partecipare al concorso da Avvocato dello Stato: i Procuratori con almeno due anni di anzianità; i Magistrati ordinari e militari che abbiano conseguito la nomina a Magistrato di tribunale; i Magistrati amministrativi; gli avvocati del libero foro con sei anni di anzianità; i dipendenti pubblici con cinque anni di servizio nella carriera direttiva e i professori universitari di materie giuridiche.⁴

O mandato dos advogados públicos na Itália, assim como no Brasil, é *ex lege*⁵. Também, como no sistema pátrio, há uma atuação una da instituição, não havendo que se falar em procurador/advogado natural. Há fungibilidade em juízo dos advogados e procuradores⁶. Noutras palavras, o advogado

3 BRUNI, Alessandra; PALATIELLO, Giovanni. *La difesa dello Stato nel processo*. Turim: UTET Giuridica, 2016.

4 *Ibidem*, p. 39.

5 "L'Avvocatura dello Stato è dunque dotata ex lege del mandato necessario ed irrevocabile di rappresentanza e difesa in giudizio delle Amministrazioni statali e di quelle assimilate". (*idem*, p. 51).

6 "Altra peculiarità che contraddistingue la difesa erariale è la unitarietà e, quindi, la fungibilità in giudizio degli Avvocati e Procuratori dello Stato: l'art. 1, 1° co., r.d. n. 1611/1933 statuisce, in termini di generalità, che la rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato spetta all'Avvocatura dello Stato, non già ai singoli

que peticiona em determinado processo não precisa necessariamente ser o que atuará nas demais fases processuais, não havendo uma vinculação do mesmo a determinado juízo.

Todavia, no que diz respeito ao julgamento do ente público, há uma distinção significativa do modelo italiano para o brasileiro no que diz respeito à esfera contenciosa, tendo em vista que a Itália adota o modelo de justiça administrativa, sendo o Estado geralmente demandado perante uma organização distinta do Poder Judiciário. Em outras palavras, trata-se de uma justiça própria para julgar os atos da Administração. Veda-se aos órgãos de justiça comum o exame das questões relativas aos atos da Administração Pública. Os órgãos da justiça administrativa podem analisar tanto a legitimidade como o mérito do ato administrativo. Na jurisdição de mérito, o tribunal administrativo é investido de poder administrativo, podendo mesmo substituir ou reformar o ato administrativo, obviamente com observância de todo o arcabouço normativo que cerca a Administração Pública⁷. Nesse modelo, o Conselho de Estado é um órgão supremo de consultoria e de jurisdição administrativa do Estado. No Brasil, o ente estatal não só pode ser processado perante o Poder Judiciário, como é o seu maior cliente.

A atuação dos advogados do Estado italianos ocorre em todas as jurisdições nacionais. Portanto, nas excepcionais situações em que o Estado está presente na jurisdição comum, são os advogados de Estado que lá atuam. Ou seja, em todas as esferas (consultivo, justiça administrativa e justiça comum) atua o advogado público italiano.

É de ressaltar-se que a Advocacia de Estado italiana possui a exclusividade da representação e defesa em juízo da Administração Pública⁸. No Brasil, principalmente na esfera municipal, ainda é comum a contratação de advogados privados, o que compromete seriamente a defesa do interesse público. E mesmo a nível federal e estadual, não é incomum a nomeação de advogados de fora da carreira para o exercício de cargos comissionados.

2 A INCONSTITUCIONALIDADE DA NÃO EXCLUSIVIDADE DAS FUNÇÕES DE ADVOCACIA PÚBLICA PELOS ADVOGADOS PÚBLICOS DE CARREIRA

Avvocati o Procuratori dello Stato.” (“L’Avvocatura dello Stato è dunque dotata ex lege del mandato necessario ed irrevocabile di rappresentanza e difesa in giudizio delle Amministrazioni statali e di quelle assimilate”. (ibidem, p. 51).

7 Cf. SOARES, José de Ribamar Barreiros. *A justiça administrativa no direito comparado*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/721/r152-04.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

8 “[...] all’Avvocatura dello Stato è affidata, in via ‘organica’ e ‘esclusiva’, la rappresentanza e difesa in giudizio delle Amministrazioni statali, anche se organizzate ad ordinamento autonomo (art. 1, r.d. 30.10.1933, n. 1611) [...]” (Op. cit., p. 45).

A Constituição de 1988 previu, em seus arts. 132 e 133, que a Advocacia Pública – função essencial à justiça – seria exercida por órgãos especificamente criados para este fim. Previu ainda a regra do concurso público para ingresso na carreira em âmbito federal (art. 131, §2º) e estadual/distrital (art. 132, caput¹⁰). Nada referiu o constituinte acerca dos procuradores municipais, donde se interpretar que foi autorizada constitucionalmente a contratação de advogados privados pelos municípios, o que não procede.

Ora, a regra, na Administração Pública, de acordo com o art. 37, inciso II, CF, é a do concurso público¹¹. A exceção é a contratação de profissionais sem concurso, admissível apenas em situações bem específicas. Os advogados públicos são, portanto, componentes de carreiras públicas.

Atualmente pende de análise no Supremo Tribunal Federal proposta de súmula vinculante feita pela União dos Advogados Públicos Federais do Brasil – UNAFE – com a seguinte redação: “*O exercício das funções da Advocacia Pública, na União, nos Estados e nos Municípios, nestes onde houver, constitui atividade exclusiva dos advogados públicos efetivos a teor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988*”.

A exclusividade de atuação de advogados públicos na representação do Estado é medida que se impõe em atendimento ao texto constitucional. A consolidação da Advocacia Pública como Advocacia de Estado impescinde do reconhecimento de tal exclusividade de atuação, de modo a evitar que o governo, por meio de cargos comissionados ou contratação ordinária de advogados privados, acabe por pautar o controle da juridicidade da Administração, ou seja, o controle dele próprio e de suas políticas. A instituição Advocacia Pública, totalmente apartidária e comprometida exclusivamente com a preservação da juridicidade dos atos estatais, não pode estar à mercê de chefias escolhidas pelos governantes da situação. Governos e governantes passam, mas a Advocacia Pública é permanente.

Portanto, é salutar a aprovação da PSV 18, que vinculará a Administração Pública, impedindo a contratação de profissionais de fora da Advocacia Pública para exercícios das funções que lhe são próprias.

9 Art. 131 [...]

§ 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

10 Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

11 Art. 37 [...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Atualmente encontra-se pronta para deliberação em Plenário no Senado Federal o Projeto de Emenda Constitucional nº 17/2012¹², que visa alterar a redação do art. 132 da Constituição Federal para estender aos Municípios a obrigatoriedade de organizar carreira de procurador (para fins de representação judicial e assessoria jurídica), com ingresso por concurso público com a participação da OAB em todas as suas fases, garantida a estabilidade dos procuradores após 3 anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho. A aprovação da reforma constitucional unificaria o tratamento dado à Advocacia Pública em todas as esferas, constituindo importante avanço institucional.

Contudo, já na atualidade é exigível dos municipais que criem cargos efetivos para provimento via concurso de provas e títulos. Ademais, como ressalta Rony Torres:

A concepção constitucional prevista no inciso II do art. 37 da Constituição Federal exige o provimento desses cargos mediante aprovação prévia em concurso, seja pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios”, pelo que se reputa “impreterível a existência de quadros de carreira, para cumprir tais atribuições.¹³

Talvez a não aprovação do projeto de emenda até a presente deva-se à resistência de municípios com menor capacidade econômica, que alegam a inviabilidade da criação de cargo efetivo de procurador. O argumento, todavia, não se sustenta, pois o projeto não prevê o valor da remuneração do procurador, que obviamente variaria de acordo com a capacidade financeira do ente municipal. Ademais, tais municípios contratam advogados, já havendo, portanto, a despesa com o assessoramento jurídico e a representação judicial. Não se trata pois de despesa nova. Muito provavelmente a resistência em verdade fundamenta-se na perda de controle da Advocacia Pública pela chefia do Executivo, na medida em que o prefeito não teria mais em si centralizada a escolha daquele(s) que orientaria(m) juridicamente a atuação do município.

A consolidação da Advocacia Pública como Advocacia de Estado, e não de governo, passa pela consolidação da carreira em todas as esferas, inclusive na municipal, de modo a que haja uma regulamentação nacional mínima das prerrogativas dos advogados públicos.

Para melhor diferenciar Advocacia de Estado de advocacia de governo, faz-se mister a análise de aspecto prático da atuação do advogado público.

12 Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105021>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

13 TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*, p. 145.

É inequívoco que governos não têm interesse de quitar dívidas de gestões anteriores durante sua gestão, pois tal quitação obviamente suga verba orçamentária, o que inegavelmente impactará na realização das políticas públicas. Nessa toada, não raro o aparato da Advocacia Pública é utilizado para empurrar para futuras gestões o cumprimento de obrigações.

Nem mesmo a defesa de um interesse econômico (de lucro mesmo) da pessoa jurídica de direito público justificaria tal prática, já que, mais cedo ou mais tarde, chegará o momento de cumprir com as obrigações, e o retardamento disso não teria trazido benefícios financeiros ao Estado ou à sociedade, já que são aplicáveis juros e correção monetária¹⁴. Somente o interesse momentâneo de maior disponibilidade orçamentária imediata do grupo político detentor de cargos eletivos justificaria logicamente a inteligência de judicializar potenciais derrotas judiciais.

É aqui que reside a importância da consolidação das procuradorias em todas as esferas como Advocacias de Estado, como carreiras públicas consolidadas e apartadas dos interesses políticos momentâneos, de governos. Somente a consolidação da instituição Advocacia de Estado é capaz de proteger a sociedade e o Estado dos interesses governamentais imediatos.

Incumbe ponderar que a constatação de que a Advocacia de Estado não se confunde com advocacia de governo não pode levar à conclusão de que ao advogado público não cabe a defesa (em juízo e fora dele) dos atos de governo. As políticas públicas adotadas pelo governo eleito pelo povo representam, ao mesmo em teoria, a vontade do povo, o modo como o povo optou por utilizar o escasso orçamento estatal. A defesa de tais políticas é a defesa da vontade popular, pois há uma presunção de legitimidade, na medida em que escolhidas por quem eleito pelo voto popular. A discordância do advogado público com a opção dos representantes do povo é de nenhuma importância, se não houver claro desvio ético e disparidade com a ordem jurídica. Também a opinião pessoal do advogado público, contrária à opinião da instituição a que pertence, não pode guiar sua conduta, sendo necessário que siga as instruções das instâncias que lhe são superiores dentro da Administração Pública. Agir pela prevalência de sua vontade é arbitrário e ofensivo à igualdade e à impessoalidade.

14 "Ademais, o prolongamento do litígio nas causas manifestamente favoráveis ao administrado apenas eternizaria o estado de insegurança jurídica. Nestes casos, nem mesmo o interesse meramente econômico do Estado seria tutelado com a insistência do litígio pois o prolongamento da demanda aumentaria o valor do montante devido, em se tratando de decisões condenatórias contra a Fazenda Pública (FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o novo CPC. In: *Fazenda Pública*, p. 399).

3 ANÁLISE DAS SITUAÇÕES QUE SUPOSTAMENTE AUTORIZARIAM A CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS PRIVADOS PARA PRESTAR SERVIÇOS AO ENTE ESTATAL

Já antes se concluiu que, por interpretação sistemática da Constituição, também deveriam os municípios criar o cargo de procurador municipal, a ser provido por concurso público de provas e títulos. Mesmo sem que tenha sido aprovada a PEC 17/2012, antes referida, o quadro constitucional atual já apontaria para a exigência de criação de tais cargos pelos entes municipais. Ademais, a desejável consolidação da institucionalização da Advocacia Pública (regime de ingresso na carreira, prerrogativas etc.) impescinde da correção dos desvios que vêm sendo praticados pelos municípios.

A contratação de advogados privados para o exercício da Advocacia Pública em qualquer das esferas é situação lamentosa, que, todavia, sem a necessária criação dos cargos efetivos de procurador municipal mostra-se inafastável. Portanto, somente como medida transitória até a criação legal desses cargos é de admitir-se tal contratação, que, todavia, não dispensa a necessidade de licitação do serviço.

A exigência de licitação é extraída da previsão do art. 25, II¹⁵, da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações). O dispositivo dispõe ser inexigível a licitação para contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13¹⁶, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização. Por sua vez o art. 13, V, da mesma lei elenca o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas como serviço profissional especializado. O §1º do art. 25¹⁷ prescreve ainda o conceito no campo de especialidade da empresa ou profissional decorrente de desempenho anterior, equipe técnica e outros requisitos como indispensáveis para a caracterização da notória especialização. Portanto, *a contrario sensu*, não estando a hipótese

15 Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

16 Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

[...]

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

17 Art. 25 [...]

§ 1o Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato

de contratação do advogado ou escritório prevista na exceção, é de se considerar obrigatório o procedimento licitatório.

O Supremo Tribunal Federal vem entendendo que, diante da especificidade do serviço e da especialização do escritório contratado, não haveria ilegalidade na contratação direta, ou seja, sem procedimento licitatório:

IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGÊNCIA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA. A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. Incontroversa a especialidade do escritório de advocacia, deve ser considerado singular o serviço de retomada de concessão de saneamento básico do Município de Joinville, diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta. Denúncia rejeitada por falta de justa causa”. (STF, Inq 3074-SC, Primeira Turma, Relator Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 26/08/14, DJe 193, de 02/10/2014)¹⁸.

Noutro caso semelhante, foi o mesmo o entendimento da Suprema Corte, extraindo-se da ementa do acórdão o seguinte trecho relevante:

[...] 2. As imputações feitas aos dois primeiros denunciados na denúncia, foram de, na condição de prefeita municipal e de procurador geral do município, haverem declarado e homologado indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para contratação de serviços de consultoria em favor da Prefeitura Municipal de Arapiraca/AL. 3. O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuíam notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ilegalidade inexistente. Fato atípico. 4. Não restou, igualmente, demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida, por parte dos réus, a superar a necessidade de realização da licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento

18 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283074.NUME.+OU+3074.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ztz59tb>>.

licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação (...) (Inq 3077-AL, Pleno, Min. Relator Dias Toffoli, julgado em 29/03/2012, DJe 188, de 24/09/2012)¹⁹.

O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo da mesma forma, ou seja, pela total excepcionalidade da contratação direta, conforme se extrai de trechos da ementa de acórdão recente:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO RECORRIDO. PUBLICAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO NOVO CPC. REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SOBRESTAMENTO. DESNECESSIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇO DE ADVOCACIA PELO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO NO CASO CONCRETO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 3º, 13 E 25 DA LEI DE 8.666/93 E 11 DA LEI DE 8.429/92. EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS. APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL EM PATAMAR MÍNIMO.

[...]

8. Nos termos do art. 13, V c/c art. 25, II, § 1º, da Lei 8.666/1993 é possível a contratação de serviços relativos ao patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas sem procedimento licitatório. Contudo, para tanto, deve haver a notória especialização do prestador de serviço e a singularidade deste. A inexigibilidade é medida de exceção que deve ser interpretada restritivamente.

9. A singularidade envolve casos incomuns e anômalos que demandam mais que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem sua resolução por qualquer profissional, ainda que especializado [...] (STJ, REsp 1505356/MG, Segunda Turma, j. em 10/11/2016, DJe 30/11/2016).

Assim, e como vem sendo aqui defendido, o comando constitucional do art. 37, II, torna exigível a criação de cargos de procurador municipal em todos os municípios, o que afastaria por completo a necessidade de contratação de advogados privados para o exercício da advocacia pública. Todavia, em virtude da não aprovação até o presente momento da PEC 17/2012 somada à exigência legal de procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios por entes públicos, a jurisprudência

¹⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283077.NUME.+OU+3077.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jb5outfu>>.

vem admitindo a legalidade na contratação dos referidos advogados por ato licitatório (ou mesmo seleção simplificada, no caso de contratações temporárias).

Portanto, as considerações aqui feitas sobre a possibilidade excepcional de contratação de advogados públicos levam em consideração o entendimento jurisprudencial e a realidade posta de algumas procuradorias municipais, com evidentes deficiências estruturais e de pessoal. As situações excepcionais de contratação de advogados privados não se aplicam, por exemplo, à Advocacia-Geral da União, já devidamente estruturada.

É mister frisar que, havendo corpo de advogados públicos de carreira, não seria admissível a contratação de serviços privados de advocacia pelo ente público, nem mesmo diante da especificidade da causa e alta especialização dos profissionais privados. A seleção por concurso público tem por objetivo a admissão na carreira dos melhores profissionais com interesse na atividade, o que afastaria qualquer justificativa de contratação de advogados/escritórios privados. Se a Advocacia Pública é, por previsão constitucional, atividade própria de advogados públicos concursados, e sendo o concurso o mecanismo meritocrático de seleção do funcionalismo público, presume-se a qualidade do serviço prestado pelo concursado. Não sendo de qualidade, deve o mesmo ser demitido por ineficiência.

Outra situação excepcional que também não justifica a contratação de advogado privado é a necessidade de atuação em defesa do ente estatal em localidade onde não há procuradoria instalada. Por exemplo, a atuação do município perante o Tribunal de Justiça, situado na capital. Em tese, incumbiria ao município arcar com as despesas de locomoção de seu procurador, que provavelmente não seriam maiores que os honorários de eventual profissional que viesse a ser contratado na capital para a prática do ato. Ademais, por analogia à regra do art. 75, §4º, do CPC/15²⁰, poder-se-ia admitir o convênio entre procuradorias municipais para prática de atos processuais por procuradores de outro município. Outra, todavia, é a situação na qual o município precisa atuar por meio de representante perante os órgãos superiores, para realização de atos como a sustentação oral. Nessa situação, deveria o município analisar a viabilidade orçamentária do envio de seu procurador para fazê-lo.

Cláudio Madureira ressalta ainda um grande inconveniente na contratação de advogados privados pelo ente estatal. A Advocacia Pública exerce controle interno sobre a Administração. Interno porque deveria a

20 Art. 75...

§ 4º Os Estados e o Distrito Federal poderão ajustar compromisso recíproco para prática de ato processual por seus procuradores em favor de outro ente federado, mediante convênio firmado pelas respectivas procuradorias.

Advocacia Pública, por previsão constitucional, ser instituição composta de membros efetivos selecionados por concurso público de provas e títulos. A contratação de advogados privados (de fora dos quadros estatais) altera o controle para externo, havendo, portanto, uma desnaturação do mister constitucional idealizado pelo constituinte:

Todavia, a Constituição da República (arts. 131 e 132), quando disciplinou o exercício dessas atividades típicas no âmbito das unidades federadas, as conferiu, de forma taxativa, aos órgãos de advocacia pública. Além disso, o texto constitucional concebe extenso aparato de controle da atividade administrativa, composto por órgãos externos e internos (art. 70), que induz a realização, no âmbito da Administração Pública, do controle da juridicidade das posturas administrativistas. O exercício das atividades de consultoria e contencioso judicial apresenta-se, nesse contexto, como o instrumento por meio do qual esse controle interno de juridicidade é realizado.

[...] Posto isso, o seu desempenho por advogados contratados ou por escritórios de advocacia, sobretudo se for realizado de forma reiterada, de modo a que esses profissionais assumam por completo a consultoria jurídica e o contencioso judicial dos entes públicos, além de contrariar a opção político-normativa assentada nos arts. 131 e 132 da Constituição, converterá essa atividade de controle, que se supõe controle interno, em controle realizado com auxílio externo, em evidente subversão do regime jurídico concebido pelo constituinte.²¹

Situação peculiar é a das ações em que há interesse de toda a classe de procuradores. A esse respeito, assevera Cláudio Madureira, defendendo a exigibilidade da atuação de advogados estranhos à carreira, que “a contratação teria por fundamento hipotética suspeição do corpo de procuradores, preordenada pelo interesse pessoal da integralidade de seus membros no deslinde da contenda”.²² Nesta específica situação, e para atender o interesse público, é mister cautela para que a imagem da instituição não seja maculada pela suspeita de atuação contra os interesses do ente representado. Todavia, a solução adequada não seria a contratação de procuradores externos, em clara violação ao comando constitucional de organização da Advocacia Pública em carreira. Quando uma ação judicial interessa a toda a Magistratura, a solução encontrada pelo constituinte é a previsão de foro no Supremo Tribunal Federal, como forma de evitar a suspeita de atuação em causa própria das instâncias inferiores (art. 102, I, “n”, CF). Da mesma forma, nas ações que versem sobre interesse de toda a

21 MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. p. 271. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

22 Idem., p. 275.

Advocacia Pública, seja no âmbito pessoal (questões remuneratórias, por exemplo), seja no âmbito institucional (deveres, prerrogativas...), deve a cúpula da instituição tomar para si o acompanhamento da demanda. Tal medida representa um compromisso da instituição com a intransigível atuação em defesa dos interesses do ente público, dever de toda a Advocacia Pública, e que não pode sofrer suspeitas decorrentes da atuação de seus membros em causa que envolva interesses pessoais da carreira.

A atuação perante organismos internacionais para a defesa dos interesses do Poder Público não se mostra por si só como razão para contratação de escritórios ou advogados estrangeiros, salvo em se tratando de país que restrinja a atuação do advogado brasileiro. Neste caso, a atuação do profissional estrangeiro deve ser acompanhada de perto e estrategicamente pensada com os membros da Advocacia Pública.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Advocacia Pública é instituição prevista constitucionalmente para o assessoramento e a representação judicial dos entes públicos. Como organização estatal na qual se ingressa por concurso público de provas e títulos, é um dos agentes de controle interno do Estado.

O Supremo Tribunal Federal entende pela possibilidade de contratação direta (sem licitação) de serviços advocatícios no caso previsto no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, ou seja, quando estiver demonstrada a especialidade do escritório.

A contratação de advogados privados para o exercício da Advocacia Pública é prática inconstitucional, na medida em que é dever dos entes federados a criação de cargos efetivos de advogado público, conforme se infere de uma interpretação sistemática dos arts. 131, 132 e 37, inciso II, da Constituição Federal. A não aprovação até o presente momento da PEC 17/2012, que visa inserir no texto constitucional a previsão expressa de necessidade de criação de cargos públicos de procurador municipal, não é empecilho a que já se exija tal conduta dos municípios, não sendo a questão orçamentária desses entes um entrave, pois já têm na atualidade gastos com a contratação de advogados privados.

Nem mesmo em causas em que haja interesse da categoria de advogados públicos aptos a atuar no feito é admissível a contratação de advogados particulares, sendo suficiente para afastar qualquer suspeita de advocacia contra os interesses do Estado a atuação no caso pela cúpula da instituição, como ocorre, por exemplo, nas ações que visam declarar ilegais movimentos paredistas de membros da Advocacia Pública.

REFERÊNCIAS

BRUNI, Alessandra; PALATIELLO, Giovanni. *La difesa dello Stato nel processo*. Turim: UTET Giuridica, 2016.

FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o novo CPC. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio (coords.). *Fazenda Pública*. 2. ed. ver., ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2016.

MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. *A justiça administrativa no direito comparado*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/721/r152-04.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.) *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo horizonte: Fórum, 2009.

O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO CIVIL

**THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE REASONABLE DURATION OF
THE CIVIL PROCESS**

Juliana de Maria Pereira

Especialista em Gestão Pública pela FVG

Especialista em Direito Previdenciário pela PUCMinas

Procuradora Federal lotada na PSF Varginha/MG, Seção de Matéria Previdenciária

Sumário: Introdução. 1 Do princípio da duração razoável do processo. 2 Do tempo médio de duração de um processo na justiça brasileira. 3 Do caso italiano. 4 Das possíveis causas da demora na solução dos conflitos judiciais. 5 O CPC de 1973 – Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 6 O novo CPC – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. 7 Do legislador. 8 Da atuação das partes. 9 Da atuação dos membros da Advocacia-Geral da União. 10 Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo visa à análise das legislações cujo objetivo é garantir o direito ao princípio da duração razoável do processo e, por consequência, da dignidade humana, por meio de uma evolução comparativa entre os Códigos de Processo Civil – CPC de 1973 e 2015, assim como pelo estudo do caso italiano.

PALAVRAS-CHAVE: Processo. Constituição. Duração. Razoável. Célere. Dignidade.

ABSTRACT: The purpose of this article is to study the laws that support a solution of the process in a short time to attend the constitutional principle of the reasonable duration of the process and, consequently, the dignity, by comparing the 1973 and 2015 Civil Process' Codes and the Italian case.

KEYWORDS: Process. Civil. Constitutional. Duration. Reasonable. Time. Dignity..

INTRODUÇÃO

Um dos desafios do legislador e dos atores do processo judicial consiste em garantir o direito fundamental à duração razoável do processo, princípio assegurado na Constituição Federal e um dos pilares da dignidade humana.

Pois, para que a tutela jurisdicional seja efetiva, ela tem que ser prestada no menor tempo, para impedir que ocorra a lesão ao bem da vida em disputa, ainda mais, na era da instantaneidade em que vivemos.

Nesse sentido, leciona Pedro Lenza:

[...] Atualmente, muito se fala na busca da *efetividade do processo* em prol de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça.

Em outro estudo observamos que, ‘em algumas situações contudo, a demora, causada pela duração do processo e sistemática dos procedimentos, pode gerar total inutilidade ou ineficácia do provimento requerido. Conforme constatou Bedaque, ‘o tempo constitui um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional, em especial no processo de conhecimento, pois para o desenvolvimento da atividade cognitiva do julgador é necessária a prática de vários atos, de natureza ordinatória e instrutória. Isso impede a imediata concessão do provimento requerido, o que pode gerar risco de inutilidade ou ineficácia, visto que muitas vezes, a satisfação necessita ser imediata, sob pena de perecimento do direito reclamado.[...]’” (grifos no original)

Por sua vez, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco nos ensinam “os critérios que devem ser levados em conta para a determinação da duração razoável do processo: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes; c) a atuação do órgão jurisdicional².”

Outro desafio para atender esse primado consiste em reduzir as demandas judiciais, cada vez mais crescentes, como mostram os estudos realizados pela Conselho Nacional de Justiça – CNJ³.

E, a atual dificuldade de relacionamento e, por consequência, a necessidade de resolução das questões pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, pondera Zygmunt Bauman que “[...] A globalização parecer ter mais

1 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17. ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2013.

2 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMRICO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

3 Justiça em Números 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

sucesso em aumentar o vigor da inimizade e da luta intercomunal do que promover a coexistência pacífica das comunidades. [...]”⁴

Portanto, nesse mundo fugaz evita-se o comprometimento e a responsabilidade, os transferindo para outra pessoa, no caso das demandas ajuizadas, para o Poder Judiciário, que, sobrecarregado, não consegue atuar de forma célere.

Outra questão, consiste na ausência de estrutura tanto do Poder Judiciário, como dos órgãos públicos, os quais, não é demais lembrar, são os maiores litigantes do país, liderados pelo Instituto Nacional do Seguro Social⁵.

Há que se mencionar também a postura das partes que, muitas vezes, postergam a solução do litígio, quando seria viável a conciliação ou outra medida de resolução abreviada da demanda.

Por sua vez, o legislador deve se ater às necessidades sociais para criação de políticas públicas e meios céleres de solução de conflitos, em especial, extrajudicialmente.

Assim, diversos fatores dificultam a observância do princípio em tela, os quais serão estudados a seguir visando à identificação dos métodos que proporcionam a rápida solução dos litígios, bem como as posturas dos atores dos processos judiciais que permitirão o cumprimento desse preceito fundamental.

1 DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

A prestação efetiva da tutela jurisdicional é uma das funções primordiais do Estado Democrático de Direito.

Assim, não é recente a preocupação sobre a necessidade de resolução célere das demandas judiciais.

Em 1969, ela foi inserida na Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

Com efeito, o artigo 8º, n. I, desse tratado, reza que “toda pessoa tem o direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente”⁶.

4 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*; tradução, Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. pág. 219.

5 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf> e <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/14446079/RP+2015+12+Dezembro+%28Ordem+Qtd+Processos%29.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

6 Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 12 jan.2017.

Antes disso, em 1950, disposição no mesmo sentido já constava do artigo 6º da Convenção Européia para Salguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais⁷.

Por sua vez, no Brasil, ele foi inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que estabeleceu no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal que “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Sobre a inserção do princípio na Carta Magna brasileira, valer transcrever a lição de Gisele Mazzoni Welsch:

Os motivos que levaram o legislador a erigir a questão do tempo do processo ao nível de garantia fundamental mostram-nos uma insatisfação da sociedade com a prestação da tutela jurisdicional e o entendimento de que a jurisdição não deve ser apenas “prestada” pelo Estado como decorrência do direito de ação, mas que a tutela jurisdicional deve ser efetiva, tempestiva e adequada, sendo atribuição do Estado alcançar este objetivo.⁸

Destarte, verifica-se que a garantia da duração razoável do processo administrativo ou judicial está inserida no rol de direitos fundamentais e é um dos pilares do respeito à dignidade da pessoa humana posto que objetiva a resolução célere dos conflitos e, portanto, a paz social.

Todavia, há que se questionar qual o tempo razoável para a solução de uma demanda no mundo globalizado em que a velocidade das informações é cada vez maior.

Assim, passamos à análise do tempo médio de duração de um processo na justiça brasileira.

7 “[...]ARTIGO 6º

Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.[...]” Disponível em: <http://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em 12 jan. 2017.

8 Welsch, Gisele Mazzoni. *A Razoável Duração do Processo (art. 5º, LXXVIII da CF/88) como Garantia Constitucional*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/64-artigos-jun-2008/5939-a-razoavel-duracao-do-processo-art-5o-lxxviii-da-cf88-como-garantia-constitucional>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

2 DO TEMPO MÉDIO DE DURAÇÃO DE UM PROCESSO NA JUSTIÇA BRASILEIRA

Segundo o levantamento efetuado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, o tempo médio de tramitação de um processo é de 6 anos e 9 meses, na Justiça Estadual; 8 anos e 1 mês, na Federal; 11 anos e 9 meses, nos Juizados Estaduais e 1 ano e 10 meses, nos Federais⁹.

Mas, não são raros os casos de processos que estão há mais de 10 anos em tramitação e, dentre esses, muitos os que uma das partes faleceram sem que a demanda tenha sido resolvida, acarretando a habilitação dos herdeiros e mais um longo período de espera.

Sobre o assunto, vale transcrever o levantamento efetuado por Heitor Vitor Mendonça Sica:

Alfredo Buzaid, que foi magistrado do STF na década de 1960, se queixava da excessiva carga de trabalho a que aquela Corte se achava submetida à época (cerca de 6.000 processos por ano, distribuídos entre os seus onze membros). Às vésperas da promulgação da Constituição Federal de 1988 (que reduziu substancialmente o rol de competências do STF), essa quantidade havia triplicado (18.764 processos por ano). Em 2007, o número anual de processos que chegaram ao STF atingiu seu ápice histórico (112.938), a demonstrar que não vinham surtindo efeito as reformas processuais calçadas na aceleração realizadas entre 1990 e 2006. Apenas a partir de 2008 é que constata queda substancial no número de processos recebidos pelo STF, sendo inevitável relacionar tal redução à técnica de *aglutinação* acolhida a partir de 2007. Contudo, a partir de 2012 o número de processos dirigidos ao STF voltou a subir, sinalizando que essas últimas reformas tiveram efeito meramente paliativo.

Situação similar se verifica no âmbito do segundo mais importante tribunal de vértice do sistema judiciário brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Criado pela Constituição Federal de 1988 para absorver parte das competências do STF, o STJ (integrado por 33 magistrados) recebeu 23.368 processos em 1991. Após série ininterrupta de aumentos no número de processos, chegou-se a um recorde histórico (até então) de 347.426 processos recebidos (em 2009), reforçando-se o entendimento de que os meios aceleratórios implantados nas reformas de 1990 a 2006 não implicaram diminuição do volume de trabalho daquela Corte. Acresça-se que também no

9 Justiça em Números 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/bsf46be3dbff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em 12 jan. 2017.

STJ se pode reconhecer a partir do início da vigência da técnica de *aglutinação*, queda apenas transitória do número de processos (entre 2009 e 2011) pois, ao final de 2014, já se havia atingido um número de processos superior ao do recorde histórico verificado (386.423).¹⁰ (grifos no original).

A partir desses dados, verifica-se que o número de litígios é crescente, portanto, faz-se necessária a adoção de medidas que propiciem a rápida solução dos litígios, sob pena de violação ao princípio da razoável duração do processo e, por consequência, desrespeito à dignidade humana.

Pois, com efeito, nos ensina Ingo Wolfgang Sarlet: “Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade¹¹.”

Porém, não há como estabelecer um tempo padrão para solução dos litígios, haja vista as diversidades e complexidade de cada questão.

Vejamos o ocorrido na Itália.

3 DO CASO ITALIANO

Em que pese as diversas reformas processuais e a disposição contida no artigo 111, da Constituição Italiana¹², a Itália ainda enfrenta o desafio de reduzir o tempo de tramitação do processo judicial.

Em 2000, foram apresentados 12.000 recursos contra esse país na Corte Europeia sob a alegação de violação do princípio da duração razoável do processo e foram diversas as condenações.

Sobre o assunto, leciona Leonardo Faria Sehenk:

O relatório de abertura dos trabalhos da Corte Européia, no ano 2000, dedicou um longo parágrafo ao problema da Justiça italiana, com referência às sistemáticas violações do art. 6º da Convenção. Chegou-se a um ponto que a Corte, em inúmeras decisões, praticamente não fundamentava as condenações impostas em razão

10 SICA. Heitor Vitor Mendonça. Linhas Fundamentais do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Publicações da Escola da AGU: Sistemi Processuali a Confronto: Il Nuovo Codice di Procedura Civile Del Brasile tradizione e rinnovamento*, Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, v. 8, n. 1, pag. 140/141, jan/mar. 2016.

11 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. revista atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

12 “[...] Articolo 111

La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.[...]” Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/constituzione.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

da longa duração dos processos, por entender existente verdadeira presunção de responsabilidade do Estado.

A longa duração dos processos cíveis chegou a ameaçar de suspensão o direito de voto da Itália no Conselho da Europa.¹³

E, a primeira condenação da Itália na Corte Européia de Direitos do Homem por violação ao princípio em estudo foi o caso da Sra. Gloria Capuano, cujo processo judicial, precedido da tentativa administrativa, iniciou em 10 de janeiro de 1977, porém, até a data de julgamento pela Corte, em 03 de outubro de 1983, ele ainda não havia sido resolvido pela Justiça italiana, acarretando uma indenização a favor dela no montante de oito milhão de libras.

Nesse cenário, em 2001 foi publicada a Lei Pinto, nº 89¹⁴, que determinou uma justa reparação para os danos patrimoniais ou não patrimoniais experimentados com a duração excessiva dos feitos.

Todavia, o diploma legal não foi suficiente para eliminar as causas do problema, mas apenas remediou no plano interno as consequências. Vejamos as considerações feitas por Leonardo Faria Sehenk:

Com razão, portanto, a crítica entoada pela doutrina logo depois da edição da Lei Pinto, direcionada contra a pressa do legislador e a deturpação do projeto legislativo original, com a opção míope de tratar o problema da lentidão dos processos cíveis apenas remediando, no plano interno, as suas consequências, sem o ataque frontal de suas causas, históricas.

Para ROMANO, PARROTTA e LIZZA, sempre resultou ingênuo, ou mesmo hipócrita, pensar que a previsão de um recurso interno asseguraria às vítimas da duração excessiva dos processos na Itália efetiva reparação. Os problemas assumiam e ainda conservam uma dimensão estrutural, para os quais não se avistam soluções em curto espaço de tempo. [29] Enquanto não atacadas as causas reais do problema, suas consequências danosas se renovarão em lamentável espiral, [30] sempre em prejuízo dos jurisdicionados.¹⁵

13 Sehenk, Leonardo Faria. *Breve relato histórico das reformas processuais na Itália*. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/breve-relato-historico-das-reformas-processuais-na-italia-um-problema-constante-a-lentidao-dos-processos-civeis#topo>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

14 Disponível em: <http://www.professionegiustizia.it/guide/Legge_Pinto_-_ragionevole_durata_del_processo.php>. Acesso em 12 jan. 2017.

15 Ibidem.

Nessa esteira, somente com alteração de postura pela Corte de Cassação Italiana, em 2004, quando passou a garantir a efetiva tutela ao cidadão, por meio do esgotamento obrigatório dos recursos internos, foi possibilitado à Corte Europeia o exercício de seu papel de guardião dos Direitos Humanos, sendo assim, reduzidos os números de recursos a ela dirigidos.

Porém, ainda não restou solucionado o problema italiano, sendo que ele foi tema do encontro realizado naquela Corte, em 11.11.2016, cujo título foi “Fattore ‘tempo’ e diritti fondamentali. Cassazione e Corte EDU a Confronto”, no qual restou clara a preocupação do Judiciário italiano na resolução da questão, sendo pontuado pelo MM. Juiz Renato Rordorf que “o tempo não pode prejudicar quem tem razão”.

Portanto, a partir do exemplo italiano, é necessário que se faça um estudo das possíveis causas que impedem a célere solução das demandas brasileiras e as medidas buscadas para se alcançar esse propósito.

4 DAS POSSÍVEIS CAUSAS DA DEMORA NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS JUDICIAIS

A principal causa de descumprimento do preceito fundamental em estudo, é o excesso de judicialização dos conflitos.

A respeito, pontuou Ingeborg Maus: “O juiz não atua mais como arauto de um processo tradicional de apuração do sentimento popular, mas simplesmente para trazer uma percepção ‘saúdável’ a um povo ‘doente’ – exatamente nisso consistindo sua função de superego.”¹⁶

Pois, atualmente, se tornou comum a transferência para o Judiciário da atribuição de solucionar todo e qualquer conflito, configurando o que Ingeborg Maus denominou Judiciário como Superego da Sociedade¹⁷

Assim, muitas demandas que poderiam ser resolvidas extrajudicialmente são levadas para aquele Poder, o que acarreta um excesso de judicialização das questões.

Ademais, o ativismo judicial estimula o ajuizamento de ações que muitas vezes não terão o resultado esperado, como, por exemplo, as recentes decisões do STF sobre desaposestação e necessidade de requerimento administrativo nas demandas previdenciárias.

16 MAUS, Ingeborg. Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Judiciário como Superego da Sociedade. O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade órfã”*. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 17.01.2017>. Acesso em: 17 jan. 2017.

17 *Ibidem*.

Sobre aquela (desaposentação) o impacto orçado para o custeio apenas das revisões dos benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição era superior a cinquenta bilhões de reais.

Portanto, ao se arvorar em legislador, o Poder Judiciário pode alterar o fim de uma política pública.

Assim, há que ser observado o princípio de separação dos poderes, sob pena de onerar toda a sociedade.

Outras causas que não podem ser desprezadas são: a ausência de pessoal suficiente, de estrutura, a atuação protelatória das partes e a impossibilidade de resolução de demandas contra o Poder Público na via administrativa, em que pese a pacificação da matéria no âmbito judicial, *i. e.*, questões de todos conhecidas, mas com poucas perspectivas de breve resolução.

5 O CPC DE 1973 – LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973

O diploma legal em estudo previa a conciliação inicial para o rito sumário, em seu artigo 277 e algumas hipóteses das partes realizarem convenções processuais (artigos 111, 333, par. único e 265, III)¹⁸.

Os dispositivos em comento rezavam que, *verbis*:

[...]

Art. 277. O juiz designará a audiência de instrução e julgamento, deferindo as provas que nela houverem de produzir-se.

[...]

Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.

§ 1º O acordo, porém, só produz efeito, quando constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.

§ 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes.

[...]

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

[...]

18 Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102373>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

[...]

Art. 265. Suspende-se o processo:

[...]

III - quando for oposta exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal, bem como de suspeição ou impedimento do juiz;

[...]

§ 3º A suspensão do processo por convenção das partes, de que trata o número II, nunca poderá exceder seis (6) meses; findo o prazo, o escrivão fará os autos conclusos ao juiz, que ordenará o prosseguimento do processo.

§ 4º No caso do número III, a exceção, em primeiro grau da jurisdição, será processada na forma do disposto neste Livro, Título VIII, Capítulo II, Seção III; e, no tribunal, consoante lhe estabelecer o regimento interno.

[...]

Porém, ao longo dos anos, tornou-se necessária a edição de legislações que proporcionassem a solução célere dos litígios.

Nesse sentido, as Leis nº 7.437/85¹⁹, Lei de Ação Civil Pública; 8.078/90²⁰, Código de Defesa do Consumidor; 11.277/2006²¹, que inseriu o artigo 285-A, ao CPC e a 11.276/2006²², que inseriu o §1º, ao artigo 518, nesse mesmo diploma legal.

Esses diplomas (Lei de Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor) visavam à solução de conflitos coletivos para evitar o ajuizamento de ações judiciais individuais, bem como o julgamento de ações repetitivas pelos tribunais superiores.

19 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7437.htm>. Acesso em: 30 jan. 2017.

20 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 30 jan. 2017.

21 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11277.htm>. Acesso em: 30 jan. 2017.

22 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11276.htm>. Acesso em: 30 jan. 2017.

Por sua vez, no artigo 285-A, segundo Elpídio Donizetti, “o sistema processual permitiu que as matérias de direito, repetitivas em determinados juízos ou tribunais fossem julgadas improcedentes, sem a prévia citação do réu.”²³

E, prossegue o doutrinador:

No entanto, em que pese a importância de seu objetivo, o artigo 285-A do CPC de 1973 era demasiadamente amplo, porquanto não possuía limitação de matéria, nem condicionava a decisão ao entendimento predominante nos tribunais superiores (STJ e STF).²⁴

No mesmo sentido de privilegiar o entendimento dos tribunais superiores o parágrafo 1º, inserido no artigo 518, cuja redação era: “[...] § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. [...]”²⁵

Todavia, as opções adotadas pelo legislador não foram suficientes para diminuir o número de demandas judiciais e, por consequência, reduzir o tempo de duração delas, muito menos reduzir o congestionamento nos tribunais superiores.

Com efeito, segue julgado do C. STJ:

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 813.862 - SP (2015/0295785-1) RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS

AGRAVANTE : EVA PEREIRA COSTA

ADVOGADOS : CÁSSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO
EDSON RICARDO PONTES FÁBIO ROBERTO PIOZZI
GUSTAVO MARTIN TEIXEIRA PINTO LARISSA BORETTI
MORESSI RAQUEL DELMANTO RIBEIRO E OUTRO(S)

AGRAVADO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. PRESERVAÇÃO POR OCASIÃO

²³ DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2017, pág. 279.

²⁴ DONIZETTI, op.cit., p. 279.

²⁵ Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102373>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

DO JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS AFASTADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. 1. A configuração de jurisprudência do Tribunal pela necessidade de reexame do acervo fático probatório enseja a incidência art. 557 do CPC. Isso porque essa norma é inspirada nos princípios da economia processual e da razoável duração do processo e tem por finalidade a celeridade na solução dos litígios. Assim, se o Relator conhece orientação de seu órgão colegiado, desnecessário submeter-lhe, sempre e reiteradamente, a mesma controvérsia. 2. A eventual nulidade da decisão monocrática calcada no art. 557 do CPC fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado, na via de agravo regimental. 3. No caso, concluindo o juízo de origem, com base no contexto fático-probatório dos autos, que a parte autora não faz jus ao benefício, a revisão desse posicionamento encontra óbice no enunciado 7 da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido.

(STJ – AgRg 813.862 - SP (2015/0295785-1) – RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS – Dje 01.02.2016).

6 O NOVO CPC – LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015

Por sua vez, o CPC de 2015 inovou ao trazer a necessidade de observância da ordem cronológica para os julgamentos, artigo 12²⁶, a improcedência sumária, em seu artigo 332, aperfeiçoou os mecanismos de gestão de recursos repetitivos nos tribunais superiores e os estendeu para os tribunais de 2º grau, por meio do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, valorizou o precedente judicial (artigos 926 e 927), estimula a conciliação e a mediação em seus artigos 139, V e 334, §1º, ampliou as hipóteses de convenções particulares (artigo 190) e inovou ao inserir a estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória em seu artigo 304.

Com efeito, estabelecem os artigos mencionados²⁷ na ordem em que são acima citados, *verbis*:

26 No que tange ao artigo 12, do CPC, mister pontuarmos que o caput foi alterado pela Lei nº 13.256/2016. Sua redação original era: “[...] Art. 12. Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.[...]”. Demonstrando a obrigatoriedade de seguir a ordem cronológica.

27 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 25 jan. 2017.

[...]

Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 1º-A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.

§ 2º- Estão excluídos da regra do caput:

I - as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido;

II - o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos;

III - o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;

IV - as decisões proferidas com base nos arts. 485 e 932;

V - o julgamento de embargos de declaração;

VI - o julgamento de agravo interno;

VII - as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça;

VIII - os processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal;

IX - a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.

§ 3º- Após elaboração de lista própria, respeitar-se-á a ordem cronológica das conclusões entre as preferências legais.

§ 4º- Após a inclusão do processo na lista de que trata o § 1º, o requerimento formulado pela parte não altera a ordem cronológica para a decisão, exceto quando implicar a reabertura da instrução ou a conversão do julgamento em diligência.

§ 5º- Decidido o requerimento previsto no § 4º, o processo retornará à mesma posição em que anteriormente se encontrava na lista.

§ 6º- Ocupará o primeiro lugar na lista prevista no § 1º ou, conforme o caso, no § 3º, o processo que:

I - tiver sua sentença ou acórdão anulado, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução;

II - se enquadrar na hipótese do art. 1.040, inciso II.

[...]

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º-O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º-Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º-Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º-Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

[...]

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º-Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º-Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º - Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º - A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º - Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º - A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º - Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

[...]

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

[...]

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

[...]

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

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

[...]

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

[...]

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º-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, nos termos do § 1º.

§ 6º-A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

[...]

Vale estudarmos a inovação trazida no artigo 12, cuja redação foi alterada pela Lei nº 13.256/2016.

Sobre a sua redação original, ponderou Marcelo José Magalhães Bonício que:

Talvez a melhor medida adotada pelo novo CPC nesse sentido seja aquela prevista no art. 12, segundo a qual ‘os órgãos jurisdicionais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão’, competindo, ainda, ao Poder Judiciário manter ‘lista dos processos aptos a julgamento [...] permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e pela rede mundial de computadores (§1º do art. 12)²⁸.

E prossegue:

Em síntese, é correto dizer que o novo CPC impõe um novo dever ao Poder Judiciário, que é o de dar preferência de tramitação e de julgamento aos processos mais antigos (e, dentre estes, aqueles que envolvem pessoas idosas etc.), municiando as partes e a sociedade de instrumentos de fiscalização, que estão amparados na forte exigência de publicidade das listas de julgamento dos processos pendentes.²⁹

Todavia, com advento do Código, iniciou-se na doutrina uma discussão, inclusive com a defesa de inconstitucionalidade dele por violação ao princípio da tripartição de poderes.

Assim, a ordem obrigatória previamente estabelecida foi substituída por ordem de caráter preferencial.

Sobre o assunto esclarece Elpídio Donizetti:

[...]

28 BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

29 *Ibidem*.

Em suma, a que antes era cogente transmutou-se para uma mera norma programática, um ideal a ser perseguido. A regra anterior, em que pese ter sido uma louvável iniciativa na tentativa de evitar a preterição de processos, certamente acarretaria mais morosidade que celeridade. Não há dúvidas de que a escolha de qual processo terá prioridade não deve ficar ao arbítrio do juiz, sendo saudável existirem parâmetros mínimos para que haja alguma lógica na devolução dos autos pelo gabinete ao cartório. No entanto, exigir que o magistrado julgasse os processos conclusos a ele exatamente na ordem em que chegassem era, sem dúvida alguma, despropositado e contraproducente

Agora, com a nova redação, há tão somente uma sugestão para que o julgamento observe a ordem cronológica. Contudo, é importante ressaltar que o Código de 2015 continua inovador em relação ao seu antecessor. Isso porque, apesar de ordem cronológica não se tratar de norma imperativa, constitui uma realidade que deve ser observada sempre que viável, até mesmo porque a lista de processos conclusos deve ser elaborada e divulgada pela internet e no próprio cartório – comando que persiste no §1º, do art. 12.³⁰[...]]

Assim, com a conclusão do processo ao gabinete do julgador, marco inicial para fixação da ordem cronológica, segundo Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, citados por Teresa Arruda Alvim Wambier e Outros, em *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*³¹, ele deverá preferencialmente observar essa ordem cronológica, porém, sem se distanciar da racionalidade nas escolhas.

Nessa esteira, o critério objetivo foi flexibilizado, haja vista as peculiaridades de cada processo.

Porém, o julgador, sempre que possível, deve observá-lo, face à ausência de outros parâmetros, para que seja atendido o comando constitucional.

No que tange à improcedência liminar, artigo 332, houve uma ampliação de suas possibilidades, com o direcionamento da “posição dos julgadores aos entendimentos consolidados nos tribunais superiores”³², valendo destacar, que o objetivo é o alinhamento da jurisprudência nacional,

30 DONIZETTI, op.cit., p. 12/13.

31 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva, MELLO; Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. 2. ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 77/80.

32 DONIZETTI, op.cit., pág. 279.

visando à garantia de um “tratamento isonômico para situações jurídicas idênticas”.³³

A necessidade de uniformização da jurisprudência e, assim, garantia de tratamento isonômico e da segurança jurídica está inserida nos artigos 926 e 927

Por sua vez, no que tange aos meios consensuais de resolução de conflitos, artigos 139, V, 334, § 1º e 190, vale ponderar que a mediação pode revelar questões que não seriam possíveis conhecer no bojo de um processo, conforme ponderado pela Professora Regina Barone, no Curso O processo civil contemporâneo: estudos comparados Itália Brasil³⁴.

Portanto, ela há que ser estimulada e adequada às demandas que envolvam os órgãos públicos.

E, a outra inovação trazida no artigo 304, refere-se à estabilização da tutela concedida, que na lição de Elpídio Donizetti:

[...] privilegia a proteção ao direito ameaçado, e afasta, ao menos momentaneamente, o formalismo exigido para a propositura da ação; mais do que isso, essa modalidade de tutela antecipada, dependendo da postura do demandado, viabiliza a estabilização da tutela concedida, podendo tornar definitivo aquilo que foi concedido soa a marca da provisoriedade.[...]³⁵

Na lição de Teresa Arruda Alvim Wambier e Outros:

[...] Se as partes ficam satisfeitas com a decisão que concedeu a tutela antecipada, baseada em cognição sumária e sem força de coisa julgada, o NCPC não as obriga a prosseguir no processo, para obter uma decisão de cognição plena, com força de coisa julgada material. [...]³⁶

Por fim, ao contrário do Direito italiano, não foi fixada qualquer reparação no novo CPC ou medida que a parte possa utilizar para reclamar a demora na solução do litígio, faltando, assim, instrumentos que garantam a efetividade do princípio da duração razoável do processo, o que acaba por esvaziar o preceito constitucionalmente estabelecido.

Ante o exposto, conclui-se que essas medidas devem ser observadas e continuamente avaliadas para que seja aferida a real diminuição de

33 Ibidem, p. 279.

34 BARONE, Regina. Mediação. Apresentação no Curso “O Processo civil contemporâneo: estudos comparados Itália Brasil.”

35 DONIZETTI, op.cit., p. 245.

36 WAMBIER, CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, op. cit., pág. 563.

demandas e, por consequência, o direito fundamental à duração razoável do processo.

7 DO LEGISLADOR

Como acima demonstrado, muito se evoluiu com o advento do Código de Processo Civil.

Mas, ao Poder Legislativo compete incluir a celeridade dos processos judiciais como política pública, para viabilizar a efetivação da Justiça.

Assim, a partir da análise dos dados disponibilizados pelos tribunais, ele deve seguir os ciclos para inclusão dessa demanda na agenda, formulação, implantação, monitoramento e avaliação.

Ademais, devem ser avaliadas as políticas públicas vigentes e se há necessidade de manutenção, alteração e atualização delas, para possibilitar a resolução rápida de conflitos com os órgãos públicos.

No entanto, há que ser observado o Princípio da Separação dos Poderes para que não ocorra ingerência desse poder no Judiciário.

8 DA ATUAÇÃO DAS PARTES

Nesse cenário, é fundamental que os atores do processo não ajuízem demandas desprovidas de amparo legal ou já pacificadas na jurisprudência, que não pratiquem atos desnecessários, que optem pela conciliação ou mediação para garantir a célere resolução do conflito.

E, eles devem optar pelos meios de aceleração do processo legalmente disponibilizados, conforme artigo 190 acima citado.

Além disso, faz-se necessário que sejam estruturados os órgãos públicos para que exerçam suas funções de forma célere e efetiva.

9 DA ATUAÇÃO DOS MEMBROS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU

No âmbito da AGU diversas políticas estão sendo adotadas nos últimos tempos visando à solução rápida dos litígios e, por consequência, garantir o direito fundamental à duração razoável do processo.

Sobre o assunto, leciona Luis Picanço Facci que:

[...]

Assim, incumbe ao Poder Público disponibilizar os mecanismos para a resolução consensual de conflitos, cabendo ao particular optar pelo

meio adequado, inclusive se prefere o processo judicial tradicional. Da mesma forma, nos conflitos que envolvam entes públicos entre si, a solução consensual deve ser buscada até que seja alcançada, como imperativo do princípio da eficiência administrativa. [...]

E conclui:

[...]

A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pelo Poder Público, neste contexto, além de instrumento de pacificação, consubstancia indicação pelo Estado de que pretende evitar os efeitos perniciosos da judicialização dos litígios. Ademais, o prolongamento do litígio nas causas manifestamente favoráveis ao administrado apenas eternizaria o estado de insegurança jurídica. Nestes casos, nem mesmo o interesse meramente econômico do Estado seria tutelado com a insistência no litígio pois o prolongamento da demanda aumentaria o valor do montante devido, em se tratando de decisões condenatórias contra a Fazenda Pública. A utilização de meios alternativos pelo Poder Público contribui para a efetivação da prestação jurisdicional, caminha em direção à realização do princípio da eficiência administrativa e representa a utilização responsável do sistema judiciário pela Advocacia Pública, consistente na consciência das implicações que sua postura no litígio irá carrear não apenas à parte contrária, mas ao sistema judiciário, ao próprio Estado e à sociedade.³⁷ [...]

Nesse sentido, temos as súmulas da AGU³⁸, as dispensas de contestação e recursos, os projetos de redução de demandas, o recém-criado gerenciamento de demandas de massa, por meio da Portaria GABPGF nº 688, de 28.09.2016³⁹ e a Câmara de Conciliação e arbitragem da Administração Federal – CCAF⁴⁰.

10 CONCLUSÃO

37 FACCI, Lucio Picanço. *Coleção Repercussões do Novo CP*. Coordenação geral Fredie Didier Jr. – Salvador: Juspodivm, 2015. p. 229/247

38 Diário Oficial da União – Eletrônico, de 27.01.2014.

39 Publicada no Boletim de Serviço nº 40, de 03.10.2016.

40 Instituída pelo Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007, posteriormente alterado pelo Ato Regimental nº 2, datados, respectivamente, de 9 de abril de 2009. Sua estrutura está definida pelo Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, que teve a sua redação alterada pelo Decreto nº 7.526, de 15 de julho de 2011.

Em que pese as diversas tentativas do legislador ordinário para garantir o princípio fundamental da razoável duração do processo, diversos fatores impedem a solução célere dos litígios.

Assim, somente a partir de uma atuação conjunta e consciente do legislador e, em especial, dos atores do processo, esse princípio fundamental poderá ser atendido.

E, cada ator do processo deve atuar de forma consciente, observando não apenas seus direitos e faculdades, mas, sobretudo, os deveres.

Ademais, os meios de resolução consensual de conflitos devem ser privilegiados para que haja uma redução significativa de demandas, em especial no que tange ao Poder Público.

No entanto, não se pode esquecer a tripartição de poderes e, portanto, dos limites de atuação de cada um deles, para que o legislador não se arvore em julgador, assim como esse não interfira nas funções daquele.

Nesse sentido, a necessidade de observância das decisões dos tribunais superiores impedirá a inovação pontual, garantindo, assim, a segurança jurídica e celeridade na resolução das demandas.

Vale lembrar que ao contrário do direito italiano, não foi estabelecida uma contraprestação pelo atraso na solução do processo, mas diversos meios de se evitá-lo.

Ante o exposto, verifica-se que a dignidade e a paz social dependem da resolução célere dos conflitos, devendo, portanto, os envolvidos se esforçarem para atingirem esse objetivo. Pois, se tardia não é Justiça.

REFERÊNCIAS

ATOS NORMATIVOS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Advocacia-Geral da União.

BARONE, Regina. *Mediação*. Apresentação no Curso “O Processo civil contemporâneo: estudos comparados Itália Brasil.”

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988*.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*.

BRASIL. *Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985*.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.*

BRASIL. *Lei nº 11.276, de 07 de fevereiro de 2006.*

BRASIL. *Lei nº 11.277, de 07 de fevereiro de 2006.*

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.*

BRASIL. *Lei nº 13.256, de 04 de fevereiro de 2016.*

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMRICO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26ª edição. – São Paulo: Malheiros, 2010.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Roma, Itália, 04 de novembro de 1950.

DONIZETTI, Elpidio. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2017.

DIDIER JR. Fredie. *Coleção Repercussões do Novo CPC*. Coordenação geral. Salvador: Juspodivm, 2015.

Fattore “tempo” e diritti fondamentali. *Cassazione e Corte EDU a Confronto*. 2016. Roma. Itália.

ITÁLIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*, de 27 de dezembro de 1947.

ITÁLIA. Legge Pinto (n. 89), de 24 de março de 2001.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17. ed. rev. atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2013.

MAUS, Ingebord. Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Judiciário como Superego da Sociedade. *O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade órfã”*. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

O Processo civil contemporâneo: estudos comparados Itália Brasil. Roma. Itália, 2016.

Os cem maiores litigantes. Conselho Nacional da Justiça.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal* de 1988. 5. ed. revista atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed., 2007.

SEHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/breve-relato-historico-das-reformas-processuais-na-italia-um-problema-constante-a-lentidao-dos-processos-civeis#topo>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

SICA. Heitor Vitor Mendonça. Linhas Fundamentais do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Publicações da Escola da AGU: Sistemi Processuali a Confronto: Il Nuovo Codice di Procedura Civile Del Brasile* tradução e rinnovamento – Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal – volume 8, n. 1, jan/mar. 2016, p. 140/141.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva, MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 77/80.

WELSCH, Gisele Mazzoni. *A Razoável Duração do Processo (art. 5º, LXXVIII da CF/88) como Garantia Constitucional*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/64-artigos-jun-2008/5939-a-razoavel-duracao-do-processo-art-5o-lxxviii-da-cf88-como-garantia-constitucional>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO APÓS O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E MODALIDADES DE RECURSOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL ITALIANO

***BRAZIL'S APPELLATE SYSTEM FOLLOWING THE NEW CIVIL
PROCEDURAL CODE AND MODALITIES OF IMPUGNATION IN THE
ITALIAN CIVIL PROCEDURAL LAW***

Juliana Lima Salvador

*Procuradora Federal - Chefe da PFE/Incrá em Minas Gerais
Especialista em Direito Empresarial*

Renata Silva Pires de Carvalho

*Procuradora Federal - Subprocuradora-Chefe da PFE/Incrá
Especialista em Direito Processual Civil
Especialista em Direito Público*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Principais Alterações no Sistema Recursal Brasileiro; 2 Dos Recursos em Espécie; 3 Uma Breve Exposição do Sistema Jurídico Italiano; 3 Uma Breve Exposição do Sistema Jurídico Italiano; 4 Das impugnações em Geral Previstas no Ordenamento Jurídico Italiano; 5 A Reforma Processual na Itália a Partir da Edição da Lei 69 de 19 de Junho de 2009 e as Tentativas Italianas de se Conferir Maior Celeridade na Prestação Jurisdicional; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo apresentar as principais alterações no sistema recursal brasileiro após a edição do novo código de processo civil brasileiro, bem como os meios de impugnação de sentença existentes no ordenamento jurídico italiano, após a reforma ocorrida naquele País por meio da Lei 69 de 18 de junho de 2009. Também será feita uma breve análise sobre o sistema judiciário italiano além dos objetivos das alterações processuais em ambos ordenamentos jurídicos, notadamente no que se refere a celeridade da prestação jurisdicional.

PALAVRAS - CHAVE: Novo Código Processo Civil Brasileiro. Sistema Recursal. Reforma. Código Processo Civil Italiano. Impugnação. Lei 69 de 18 de junho de 2009.

ABSTRACT: This article aims at introducing the main changes in Brazil's Appellate System following the enactment of the country's New Civil Procedural Code as well as highlighting the types of impugnation in the Italian Civil Proceedings after a reform occurred in that country with the approval of Law 69 on June 18, 2009. Also, it constitutes a brief analysis of Italy's Judiciary System and the purposes sought by the changes performed in the legal proceedings in both countries.

KEYWORDS: New Civil Procedural Code. Appellate System. Reform. Italian Civil Procedural Code. Impugnation. Law 69 on June 18, 2009.

INTRODUÇÃO

O advento da Lei n. 13.105/2015 instaurou em nosso ordenamento jurídico um novo sistema processual, buscando a celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, bem como a proteção ao pleno acesso à justiça. Nessa linha, o legislador teve a preocupação de normatizar como direito subjetivo das partes a obtenção em prazo razoável da solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa¹.

Podemos afirmar que o novo Código de Processo Civil é fruto das mudanças da realidade, das novas relações jurídicas e, principalmente, da utilidade do direito processual em função do ordenamento jurídico material visando a pacificação social. Expõe José Roberto dos Santos Bedaques²:

A natureza instrumental do direito processual impõe sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial. Isto é, a eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e a pacificação social. Não interessa, portanto, uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consiga atingir os resultados a que se propõe. Menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende.

Na esteira desse pensamento, o novo Código de Processo Civil consolida a resolução dos casos repetitivos como uma demanda que há muito a sociedade anseia no sentido de um processo justo e rápido e ao mesmo tempo almeja solucionar a crise de inúmeros processos que aguardam para serem julgados pelo Poder Judiciário. O destaque está na ampliação dos precedentes, incluindo a possibilidade do julgamento da demanda repetitiva pelos Tribunais Ordinários, sendo a tese jurídica aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região.

Em que pese as inúmeras modificações processuais trazidas pelo novo ordenamento jurídico, o nosso estudo se restringe às inovações contidas no Título II, do novo código, quais sejam: os recursos.

Na expressão sempre precisa de Barbosa Moreira³, o recurso é “um remédio voluntário, idôneo que enseja, dentro do mesmo processo,

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

2 BEDAQUES, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17.

3 Comentários ao Código de Processo Civil, 8. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.231.

a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”.

Como consagrado nas palavras pertinentes de Hugo Gueiros Bernardes⁴:

A independência da magistratura sofre esse limite revisional, a bem da coerência dos resultados judiciais, um dever moral da justiça como instituição a serviço do povo; e um dever jurídico que deflui do aparelhamento constitucional das diferenças instâncias com o objetivo de construir uma sociedade justa e solidária.

Como mencionado inicialmente, o novo Código de Processo Civil tem como finalidade a celeridade e efetividade na prestação jurisdicional. A sociedade e os operadores do direito clamavam pela alteração de toda sistemática recursal, pois o excessivo número de recursos existentes é, em grande parte, a causa da morosidade da prestação jurisdicional.

Nessa senda, não vemos mudanças significativas, ao revés, verifica-se que o legislador não avançou muito na sistemática recursal, nem colaborou para que os princípios da celeridade e da segurança jurídica fossem alcançados em sua magnitude, pois há a previsibilidade de nove modalidades de recursos e as mesmas instâncias recursais de outrora.

No entanto, não se pode atribuir ao legislador a solução de todos os problemas que afligem e limitam, seja o acesso à ordem jurídica justa, seja o direito do jurisdicionado na duração razoável do processo⁵.

1 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NO SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO

O novo Código de Processo Civil à semelhança do Código de 1973 prevê uma sistemática recursal ainda complexa, por elencar nove modalidades de recursos a serem utilizados no curso do processo.

No entanto, consagra-se por inovar com a implementação da unificação dos prazos para interposição dos recursos e para responder-lhes, fixando-se, assim, o prazo de 15 (quinze) dias. O legislador optou por excepcionar os Embargos de declaração que permaneceu o prazo de

4 O Sistema Recursal Trabalhista, Revista LTr., 62 – 09/1172

5 “Tenho criticado mais de uma vez o erro dos que desdenham por questões de princípios reformas legislativas, entendendo que nada adianta modificar a norma. Se assim fosse, do mesmo jeito que não nos daria motivo de alegria a adoção da reforma boa, não precisaríamos preocupar-nos ante a ameaça de reforma ruim: tanto uma como outra deixariam as coisas exatamente onde estavam. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. *Revista de Processo*, n. 99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 148).

oposição de 5 (cinco) dias, o que confere mais celeridade no andamento processual⁶.

O artigo 1003 do NCPC disciplina a novel sistemática da contagem do prazo para a interposição do recurso, sendo considerado como marco inicial a data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão.

Aqui abre-se um parêntese para ressaltar a inovação trazida pela nova legislação ao consagrar no § 4º do art. 218, ser “considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo”. Ou seja, privilegia a parte diligente. Nas sábias palavras do voto do Ministro Luiz Fux:

As preclusões se destinam a permitir o regular e célere desenvolvimento do feito, por isso que não é possível penalizar a parte que age de boa-fé e contribui para o progresso da marcha processual (interpondo seu recurso antes mesmo de intimada da decisão) com o não conhecimento do recurso, arriscando conferir o direito à parte que não faz jus em razão de um purismo formal injustificado. (grifo nosso)

Outra mudança importante, verifica-se na leitura do art. 995 do NCPC que, via de regra, os recursos não mais impedem a eficácia das decisões impugnadas, portanto, geram efeitos imediatamente, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Assim, passa a vigorar no direito brasileiro a regra de que os recursos não são dotados de efeito suspensivo, ao revés do que fora instituído com o Código de 1973. Nesse raciocínio, se o recurso possuir esse efeito, deverá constar expressamente do texto legal.

Em outras palavras, há um maior prestígio das decisões de primeira instância dada a eficácia imediata das decisões e possibilidade de execução instantânea.

Contudo, a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

E mais, o código acabou por resolver questão tão debatida nos tribunais superiores quanto a competência para a concessão de efeito suspensivo de recurso especial e extraordinário.

6 Art 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão. § 5º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

A parte recorrente deverá pleitear efeito suspensivo ao recurso especial ou extraordinário ao Tribunal Superior respectivo no período entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo (art. 1.029, § 5º, I) e ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado (art. 1.029, § 5º, III).

Como ressaltado por Tereza Arruda Alvim Wambier e Bruno Dantas⁷:

O que se quis, fundamentalmente, com a Lei 13.256/2016 que alterou a redação original do NCPC, mesmo antes de este entrar em vigor, foi deixar claro que o efeito suspensivo só pode ser pleiteado depois de admitido o recurso do 2º grau de jurisdição. Este já vem sendo o entendimento adequado à luz do CPC de 1973m com raras exceções em que a urgência se tenha revelado agônica.

O Código de 2015 disciplinou ainda algumas inovações quanto ao preparo, inclusive porte e remessa do recurso, ampliando o “aproveitamento processual, pelo princípio da instrumentalidade das formas, almejando a retirada de outros empecilhos formais sobre o preparo para tentar ao máximo chegar ao julgamento de mérito”⁸.

Nas mesmas linhas do Código de 1973, continua a obrigatoriedade da comprovação do pagamento do preparo no ato da interposição do recurso, sob pena de deserção – que só será caracterizada se a parte intimada não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias (art. 1007, § 2º).

Até então permanece a mesma disponibilidade que já era concedida no regime anterior. As inovações surgem a partir do § 3º que prevê expressamente a dispensa para o processo eletrônico e o § 4º que dispõe sobre o não pagamento do preparo no ato da interposição e a possibilidade de saneamento do vício.

Em que pese o novo dispositivo possibilitar a correção do vício, há penalidade expressa quanto ao pagamento em dobro do valor do preparo à parte desidiosa (art. 1007, §4º).

Pode-se ressaltar ainda, como inovação trazida pela nova sistemática do código, a previsão expressa da fungibilidade. O Código de 1973 não

7 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim.; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 415.

8 LEMOS, Vinícius Silva. *Preparo e sua Complementação no Novo CPC*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/preparo-e-a-sua-complementacao-no-novo-cpc>>. Publicado em: 26 de maio de 2015

previa expressamente a fungibilidade dos recursos, no entanto, sua utilização era possível com base em entendimentos jurisprudências e doutrinários.

O atual código, nos artigos 1.032 e 1033, abrem a possibilidade para a adoção do princípio da fungibilidade quanto à interposição do recurso especial e extraordinário.

Assim, disciplina o código que se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

Em contrapartida, quando tratar-se de interposição de recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal se considerar reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial (art. 1033).

Outra possibilidade elencada pelo novo código foi a fungibilidade entre os embargos de declaração e o agravo interno, possibilitando que o órgão julgador conheça dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível.

Como bem ressalta o Ilustre Professor Humberto Theodoro Júnior⁹:

Por último, deve-se lembrar que a adoção de um recurso pelo outro, quando preservados os requisitos de conteúdo daquele que seria o correto, e não constatada a má fé nem o erro grosseiro, resolve-se em erro de forma, e para o sistema de nosso Código, não se anula, e sim, adapta-se à forma devida, o ato processual praticado sem sua estrita observância (NCPC, arts. 277 e 283, parágrafo único).

Discorre ainda de forma irretocável Humberto Theodoro Júnior ao referir ao princípio da dialeticidade e o NCPC:

[...] O novo CPCP confere a qualidade de norma fundamental do direito processual a que determina a necessidade de serem as decisões adequadamente fundamentadas, e a de que nenhuma das razões de decidir seja adotada sem prévia submissão ao debate com as partes (NCPC, arts. 9º e 10). Não admite, outrossim, qualquer fundamentação, mas para cumprir-se o contraditório efetivo, no qual se inclui também o juiz ou tribunal, caberá ao julgador responder, de maneira expressa e adequada, a todas as arguições e fundamentos relevantes formulados pelas partes (art. 489, § 1º, I a VI).

9 THEODORO JÚNIOR, humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 964.

No entanto, entre as principais, e senão a mais pertinente mudança trazida pelo novo Código de Processo Civil, foi a extinção dos recursos de embargos infringentes e do agravo retido.

Nessa linha, o novo CPC elencou expressamente as três possibilidades de agravo, quais sejam: agravo de instrumento, agravo interno e agravo em recurso especial ou extraordinário.

A exclusão do agravo retido da atual redação consagra o princípio da celeridade e privilegia o princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias. O Código de 2015 admite a interposição do agravo de instrumento contra algumas decisões interlocutórias que estão relacionadas no artigo 1015 e, em regra, não tem efeito suspensivo.

Assim, não há mais a possibilidade da interposição do agravo retido para as decisões que não se encaixem no rol do art. 1015. A matéria, se for o caso, será impugnada pela parte prejudicada por meio das razões ou contrarrazões da posterior apelação interposta contra a sentença superveniente¹⁰. Portanto, resta centralizado na apelação todas as questões de impugnação que a parte entenda como contrários à sua pretensão.

Na nova sistemática recursal, como já destacado anteriormente, também foram extintos os embargos infringentes. No entanto, o Novo Código estabelece uma nova metodologia que somente com o tempo poderemos afirmar se contribuiu ou não para a celeridade e efetividade do processo.

No julgamento da apelação, do agravo de instrumento ou da ação rescisória, se não se obtiver unanimidade, será ele suspenso, e prosseguirá apenas com a presença de outros julgadores, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, até então obtido antes da suspensão (art. 942).

Assim, embora tenha sido extinto os embargos infringentes, a sua essência permanece. A preocupação que se tem é de que os tribunais no intuito de não levar a questão a um debate com um quórum maior de julgadores e, portanto, postergar a decisão definitiva de mérito, passar a proferir decisões unânimes que encerrem imediatamente o feito.

Por fim, destaca-se como inovação no direito brasileiro a ampliação do julgamento de casos repetitivos com a inclusão de incidente de solução de demandas repetitivas, com a suspensão de ações no 1º grau e a adoção de técnicas de julgamento que valorizem o precedente com inclusão da força dos precedentes ao julgar demandar repetidas (art. 976 a 987 do CPC).

2 DOS RECURSOS EM ESPÉCIE

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.* p. 967.

O artigo 994 do novo CPC elenca nove espécies de recurso: I - apelação; II - agravo de instrumento; III - agravo interno; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário; IX - embargos de divergência.

Em apertada síntese, traz-se algumas considerações sobre as espécies de recursos.

A apelação é “o recurso que se interpõe das sentenças dos juízes de primeiro grau de jurisdição para levar a causa ao reexame dos tribunais de segundo grau, visando obter uma reforma total ou parcial da decisão impugnada, ou mesmo sua invalidação”¹¹.

Por sua vez, o próprio código conceitua sentença como o pronunciamento por meio do qual o juiz põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

Como anteriormente analisado, as questões decididas na fase de conhecimento, não passíveis de interposição de agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e deverão ser suscitadas em preliminar de apelação ou contrarrazões.

A apelação terá efeito devolutivo e suspensivo. Quanto ao efeito devolutivo, a apelação visa a devolver ao Tribunal as questões de fato e de direito apreciadas no processo. Todas as questões suscitadas e discutidas no processo serão objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado (art. 1013, § 1º).

Quanto ao efeito suspensivo, uma vez interposta a apelação os efeitos da sentença ficam suspensos. No entanto, o Código de 2015 traz algumas exceções à regra que estão elencadas no § 1º do art. 1012 dos quais a sentença começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que homologa divisão ou demarcação de terras; condena a pagar alimentos; extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado; julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; confirma, concede ou revoga tutela provisória e decreta a interdição.

Contudo, ainda nos casos acima descritos pode ter a eficácia suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Outro ponto reforçado pelo NCPC trata-se quando o Tribunal reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo

11 JÚNIOR THEODORO, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 967.

ao juízo de primeiro grau. Aqui deve-se sempre verificar se o pronunciamento imediato pelo tribunal não irá violar a ampla defesa e o contraditório.

O Agravo de instrumento é o recurso contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: tutelas provisórias; mérito do processo; rejeição da alegação de convenção de arbitragem; incidente de desconsideração da personalidade jurídica; rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; exibição ou posse de documento ou coisa; exclusão de litisconsorte; rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; redistribuição do ônus da prova e outros casos expressamente referidos em lei (art. 1015).

A interposição do Agravo de Instrumento também será possível contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Com essa sistemática, o legislador promoveu alterações no sentido de inserir um rol taxativo das decisões interlocutórias que admitem a interposição e eliminou o agravo retido. Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha¹² defendem que, embora o rol do art. 1015 seja taxativo, deve ser admitida a interpretação extensiva de cada um dos seus tópicos e ressaltam:

Adotada a interpretação literal, não se admitindo agravo de instrumento contra decisão que trate de competência, nem contra decisão que nega eficácia ao negócio jurídico processual (para dar exemplos, explicados no exame do inciso III do art. 1015 do CPC), haverá o uso anômalo e excessivo de mandado de segurança, cujo o prazo é bem mais elástico que o do agravo de instrumento. Se, diversamente, se adota a interpretação extensiva para permitir o agravo de instrumento, haverá menos problemas no âmbito dos tribunais, não os congestionando com os mandados de segurança contra atos judiciais.

O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, por meio de petição que irá examiná-lo. Há a obrigatoriedade da juntada das peças processuais relacionadas no art. 1017 do CPC, sendo obrigatórias: cópias da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da própria decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado.

Se o agravo de instrumento for interposto em autos eletrônicos, não há mais exigência da juntadas das cópias relacionadas como obrigatórias

12 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: O Processo Civil nos Tribunais, Recurso, Ações de Competência Originária de Tribunal e Querela Nullitatis, Incidentes de Competência Originária de Tribunal*. Salvador: JusPodvm, 2017. p. 245.

aos autos, facultando-se ao agravante anexar outros documentos que entender úteis para a compreensão da controvérsia.

Nesse momento vale destacar os preceitos do art. 932 do NCPC que disciplina que “*antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível*”.

Assim, se o relator do processo identificar a ausência de alguma peça obrigatória, deve intimar o agravante para complementar a instrução, sob pena do recurso ser inadmitido.

Destaca-se ainda que o agravo de instrumento segue a regra geral e sua interposição não gera efeito suspensivo automático.

A terceira modalidade de recurso prevista pelo Código atual é o agravo interno que será cabível contra decisão proferida pelo relator, devendo ser dirigida para o respectivo órgão colegiado.

Assim, afirma-se que o agravo interno preserva o princípio da colegialidade, garantindo que decisões singulares sejam revistas pelo órgão colegiado a quem toca o recurso¹³.

O agravo interno segue a regra geral do Código e não tem efeito suspensivo.

A novidade que se verifica na edição da nova lei é quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar multa ao agravado fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.

O próximo recurso indicado no sistema recursal são os embargos de declaração. Os embargos serão cabíveis contra qualquer decisão judicial que for obscura, contraditória, omissa ou conter erro material.

Os embargos de declaração, como anteriormente destacado, é a única modalidade de recurso com prazo diferenciado para serem opostos, qual seja, 5 (cinco) dias.

O novo Código inovou ao expressar no parágrafo único do art. 1022 o que considera decisões omissas como sendo aquelas que deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento e incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1o.

Havendo, porém, o acolhimento dos embargos de declaração que implique em modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de

13 MENDONÇA, Ricardo Magalhães de. Revisão das decisões monocráticas do relator no julgamento antecipado do recurso: breve análise do agravo interno previsto nos Códigos de Processo Civil vigente e projetado. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 145, p.101, abr. 2015.

complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração (art. 1024, § 4º).

Outro ponto muito bem resolvido pelo NCPC foi quanto ao pré-questionamento. Assim, em amparo ao recorrente definiu-se como incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

A posição consolidada no novo código privilegia o entendimento que há muito a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF consagrava, qual seja, uma vez suscitada a matéria previamente ou constituindo questão que devesse ser conhecida de ofício, se o Tribunal não apreciar e são opostos embargos de declaração, estará atendida a exigência do pré-questionamento¹⁴.

Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso (art.1026).

O recurso se interposto de forma protelatória gera imposição de multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa (art 1.026, §2º). Em caso de reiteração, a multa é elevada até dez por cento e a interposição de qualquer outro recurso ficará condicionada ao depósito desse valor (art. 1026, §3º).

Por fim, registra-se que a decisão proferida em embargos de declaração é integrativa, ou seja, complementa a decisão embargada. Nesse sentido, cita-a interpretação do Superior Tribunal de Justiça: “A decisão proferida em grau de embargos declaratórios (tenha ou não efeito modificativo) é meramente integrativa do acórdão embargado, não possuindo natureza autônoma, sem liame com este”¹⁵.

No capítulo VI, o Código trata dos recursos cabíveis para o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça - o recurso ordinário, o recurso especial, o recurso extraordinário, o agravo em recurso especial e retido e os embargos de divergência.

O recurso ordinário previsto constitucionalmente (art. 102, II, da CF) é cabível ao Supremo Tribunal Federal das decisões em única instância pelos tribunais superiores em mandados de segurança, habeas data e mandados de injunção, quando denegatória a decisão.

No Superior Tribunal de Justiça será cabível em mandados de segurança decididos em única instância pelos tribunais regionais federais

14 JUNIOR DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: O Processo Civil nos Tribunais, Recurso, Ações de Competência Originária de Tribunal e Querela Nullitatis, Incidentes de Competência Originária de Tribunal*. Salvador: JusPodvm, 2017. p. 326.

15 STJ, 1ª T., EDcl nº REsp 15.072/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, ac. 17.02.1993, DJU 22.03.1993, p. 4.150, DJ 31.05.1993)

ou pelos tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão e nos processos em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

O recurso ordinário, como os recursos em geral, não possui efeito suspensivo, porém o recorrente poderá formular (*i*) diretamente ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame preventivo para julgá-lo; (*ii*) ao relator, se já distribuído o recurso (*iii*) ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado (art. 1027, § 2º).

Os próximos meios de impugnação a serem pontuados são os recursos constitucionais: especial e extraordinário.

Vale pontuar que sabemos da complexidade desses recursos, no entanto, iremos tecer breves considerações, considerando que o objeto desse estudo é apenas trazer noções elementares sobre as novas alterações introduzidas pelo Código de 2015.

Os fundamentos para a interposição do recurso extraordinário e especial estão disciplinados na Constituição Federal (art. 102, III e art. 105, III). Ambos os recursos têm por finalidade a discussão de matéria de direito, não sendo cabíveis para análise de prova ou fatos.

O recurso extraordinário será cabível das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (*i*) contrariar dispositivo desta Constituição; (*ii*) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (*iii*) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; (*iv*) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Por sua vez, a interposição do recurso especial se dará quando as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: (*i*) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; (*ii*) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (*iii*) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Entre as inovações introduzidas pelo NCPC, traz-se a competência para o primeiro juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial. A redação atual foi inserida ao diploma processual por meio da Lei 13.256/2016 e disciplina no art. 1030 todo o procedimento de encaminhamento da admissibilidade dos recursos. O artigo não inova em muito do que já era previsto no Código de 1973.

À Luz do NCPC, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido negar seguimento: (i) a recurso extraordinário que

discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; *ii*) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos.

Assim, verifica-se que o legislador busca privilegiar a estabilidade das decisões do STF e do STJ. Nos temos conclamados por Tereza Arruda Alvim Wambier e Bruno Dantas: “essa tomada de posição do legislador certamente reflete a consciência da comunidade jurídica brasileira no sentido de que o juiz cria o direito e de que o direito deve ser estável e uniforme”¹⁶.

Dentre as competências do presidente ou vice-presidente estão a de encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos (art. 1030, II); sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 1030, III), bem como selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional (art. 1030, IV).

Cabe ainda ao presidente ou vice-presidente realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, observando se: *i*) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos; *ii*) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou *iii*) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação (art. 1030, V).

Das decisões que inadmitirem o recurso há a possibilidade de interposição do recurso de agravo – que a depender do motivo da inadmissibilidade será o agravo em recurso especial ou em extraordinário ou o agravo retido.

Assim, da decisão de inadmissibilidade proferida com fundamento no inciso V do art. 1030 caberá agravo ao em recurso especial ou em extraordinário. Quando a inadmissibilidade ocorrer com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno.

16 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim.; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 407.

Um ponto que merece destaque no novo diploma legal foi a previsão quanto à possibilidade do STF ou o do STJ desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave. A inovação possibilita que os Tribunais superiores desconsiderem um vício formal desde que não seja considerado grave.

Nas palavras de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha: “trata-se de regra que permite aos tribunais superiores proceder a uma escolha de causas que pretende julgar, mesmo que o recurso que as veicule seja inadmissível”¹⁷.

O recurso especial e o extraordinário seguem a regra geral e não tem efeito suspensivo. No entanto, o legislador, privilegiando o entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, disciplina sobre a competência para o pedido de urgência: (i) devendo ser direcionado ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; (ii) ao relator, se já distribuído o recurso; (iii) ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado.

O NCPC consagra outra regra de fungibilidade, possibilitando que se o relator do recurso especial entender que a questão versa sobre matéria constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

A oitava modalidade de recurso previsto no novo código é o já mencionado agravo em recurso especial e em recurso extraordinário sendo cabível da decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal de origem que nega seguimento aos referidos recursos extremos.

E por fim, os embargos de divergência cabíveis no STF e no STJ. O recurso será cabível quando houver divergência de qualquer outro órgão do mesmo tribunal.

O inciso III do art. 1043 inova ao permitir a interposição dos embargos de divergência quando divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso.

Há a possibilidade também da divergência verificar-se na aplicação do direito material ou do direito processual (art. 1043, § 2º). Outra novidade refere-se à possibilidade do acórdão paradigma ser da mesma turma que

17 JUNIOR DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: O Processo Civil nos Tribunais, Recurso, Ações de Competência Originária de Tribunal e Querela Nullitatis, Incidentes de Competência Originária de Tribunal*. Salvador: JusPodvdm, 2017. p. 368.

proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros (art. 1043, § 3º).

4 UMA BREVE EXPOSIÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO ITALIANO

A partir de informações obtidas no Portal Europeu da Justiça (https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-it.pt.do?member=1), será feita uma breve exposição do sistema judiciário italiano, que se assenta no direito civil.

A função judicial italiana pode ser repartida pelas seguintes áreas:

- Civil ordinária e penal
- Administrativa
- Contas
- Militar
- Fiscal

A jurisdição sobre os assuntos administrativos é exercida pelos tribunais administrativos regionais (*tribunali amministrativi regionali ou TAR*) e pelo Conselho de Estado (*Consiglio di Stato*).

Quanto a jurisdição sobre os assuntos contabilísticos é exercida pelo Tribunal de Contas (*Corte dei conti*). A respectiva procuradoria está sediada no mesmo tribunal.

A jurisdição sobre os assuntos fiscais é exercida pelas comissões fiscais provinciais e pelas comissões fiscais distritais.

A jurisdição sobre os assuntos militares é exercida pelos tribunais militares, pelo tribunal militar de recurso, pelo tribunal militar de execução de penas, pelos magistrados do Ministério Público junto dos tribunais militares, pelos procuradores-gerais militares junto do tribunal militar de recurso e pelo procurador-geral militar junto do Tribunal de Cassação.

E a jurisdição sobre os assuntos civis e penais é exercida pelos magistrados da ordem judicial, a qual se divide em juízes e em magistrados do Ministério Público, que desempenham as funções de juízes e juízes de instrução, respectivamente.

No que se refere às estruturas do Governo, a Constituição confere ao Ministério da Justiça competência para administrar os tribunais, em virtude da função, do papel e da relação especiais que este ministério mantém com a magistratura.

Ainda segundo dados coletados no Portal Europeu de Justiça, os tribunais estão organizados das formas a seguir descritas.

A primeira instância é formada por juízes de paz, tribunais, gabinete de execução de penas e tribunal de menores. Ao que é tratado no presente artigo, importa informar que os Tribunais são competentes para julgar demandas de maior importância.

Por sua vez, a segunda instância é formada pelos Tribunal de recurso (corte d'appello) e Tribunal criminal (tribunale di sorveglianza) – tribunais de segunda instância (e, algumas matérias especiais, de primeira instância) em matéria penal, que em regra apreciam recursos oriundos de decisões proferidas em primeira instância.

Por fim, há a Terceira instância, formada pelo Supremo Tribunal (Corte di cassazione). O Tribunal de Cassação é a mais alta instância do sistema judiciário. Nos termos da lei de bases do sistema judicial, Lei n.º 12 de 30 de janeiro de 1941 (artigo 65.º), entre as principais funções do Supremo Tribunal incluemse o dever de “assegurar a correta aplicação da lei e a sua interpretação uniforme, assim como garantir a unicidade da lei objetiva nacional e o respeito pelos limites entre as diferentes jurisdições”. Uma das principais características da sua função consiste, portanto, em uniformizar a lei, na prossecução da segurança jurídica.

Para maior compreensão, segue abaixo quadro explicativo sobre a hierarquia dos Tribunais na Itália, obtido também através do Portal Europeu de Justiça:

	Jurisdição cível	Jurisdição criminal	Jurisdição de menores	Jurisdição penal
Primeiro grau	Julgado de Paz	Julgado de Paz	Tribunal de Menores	Juízo Criminal/ Tribunal Criminal
Segundo grau	Tribunal	Tribunal	Juízo especializado do Tribunal de Recurso especializado do Tribunal de Recurso do Tribunal de Recursospecializado do Tribunal de Recurso	Tribunal Criminal
	Tribunal de Recurso	Tribunal de Recurso		
Violação da lei	Supremo Tribunal (ou Tribunal de Cassação)	Supremo Tribunal (ou Tribunal de Cassação)	Supremo Tribunal (ou Tribunal de Cassação)	Supremo Tribunal (ou Tribunal de Cassação)

Destaca-se que existe ainda o Tribunal Constitucional, previsto nos artigos 134 a 137 da Constituição Italiana, mas que não pertence ao Poder Judiciário. Referido Tribunal é formado por juízes indicados pelo Presidente da República e ainda por membros do Parlamento e da Corte de Cassação, tendo por competência a apreciação e julgamento de constitucionalidade das leis.

4 DAS IMPUGNAÇÕES EM GERAL PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO ITALIANO

Uma vez apresentada, ainda que de forma breve, a composição do sistema jurídico italiano, cumpre trazer as modalidades de impugnação previstas no Código Civil da Itália, como forma de melhor compreender o funcionamento do mesmo.

O artigo 323 do Código Processo Civil Italiano estabelece como meios de impugnação a apelação, a revogação, oposição de terceiros e o recurso de cassação.

Nos termos do artigo 325 do aludido diploma legal, a apelação, revogação e oposição de terceiros devem ser interpostas dentro de um prazo de 10 ou 30 dias, dependendo de quem proferiu a decisão. O recurso de cassação, contudo, deve ser interposto em 60 dias.

A apelação é cabível em face de decisões finais proferidas em primeira instância, desde que o recurso não seja contrário a Lei ou ao acordo das partes. Ao interpor o recurso de apelação as partes não podem produzir novas provas ou documentos, salvo se o Juiz entender necessário.

As sentenças pronunciadas em grau de apelação ou em grau único podem ser impugnadas com recurso de cassação pelos seguintes motivos: de jurisdição; por violação das normas sobre competência; por violação ou falsa aplicação de normas de direito; por nulidade de sentença ou de procedimento e ainda por omissão, insuficiência ou contradição na motivação.

Após a inserção do artigo 360bis, por meio da Lei 69/2009, restou estabelecido que o recurso de cassação será inadmissível quando a decisão recorrida decidir questões de direito em conformidade com a jurisprudência do tribunal, não havendo elementos para confirmar ou alteração da decisão e ainda quando é absolutamente infundada a acusação relativa a violação dos princípios reguladores do processo.

Pode ser interposto recurso de cassação ainda em face das decisões de primeiro grau de apelação ou em grau único de um juiz especial, por motivos pertencentes a jurisdição do mesmo juiz. Segundo o artigo 362 do CPCI, podem ser denunciados a qualquer tempo por recurso de cassação os conflitos positivos ou negativos de

jurisdição entre juízes especiais ou entre os juízes ordinários e ainda os conflitos negativos de atribuição entre a administração público e o juiz ordinário.

O recurso de cassação deve conter ainda, sob pena de inadmissibilidade, a indicação das partes, a indicação da sentença ou decisão impugnada, a exposição sumária dos fatos da causa, os motivos pelos quais se pede a cassação, com a indicação das normas de direito sobre o qual se fundam e ainda a indicação da procuração.

A revogação, nos termos do art. 395 do CPCI, pode ser apresentada em face de sentenças em grau de apelação ou em grau único quando: a decisão for efeito do dolo de uma das partes contra a outra; quando for julgado com base em provas reconhecidas ou declaradas falsas depois da sentença a parte vencida não tinha conhecimento de ser reconhecido ou declarada como tal antes de julgamento; quando após a decisão foram encontrados um ou mais documentos cruciais que a parte não podia produzir em julgamento por motivos de força maior, ou pelo interesse do adversário; quando a sentença é o efeito de um erro de fato resultante de atos ou documentos do caso; quando o julgamento for contrário a outro precedente tendo entre as partes autoridade de coisa julgada, mesmo que não tenha pronunciado sobre a relativa exceção e ainda quando a sentença é efeito de dolo do juiz.

Também é cabível a revogação, a ser proposta pelo Ministério Público, quando a decisão for proferida sem que referido órgão tenha sido ouvido ou quando a sentença é efeito de conluio das partes para fraudar a lei.

Por fim, destaca-se que o artigo 404 do Código Processo Civil Italiano prevê a Oposição de Terceiros como forma de impugnação de um terceiro contra a sentença transitada em julgada ou ainda executiva pronunciada entre outras pessoas, quando prejudica seus direitos.

5 A REFORMA PROCESSUAL NA ITALIA A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI 69 DE 19 DE JUNHO DE 2009 E AS TENTATIVAS ITALIANAS DE SE CONFERIR MAIOR CELERIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A lentidão na entrega da prestação jurisdicional na Itália foi objeto de apreciação pela Corte Europeia, que chegou a repreender aquele país pela morosidade na condução dos processos e ainda pela pouca efetividade da Lei.

O relatório de abertura dos trabalhos da Corte Europeia, no ano 2000, dedicou um longo parágrafo ao problema da Justiça italiana, com

referência às sistemáticas violações do art. 6º da Convenção dos Direitos do Homem, que assim estabelece:

Artigo 6.º (Direito a um processo equitativo)

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

A vista disso, com o fim de acelerar a tramitação dos processos, o ordenamento jurídico italiano passou por sucessivas reformas, sendo a de grande destaque aquela de 2009, quando foi editada a Lei 69, em 19 de junho.

Dentre as reformas ocorridas com a promulgação da referida lei, verifica-se como a mais importante a criação de um filtro para julgamento dos recursos pela Corte de Cassação.

Como já exposto anteriormente, a Corte de Cassação está no topo da jurisdição ordinária italiana. Entre as principais funções é “assegurar a observância exata e interpretação uniforme da lei, a unidade da lei objetiva nacional, o respeito pelos limites diferentes jurisdições. (Lei de Bases do Judiciário 12 art.65)¹⁸” e o recurso para aludido tribunal constitui-se como meio de impugnação ordinária.

Cumpra repetir, agora transcrevendo em uma tradução livre, as situações postas pela própria Corte de Cassação¹⁹ passíveis de serem impugnadas pelo recurso da cassação:

O recurso de cassação só pode ser interposto contra as medidas proferidas pelos órgãos jurisdicionais de direito comum a nível de apelação ou de grau. Os motivos invocados para justificar a utilização

18 CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE. Disponível em: <<http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/>>.

19 CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE. Disponível em: <http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/funzioni_della_corte.page>.

podem ser, em matéria civil, a violação do material correto (error in iudicando) ou Processual (erros no processo), os vícios de motivação (falta, insuficiência ou contradição) do acórdão recorrido, ou, mais uma vez, os fundamentos da competência. Prevê-se que um regime semelhante seja apelado para o Supremo Tribunal em matéria penal.

De acordo com o artigo 111 da Constituição Italiana, cada cidadão pode recorrer ao Supremo Tribunal por violação da lei contra qualquer decisão da autoridade judiciária sem recurso em matéria civil ou penal ou contra qualquer medida que restrinja a liberdade pessoal.

Ao Tribunal de Cassação é também atribuída a tarefa de estabelecer a jurisdição (ou seja, indicar, quando você criar um conflito entre os tribunais ordinários e o especial, italiano ou estrangeiro, quem tem o poder de tratar a causa) e a competência (ou seja, para resolver um conflito entre dois tribunais²⁰ inferiores).

Desta feita, a criação do aludido filtro para apreciação dos recursos por parte da Corte de Cassação implicou em nada mais que a imposição de um novo requisito de admissibilidade.

Como já brevemente exposto no tópico anterior, além dos requisitos contidos no artigo 360 do CPCI, o artigo 360bis inserido pela Lei 69 de

20 In Italia la Corte Suprema di Cassazione è al vertice della giurisdizione ordinaria; tra le principali funzioni che le sono attribuite dalla legge fondamentale sull'ordinamento giudiziario del 30 gennaio 1941 n. 12 (art. 65) vi è quella di assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni". Una delle caratteristiche fondamentali della sua missione essenzialmente nomofilattica ed unificatrice, finalizzata ad assicurare la certezza nell'interpretazione della legge (oltre ad emettere sentenze di terzo grado) è costituita dal fatto che, in linea di principio, le disposizioni in vigore non consentono alla Corte di Cassazione di conoscere dei fatti di una causa salvo quando essi risultino dagli atti già acquisiti nel procedimento nelle fasi che precedono il processo e soltanto nella misura in cui sia necessario conoscerli per valutare i rimedi che la legge permette di utilizzare per motivare un ricorso presso la Corte stessa.

Il ricorso in Cassazione può essere presentato avverso i provvedimenti emessi dai giudici ordinari nel grado di appello o nel grado unico: i motivi esposti per sostenere il ricorso possono essere, in materia civile, la violazione del diritto materiale (errori in iudicando) o procedurale (errori in procedendo), i vizi della motivazione (mancanza, insufficienza o contraddizione) della sentenza impugnata; o, ancora, i motivi relativi alla giurisdizione. Un regime simile è previsto per il ricorso in Cassazione in materia penale.

Quando la Corte rileva uno dei vizi summenzionati, ha il potere-dovere non soltanto di cassare la decisione del giudice del grado inferiore, ma anche di enunciare il principio di diritto che il provvedimento impugnato dovrà osservare: principio cui anche il giudice del rinvio non potrà fare a meno di conformarsi quando procederà al riesame dei fatti relativi alla causa. I principi stabiliti dalla Corte di Cassazione non sono, invece, vincolanti per i giudici, in generale, quando questi devono decidere cause diverse, rispetto alle quali la decisione della Corte Suprema può comunque considerarsi un "precedente" influente. In realtà, i giudici delle giurisdizioni inferiori si conformano alle decisioni della Corte di Cassazione nella maggioranza dei casi.

Non è necessaria alcuna autorizzazione speciale per presentare un ricorso innanzi alla Corte Suprema.

Secondo l'articolo 111 della Costituzione ogni cittadino può ricorrere alla Corte di Cassazione per violazione di legge contro qualunque provvedimento dell'autorità giudiziaria, senza dover esperire alcun appello in materia civile o penale, o contro qualunque provvedimento che limiti la libertà personale.

Alla Corte di Cassazione è anche attribuito il compito di stabilire la giurisdizione (vale a dire, di indicare, quando si crea un conflitto tra il giudice ordinario e quello speciale, italiano o straniero, chi abbia il potere di trattare la causa) e la competenza (vale a dire, di risolvere un conflitto tra due giudici di merito).

2009 ao Código de Processo Civil Italiano descreveu duas situações em que o recurso de cassação será inadmitido: quando o provimento impugnado decidiu questões de direito em conformidade com a jurisprudência da corte e o exame dos motivos não fornece elementos para confirmar ou alterar a orientação da mesma e quando é manifestamente infundada a alegação sobre os princípios normativos do devido processo legal.

A reforma do Código Processo Civil Italiano, mais especificamente a criação do filtro para o cabimento do recurso de cassação, sofreu várias críticas dos mais renomados processualistas civis italianos, ao argumento de que o mesmo afronta a garantia constitucional de qualquer cidadão em apelar à Corte.

Em sua primeira manifestação sobre o “filtro” previsto no novo artigo 360 bis do CPCI, a Corte de Cassação, em 2010, consolidou o entendimento de que, se no momento da prolação da decisão recorrida havia conformidade com o entendimento da Corte, o recurso da parte deve ser considerado manifestamente sem fundamento e não inadmissível como previsto no texto inserido pelo novo artigo 360 bis do CPCI, o que abrandou as críticas dos juristas a respeito desse requisito.

A tentativa de conferir maior celeridade e produtividade nos julgamentos pela Corte de Cassação não cessou com a edição da Lei 69, citada acima.

Recentemente, a Lei 197 de 25 de outubro de 2016 converteu o Decreto Lei 168 de 31 de agosto de 2016, que trata de medidas urgentes para o contencioso da Corte de Cassação, trazendo um novo modelo de decisão, as quais poderão ser apenas proposições assertivas, dando conhecimento as partes dos princípios do direito aplicado, além de estabelecer novos ritos a serem observados pelas Câmaras do Tribunal.

Ao comentar essas últimas alterações na forma de se proferir as decisões pelo Tribunal de Cassação, o Conselheiro Luigi Lombarde²¹ desta forma concluiu (tradução livre):

21 4. – A conclusione di questa breve disamina delle linee essenziali della riforma del giudizio di cassazione, si può dire che la novella riformatrice costituisce senz'altro – tra le riforme politicamente possibili (di quelle necessarie, ma politicamente impossibili, si è detto all'inizio) – un enorme passo in avanti sul piano dell'adeguamento della nostra Corte suprema agli *standard* delle altre Corti supreme europee.

D'ora in poi avremo non più un rito processuale di cassazione rigido, ingessato, insensibile alla valenza delle questioni di diritto sottoposte; avremo, invece, un rito flessibile, che si adatta al contenuto del ricorso e alla rilevanza delle censure nel quadro della funzione, affidata alla Corte, di indirizzare la futura giurisprudenza; un sistema che – optando per il rito camerale – consente una più agevole e rapida risposta della Corte alla miriade di ricorsi che sottopongono solo questioni di diritto di valenza meramente individuale, ma che conserva – nel contempo – e valorizza il rito dell'udienza pubblica, con la discussione orale delle parti e le conclusioni del procuratore generale, riservandolo a quei ricorsi che sottopongono questioni di diritto la cui soluzione consente alla Corte di esercitare la sua funzione peculiare, quella di indirizzo della giurisprudenza.

Oggi la Corte di cassazione italiana è un cantiere aperto, nel quale – con enorme sforzo di riorganizzazione – ci si prepara a dare attuazione ad una riforma che segna una svolta epocale; un riforma che certamente costringerà magistrati ed avvocati a mutar costume, ma che è necessaria per dare una risposta solerte alle istanze di giustizia dei cittadini

Para concluir esta breve revisão das principais linhas da reforma do tribunal de cassação, pode-se dizer que a notícia reformista certamente é - entre as politicamente possíveis reformas (aquelas necessárias, mas politicamente impossível foi dito no início) - um enorme passo em frente em termos da adaptação de nossa Corte suprema para os padrões de outros tribunais supremos europeus.

A partir de agora, não teremos um procedimento legal de cassação rígido, engessado, insensível à importância das questões de direito submetidas; iremos, no entanto, ter um rito flexível, que se adapta o conteúdo do apelo e relevância das queixas no contexto da função confiada ao Tribunal de direcionar o futuro da jurisprudência; um sistema que - optando pela câmara de ritual - permite uma resposta mais suave e rápida da Corte para a miríade de recursos que enviam perguntas de valor puramente individual, mas preserva - ao mesmo tempo - o rito da audiência pública com as alegações das partes e as conclusões do procurador-geral, reservando a ele apelar para aqueles que apresentarem questões de direito cuja solução permite ao Tribunal exercer a sua função original, a do aplicação de lei.

Hoje, o Tribunal de Cassação italiano é um trabalho em progresso, em que - com esforço de reorganização maciça - estamos nos preparando para implementar uma reforma que marca um ponto de viragem; uma reforma que certamente vai obrigar juízes e advogados mudar sua postura, mas que é necessário para alcançar uma resposta proativa para as exigências da justiça aos cidadãos.

7 CONCLUSÃO

O ponto comum das reformas dos códigos de processo civil italiano e brasileiro está na tentativa de se conferir maior celeridade e eficácia na prestação jurisdicional.

Na esteira desse pensamento, identificamos que embora a sistemática do novo código de processo brasileiro tenha prestigiado a celeridade e efetividade no desenvolvimento do processo, a manutenção de um número considerável de recursos pode ir na contramão de uma tutela jurisdicional justa, eficaz e em tempo razoável.

O novo Código de Processo Civil à semelhança do Código de 1973 prevê uma sistemática recursal ainda complexa, por elencar nove modalidades de recursos a serem utilizados no curso do processo.

É certo que, o princípio do duplo grau de jurisdição deve prevalecer e consagrar a prevalência da justiça da decisão, no entanto, o número excessivo de recursos pode configurar uma justiça lenta e ineficaz.

Contudo, a tão almejada harmonia entre a segurança da prestação jurisdição e a celeridade nos julgamentos pode ter sido alcançada com a ampliação do julgamento das demandas repetitivas e a valoração dos precedentes. O incentivo à conciliação pode ser um ponto de equilíbrio frente aos meios de impugnação ainda vigente no novo código.

Ainda é cedo para afirmar se o sistema recursal, da forma como inserido pela Lei n. 13.105/2015, corresponderá aos anseios da sociedade de maneira que se possa garantir uma rápida, mas efetiva, prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*. São Paulo: Malheiros, 2006

BERNARDES, Hugo Gueiros. O Sistema Recursal Trabalhista, *Revista LTr*, 62 – 09/1172.

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE. Disponível em: <<http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/>>.

JUNIOR DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: O Processo Civil nos Tribunais, Recurso, Ações de Competência Originária de Tribunal e Querela Nullitatis, Incidentes de Competência Originária de Tribunal*. Salvador: JusPodvm, 2017.

LEMOS, Vinícius Silva. *Preparo e sua Complementação no Novo CPC*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/preparo-e-a-sua-complementacao-no-novo-cpc>>. Publicado em 26 de maio de 2015.

LOMBARDO, Luigi. *II Nuovo Volto della Cassazione Civile*. Disponível em: <http://www.questionegiustizia.it/articolo/il-nuovo-volto-della-cassazione-civile_02-12-2016.php>. Publicado em 02 de dez. de 2016.

MENDONÇA, Ricardo Magalhães de. Revisão das decisões monocráticas do relator no julgamento antecipado do recurso: breve análise do agravo interno previsto nos Códigos de Processo Civil vigente e projetado. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 145, abr. 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. v. V, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. *Revista de Processo*, n. 99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

PORTAL EUROPEU DE JUSTIÇA. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-it-pt.do?member=1>.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 964.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro. (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/2016)*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais.

**ADVOCACIA PÚBLICA: NOTAS
COMPARATIVAS ENTRE O MODELO
BRASILEIRO E ITALIANO E AS
MODIFICAÇÕES DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

***PUBLIC ADVOCACY: COMPARATIVE NOTES BETWEEN THE
BRAZILIAN AND ITALIAN MODEL AND THE MODIFICATIONS OF
THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE***

Micheline Silveira Forte Bezerra
Doutoranda pela Universidade do Porto – FDUP/PT
Mestre pela Universidade do Porto – FDUP/PT
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB
Graduada pela Universidade Federal do Ceará - UFC
Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO
Advogada da União no Ceará – CGAU/AGU

SUMÁRIO: Considerações Iniciais; 1 A segurança jurídica e o modelo brasileiro de Advocacia Pública; 2 A Advocacia pública federal: Advocacia-Geral da União; 3 *Avvocatura dello Stato*: o modelo italiano de Advocacia Pública; 4. A Advocacia Pública no código de processo civil brasileiro de 2015; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é apresentar de forma sucinta os modelos de Advocacia Pública existentes no Brasil e na Itália e dar ênfase as modificações trazidas pelos artigos 182 a 184 do Código de Processual Brasileiro de 2015, que previu no título VI, um tópico específico: Da Advocacia Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Pública. Advocacia-Geral da União. Função Essencial à Justiça.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to present a brief summary of the models of Public Advocacy in Brazil and Italy and to emphasize the changes brought by articles 182 to 184 of the Code of Brazilian Procedure of 2015, which foresees in Title VI a specific topic: From Public Advocacy.

KEYWORDS: Public Advocacy. Advocacy-General of the Union. Essential Function to Justice.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal Brasileira de 1988 inspirada, pelo que veremos mais à frente, no modelo italiano de Advocacia Pública, repartiu competências entre o Ministério Público e a Advocacia Pública. Naquele momento, o constituinte originário chegou à conclusão, com a experiência constitucional anterior, que a figura do “promotor-advogado”, não era adequada para a realização das missões institucionais do *Parquet*.

Manteve-se a distinção entre Advocacia Privada e Advocacia Pública partindo-se para uma divisão em três ramos: a Advocacia Pública, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Criou-se “três *procuraturas constitucionais independentes* para que exercitassem, cada uma delas, em seus respectivos âmbitos funcionais e federativos, *os poderes tipicamente estatais* de fiscalização, zeladoria, promoção, defesa e controle, pois referentes à estruturação e funcionamento do próprio Estado, e nem por outra razão, inseridas todas essas funções, sob a qualificação de *Essenciais à Justiça*.”¹

Promotores/Procuradores da República, Advogados Públicos e Defensores foram concebidos como Membros de Instituições que exercem funções essenciais à Justiça.

Na linha dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário que também são chamados de funções essenciais ao Estado Democrático de Direito, a Constituição Brasileira de 1988, quis utilizar o adjetivo essencial para qualificar funções (desempenhadas por instituições como a Advocacia-Geral da União², o Ministério Público e a Defensoria Pública e ressaltar a importância de uma atividade como foi o caso da Advocacia) que são indispensáveis à Justiça.

Passadas quase três décadas após a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados receberam tratamento bastante similar em todo País, respeitando-se as peculiaridades de cada Estado, dentro de sua capacidade de auto-organização, e imprimiram pequenas nuances no regime jurídico do seu *Parquet*. Nesse tempo, os membros do Ministério Público ganharam destaque no cenário nacional e a razão de ser de suas funções foi assimilada pela sociedade.

Os advogados públicos, porém, ainda buscam uma identidade, que embora avance a passos largos, ainda se encontra em construção. Não obstante suas atribuições terem sido alçadas a mesma dignidade constitucional daquelas previstas para o Ministério Público e Defensoria Pública existem enormes

1 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. In: *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 25.

2 A União antes do advento da Constituição Federal de 1988 era representada pelo Ministério Público Federal, especificadamente pela Procuradoria-Geral da República, que era auxiliada pelos Ministérios Públicos Estaduais, a quem era conferido poderes para representar a Fazenda Federal na cobrança de sua dívida ativa. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.11.

assimetrias entre as carreiras que integram a Advocacia Pública e em especial à Advocacia Pública Federal (exercida pela Advocacia-Geral da União³, instituição que não tem paralelo na história burocrática brasileira, mas que foi buscar raízes, principalmente, no modelo Italiano de Advocacia Pública).

Os advogados públicos de todas as esferas federadas receberam da Constituição uma idêntica missão – a representação, mais tecnicamente falando a apresentação judicial⁴ e o assessoramento do ente público. Além do regramento constitucional, há uma outra nota de semelhança que aproxima toda a categoria: apesar do adjetivo, o advogado público não deixa de ser advogado, que exerce uma função constitucionalmente privilegiada por ser indispensável à administração da Justiça. Somente a partir da aceitação de sua natureza e da autoafirmação de seus direitos, em toda sua plenitude, é que os advogados públicos passaram a construir uma identidade nacional homogênea e projetar a importância de seu papel perante a sociedade brasileira.

A Constituição Brasileira de 1988 não só classificou a Advocacia Pública como uma função, ou seja, como uma função estatal, mas a inseriu no capítulo IV do Título da “Organização dos Poderes”. O interessante é que não obstante o artigo 2º da Constituição Federal Brasileira de 1988 se referir a existência de 3 (três) Poderes⁵, o título que veio organizar de forma pormenorizada esses 3 (três) poderes foi dividido em 4 (quatro) capítulos.

3 Seção II DA ADVOCACIA PÚBLICA

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

- 4 Sobre a distinção entre apresentação e representação, escreveu CAMILLA FUREGATO, verbis: Na representação há sempre dois sujeitos, um representante, que age em nome do representado e um representado. É uma relação jurídica. O preposto é representante porque se revela como alguém distinto da pessoa jurídica, agindo, desta forma, em seu nome. Em contrapartida, a relação de apresentação é uma relação orgânica, como no caso do Chefe do Executivo que apresenta o Brasil, tanto assim, que se ele sofrer um ataque num país estrangeiro, será um ataque ao Estado Brasileiro. Quando um presidente age, quem age é a pessoa jurídica” (in <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/101400/qual-a-diferenca-entre-representacao-e-presentacao>). Veja-se que os Advogados Públicos, também chamados de Procuradores Públicos, são na verdade órgãos da Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal e quando atuam é como se a Fazenda Pública atuasse em Juízo, ou seja, estivesse presente em juízo. Dessa forma, os procuradores públicos “presentam” a Fazenda Pública em juízo, sendo correto falar-se não em representação, mas sim, apresentação em juízo, conforme a clássica doutrina do mestre Pontes de Miranda. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 1, p. 96.

5 Constituição Federal TÍTULO I
Dos Princípios Fundamentais

[...]

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Nesse artigo, de maneira sucinta, pretende-se apresentar um breve comparativo entre os modelos de Advocacia Pública brasileiro e italiano, levando em consideração que a principal função da Advocacia Pública é a de garantir a segurança jurídica ao Estado Brasileiro e nesse sentido demonstrar a contribuição do novo Código de Processo Civil Brasileiro para tal mister.

Obviamente não há aqui qualquer pretensão acadêmica de esgotar esse extenso tema, entretanto, objetiva-se apenas analisar os aspectos mais centrais.

1 A SEGURANÇA JURÍDICA E O MODELO BRASILEIRO DE ADVOCACIA PÚBLICA

Com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, chamada de “Constituição Cidadã”, devido à grande quantidade de leis voltadas à área social, o Brasil passou a “respirar” o mais longo período de solidez institucional de sua história. Nesse tempo, o país conviveu com crises na área econômica (hiperinflação) – de 1985 a 1994, com sucessivos planos econômicos fracassados: Cruzado I e II (1986), Bresser (1987), Collor I (1990) e Collor II (1991) – e na área política (com a destituição, por *impeachment*, de dois presidentes da República eleitos após o período de ditadura militar, época da redemocratização), além de vários escândalos políticos e financeiros graves que estão com o seu desenrolar em curso.

Todos esses problemas foram, todavia, enfrentados e superados dentro de um quadro de legalidade constitucional, que se verte num princípio de segurança e estabilidade jurídica, princípio cuja essência decorre do Estado de Direito e que tem uma perspectiva de proteção na confiança dos cidadãos, exigível a qualquer ato de poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) vinculada à orientação e aplicação do direito, e também aliada à uma garantia de transparência, lisura, dos atos de poder.

A Constituição Brasileira de 1988 além de proteger a segurança jurídica, também a impõe, ao dispor sobre quem são as autoridades competentes, quais os atos a serem editados, quais são os conteúdos que podem vir a serem regulados, quais os procedimentos, as matérias que podem ser tratadas. Assim, uma questão logo se apresenta. Quem ou quais poderes ou instituições garantem a segurança jurídica no Brasil? De acordo com Humberto Ávila⁶ não se pode investigar a segurança jurídica se não por meio de uma perspectiva analítica que seja capaz de restringir a ambiguidade e a vagueza dos seus elementos constitutivos e de indicar os seus aspectos: *material* (qual conteúdo da segurança jurídica?), *subjetivo* (quem são os sujeitos da segurança?), *objetivo* (segurança do quê?), *temporal* (segurança jurídica quando?), *quantitativo* (em que medida?), *justificativo* (para

6 ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 678

quê e por quê?). Assim, ele afirma ser imprescindível lançar um olhar para o ordenamento jurídico, que leve em conta a sua *superestrutura* (o conjunto) e também a sua *estrutura* constitucional (as partes), com o intuito de esclarecer quais as possíveis acepções, dentre aquelas analiticamente discerníveis, que se podem identificar.

Não poderíamos pretender nesse breve texto desvendar todas estas questões. O que se pretende é apenas ressaltar alguns aspectos, situações e pontos de vista, pelos quais o legislador constituinte brasileiro optou por dedicar um capítulo específico dentro do Título IV da Constituição Federal do Brasil de 1988, que cuida sobre a organização dos Poderes, às chamadas “Funções Essenciais à Justiça”⁷ e como estas funções essenciais, especificadamente, a Advocacia Pública, tornou-se ator garantidor da segurança jurídica brasileira.

Como já mencionado o artigo 2º da Constituição Federal de 1988 trata da existência de 3 (três) Poderes, mas o título que veio organizá-lo foi dividido em 4 (quatro) capítulos. Não é, no mínimo estranho? Se são 3(três) Poderes, o Título que trata “Da Organização dos Poderes” deveria ter 3(três) capítulos e não quatro.

Para responder a tal questionamento, impõe-se uma atenção à aplicação do princípio da separação de poderes, que não é exclusividade da doutrina e jurisprudência brasileira. Em países como a França, Inglaterra e EUA muitas distorções têm sido atribuído ao princípio da separação de poderes, tudo por conta das múltiplas acepções/definições dadas ao longo do tempo.

O princípio em tela tem por objetivo que nenhum dos órgãos estatais chegue a deter, por si só, a totalidade do poder do Estado, bem como que a entrega de cada uma das frações do poder político seja dividido e possa vir a servir de freio e contrapeso simultaneamente, a fim de se evitar a concentração e o abuso de poder. Sendo de suma importância destacar que a distinção entre as funções legislativa, executiva e judicial não surgiram, na sua origem, marcadas pela pretensão de compreender e descrever exaustivamente as funções de Estado, mas sim, com o propósito claramente prescritivo e garantístico de separação orgânico-pessoal ser um imperativo da liberdade e da segurança individuais.

A “*separation of powers*”, originária da Inglaterra no Século XVII é um pré-requisito da “*rule of law*”, e foi resultado do sistema jurídico-político de então, no qual a legislação era uma atividade rara, excepcional, de natureza específica, sendo que até a Idade Moderna a lei era declarada, clarificada, explicitada e não um efeito da criação intelectual do legislador, pois como atividade legislativa

7 Das funções essenciais à Justiça Artigos 127 a 135
Capítulo IV Das Funções Essenciais à Justiça
Seção I Do Ministério Público
Seção II Da Advocacia Pública
Seção III Da Advocacia e da Defensoria Pública

(jurisdicional) fazia parte do processo judicial, a quem competia dar aos termos abstratos as regras legais.

É válido lembrar, com apoio em Nuno Piçarra⁸, que o princípio da *separação de poderes* foi utilizado na Inglaterra, inicialmente, para evitar os excessos do Poder Legislativo (mais precisamente do Parlamento Longo), no sentido de limitar, que aquele órgão exercesse a função legislativa, retirando-lhe qualquer competência de natureza jurisdicional.

Na visão de um dos grandes pensadores da época, John Locke:

[...] seria provocar uma tentação demasiada forte para a fragilidade humana, sujeita à ambição, confiar aos que já têm o poder de fazer as leis o poder de as executar. Ficariam, então, em condições de se dispensarem de obedecer às leis que fazem e em condições de redigi-las e aplica-las em função dos seus interesses⁹.

Para esse autor, a doutrina da separação de poderes presumia a definitiva autonomia material da função legislativa, relativamente à função executiva, e tinha por objetivo garantir a domínio da supremacia da lei, que naquele contexto histórico representa a expressão primeira da vontade popular manifestada por uma assembleia de representantes eleitos.

Num segundo momento, a doutrina da balança dos poderes, que vigia na Inglaterra, explicitava que o Parlamento não executava mais as leis ao interpretá-las, mas simplesmente exercia a autoridade da função executiva por meio do *impeachment*, e o Rei já não colabora com a feitura das leis, mas monopolizava sua eficácia por meio do veto (*negative voice*). A rigor, nem o *impeachment* nem o veto têm característica legislativa ou executiva, antes substanciam um poder de controle recíproco.

Montesquieu, após grande e demorado estudo da realidade dos autores ingleses, apresentou sua parcela de contribuição na obra chamada “Do espírito das Leis”, tendo como objetivo a integração, entre a separação de poderes legislativo e executivo, subdividindo este em executivo (governança) e judiciário, pois partia do pressuposto de que, na realidade, havia pouca ou quase nenhuma possibilidade dos autores das leis agirem constantemente de acordo com elas, aplicando-as imparcialmente aos casos concretos. Assim, estabeleceu a separação de poderes como uma *conditio sine qua non* à aplicação da *rule of law*

8 PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989.

9 LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. Coleção Obra Prima. São Paulo: Martin Claret, 2008, apud PIÇARRA, Nuno. *A Separação de poderes como doutrina e Princípio Constitucional* – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra. 1989. p. 71.

ou princípio da legalidade, objetivando assegurar a supremacia da lei, mediante o exercício de acordo com ela (não arbitrário) da função executiva e judicial¹⁰.

É importante ressaltar, como o faz o autor Oskar Käge¹¹ que Montesquieu pertence ao rol dos autores mais citados e menos lidos, tendo em vista a insistência no discurso da separação de poderes, no seu aspecto nitidamente mais estreito, mais estrito, pois como se sabe o Liberalismo tinha como pretensão, com a separação de poderes, nada além do que a *paralisia, o marasmo estatal*, tendo cada poder um objetivo de frear os excessos dos outros, evitando-se assim, a criação de movimentos inclinados a modificarem o equilíbrio da sociedade. Ora, de acordo com Nuno Piçarra, o resguardo aos direitos fundamentais é a função principal da separação de poderes¹².

Pensando sobre esse prisma, podemos estabelecer que, no artigo 2º, o constituinte brasileiro fez a enunciação clássica do princípio da separação dos poderes, ou melhor, das funções estatais, valendo-se da formulação de Montesquieu, no ano de 1748. Mas, quando ele, constituinte, foi trabalhar a divisão das funções estatais entre as instituições de forma mais detida e sob a ótica do Estado Democrático de Direito, sentiu a necessidade de estabelecer mais de 3 (três) funções. E isso é bastante natural, pois tanto o Estado Monárquico, no qual Montesquieu viveu quanto o Estado de Direito, cuja instituição se pautou nas reflexões do filósofo francês, eram extremamente enxutos e não tinham o compromisso de prestar essa infinidade de serviços à população. Já o Estado Democrático de Direito, ao contrário, é extremamente grande e tem o dever de realizar uma série de atividades.

Assim, o equilíbrio estatal, que é almejado, sobretudo pelo Estado Democrático (descentralização das forças estatais) exige mais do que 3 (três) funções. Desse modo, verifica-se já de plano e questiona-se a hodierna colocação da Advocacia Pública dentro do organograma do Poder Executivo, embora tenha um *status* constitucional diferenciado que representa uma nova função estatal ainda em fase de afirmação.

10 “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.” [...] Poder legislativo traduz-se no poder de fazer leis, por um certo tempo ou para sempre, e de corrigir ou ab-rogar as que estão feitas. O Poder executivo das coisas que dependem do direito internacional ou, simplesmente, o poder executivo do Estado é o de fazer a paz ou a guerra, de enviar ou receber as embaixadas, de manter a segurança e de prevenir as invasões. O poder de julgar ou o poder executivo das coisas que dependem do direito civil é o poder de punir os crimes e julgar os litígios entre os particulares. ” MONTESQUIEU. *Do espírito das Leis*. São Paulo: Difusão Europeia do livro. 1962. v. 1. p.181 e 91.

11 KÄGI, Oskar Werner. *Zur Entstehung, Waldung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips*, Zúrique: 1937. p.45, apud. Ibidem. PIÇARRA. p. 90. p. 45.

12 [...] controlar-se-ão reciprocamente, de modo a que nenhum possa, por si só, alterar ou subverter o quadro das competências em que se integram, o que constituiria o primeiro passo para a supressão ou, pelo menos, para a conversão dos direitos fundamentais em meras tolerâncias ou, ainda, “a separação de poderes é um pressuposto institucional para a garantia dos direitos fundamentais, sem a qual estes mais não são meras declarações de intenções”.

Não há dúvidas de que a Advocacia Pública Brasileira participa do sistema de freios e contrapesos do Estado, seja representando, ou melhor, apresentando judicial e extrajudicialmente a União (todos os Poderes), todas as instituições que exercem função estatal, incluindo-se as autarquias, seja controlando o exercício da função Executiva (Administrativa), ao assessorando juridicamente o Poder Executivo.

2 A ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL: ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

A Advocacia Pública cuida de uma função estatal autônoma e independente, tratada pela Constituição Cidadã no Capítulo IV do Título “Da Organização dos Poderes”, ao lado das funções estatais clássicas (executiva, legislativa e jurisdicional) e, também, do Ministério Público e da Defensoria Pública, não possuindo, portanto, nenhum vínculo de subordinação ou hierarquia com o Executivo ou qualquer outro órgão estatal.

A Advocacia Pública, da forma como foi concebida pela Carta de 1988, representa, em conjunto com as demais funções essenciais à justiça, uma resposta às reivindicações da sociedade brasileira contemporânea, que há muito ansiava pela afirmação de valores como a democracia, a cidadania, a justiça, a moralidade pública, a dignidade e o pluralismo, o que, seguramente, perpassa pela ampliação dos interlocutores sociais e pelo reforço do sistema de freios e contrapesos. A concepção clássica da teoria da “separação dos poderes”, por ter sido idealizada na primeira metade do século XVIII, no afã da instituição de um Estado Liberal de Direito, não mais se sustenta na conjuntura constitucional do Estado Democrático e Social de Direito, vez que este, diferentemente do primeiro, se encontra estruturado a partir de preceitos democráticos, coletivos, difusos, sociais e fraternais de uma sociedade dinâmica, complexa e divergente, que propugna pela afirmação de várias dimensões de direitos fundamentais conflitantes entre si (não apenas direitos de primeira, mas, também, de segunda, terceira, quarta e, segundo alguns, até de quinta dimensão) através, principalmente, da ação estatal. E, neste diapasão, mostra-se fundamental a atuação concomitante de uma pluralidade de instituições com a força e a independência necessárias à preservação democrática do equilíbrio dos valores constitucionalmente consagrados e dos anseios dos diversos seguimentos que compõem a população brasileira.

No que tange à sua finalidade, tem-se que a Advocacia Pública, enquanto função estatal autônoma deve ter por escopo a consecução dos objetivos fundamentais da República, previstos no artigo 3º da nossa Lei Maior, sobretudo os atinentes à realização da justiça e à promoção do bem comum. E, para tanto, precisa ter, como norte forte e seguro, o interesse público,

posto que é no cidadão que se encontra o fim último e primeiro do Estado, o qual, segundo se afirma, possui natureza meramente instrumental, apenas se legitimando e justificando na medida em que atua a bem da sociedade.

Por vontade do poder constituinte originário, a função de Advocacia Pública na seara federal foi confiada à Advocacia-Geral da União - AGU, instituição que se encontra em fase de consolidação e cujo avanço no sentido da afirmação das garantias e prerrogativas necessárias ao bom desempenho das suas relevantes funções se mostra inadiável.

Incumbe à Advocacia-Geral da União, nos termos do artigo 131 da Constituição Brasileira de 1988 e da legislação infraconstitucional, a consecução ampla do interesse público (nas suas várias facetas constitucionais) por meio do exercício das atividades de consultoria e assessoramento jurídico no âmbito da função executiva federal e de representação judicial e extrajudicial de todos os órgãos, autarquias e fundações públicas da União. Deste modo, cabe a ela não apenas a defesa do interesse público contra agressões, mas, também, a sua promoção de maneira eficiente, eficaz e consentânea com os objetivos fundamentais da República (art. 3º da CF/88) e com os anseios da sociedade (art. 1º, parágrafo único, da CF/88), pois somente com uma atuação proativa e respaldada pelas diretrizes constitucionais e pela vontade popular poderá contribuir efetivamente para a afirmação equilibrada da pluralidade de valores consagrados pela nossa Lei Maior.

A Advocacia-Geral da União se consolidou com a edição da Lei Complementar nº 73, em 10/02/1993. E ficou assim dividida:

- Órgãos de direção superior: Advogado-Geral da União, Procuradoria-Geral da União, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Consultoria-Geral da União, Conselho Superior da Advocacia-Geral da União e Corregedoria-Geral da Advocacia da União;
- Órgãos de execução: Procuradorias Regionais da União, Procuradorias Regionais da Fazenda Nacional, Procuradorias da União nos Estados e no Distrito Federal, Procuradorias da Fazenda Nacional nos Estados e no Distrito Federal, Procuradorias Seccionais da União, Procuradorias Seccionais da Fazenda Nacional, Consultoria da União e Consultorias Jurídicas nos Ministérios;
- Órgãos vinculados: Procuradorias e Departamentos jurídicos de autarquias e fundações públicas federais. Além dos órgãos que dizem respeito às atividades finalísticas da AGU, a sua Lei Orgânica previu ainda os seguintes órgãos de administração: Gabinete do Advogado-

Geral da União, Diretoria-Geral de Administração, Centro de Estudos e Secretaria de Controle Interno.

Mencionada lei, já está precisando de muitas alterações, tendo em vista que a Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria do Banco Central, consideradas órgãos vinculados, criados pela Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002, e que tem como titular o Procurador-Geral Federal, cargo de natureza especial, nomeado pelo Presidente da República, mediante indicação do Advogado-Geral da União¹³, de fato, desde 2002, integra o corpo da Advocacia-Geral da União – AGU.

Já no aspecto humano da instituição, é imperioso constatar que a Advocacia-Geral da União tem como membros juristas altamente qualificados, selecionados através de rigoroso concurso público e inegavelmente capacitados para realizar com seriedade, razoabilidade e excelência as análises jurídicas das questões que lhes forem submetidas tanto na seara consultiva quanto na judicial ou extrajudicial, o que, somado às dimensões continentais do nosso país e à velocidade com que as relações sociais e jurídicas se desenvolvem nos dias atuais, impõe sejam as suas funções institucionais desempenhadas de forma minimamente autônoma e independente.

3 AVVOCATURA DELLO STATO: O MODELO ITALIANO DE ADVOCACIA PÚBLICA

Antes da unificação do Estado Italiano havia vários sistemas organizacionais diferentes que eram influenciados pela aristocracia e cultura. Conforme citam Scoca e Belli, os Estados eram divididos da seguinte forma¹⁴:

- a) Sistema austríaco – defesa do Estado exercida pelas procuradorias do Estado – Piemonte, Lombardo Veneto, Ducato de Moderna e no Estado Pontifício;
- b) Sistema francês - Agências do Contencioso – supervisionar o andamento das causas - no reino das duas Sicílias, Ducato de Parma e no Reino de Nápoles;

13 Compete à Procuradoria-Geral Federal exercer a representação judicial, extrajudicial, a consultoria e assessoramento jurídicos de 159 autarquias e fundações públicas federais, bem como a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

14 CARNEIRO, Rommel Madeiro de Macedo. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008. p. 64-65.

- c) *Advocacia Régia - Avvocatura Regia* – modo particular de defesa do Estado – Toscana (influenciou a atual *Advocacia do Estado* italiano).

A partir da unificação do Estado Italiano, o sistema de contencioso financeiro então vigente em Nápoles passou a ser adotado de forma geral, ocorre que a falta de uniformização da defesa judicial do Estado acompanhada da falta de preparo jurídico prejudica o sistema o tornando ineficiente. Nesse momento sugeriu-se que o Ministério Público assumisse o papel de defesa do Estado, o que foi rechaçado tendo em vista a incompatibilidade e os conflitos por vezes existentes entre interesses do governo e da sociedade.

Em 16 de janeiro de 1876 o Decreto número 2914 criou a *Advocacia do Erário (Avvocatura Erariale)*, do latim “*ærarium*” representando o “bronze”, a “reserva de moedas”. A *Advocacia Erarial*, era um órgão ligado ao Ministério das Finanças e cuidava dos interesses patrimoniais do Estado, bem como da consultoria e do patrocínio da Administração. A estrutura já tinha como chefe um Advogado-Geral (*Avvocato Generale*). De acordo com Menestrina, citado em Rommel Carneiro¹⁵:

A criação da *Avvocatura Erariale* apresentou uma inegável vantagem, na medida em que viabilizou a condução uniforme das causas de interesse do Estado. Isto proporcionou o desenvolvimento de um complexo de princípios e práticas favoráveis ao Estado, evitando que os ramos da Administração agissem uns contra os outros. (CARNEIRO, 2008, p.65)

A *Advocacia do Erarial*, *Advocacia do Erário* foi extinta pelo Régio Decreto (RD) de 20 de novembro de 1930, n. 1483, que alterou a denominação *Advocacia do Erário (Avvocatura Erariale)* para *Advocacia do Estado (Avvocatura dello Stato)*, cabendo a mesma defender interesses do Estado e não somente de natureza fiscal¹⁶.

A *Advocacia do Estado* italiano encontra-se subordinada à Presidência do Conselho de Ministros, entretanto, não é um órgão que esteja representando um dos poderes, porque o Estado Italiano é considerado único, cabendo a um órgão representar o Estado nas questões jurídicas ou de interesse do Estado.

A *avvocatura dello Stato* é um órgão de assistência legal e de defesa em juízo das administrações e dos entes públicos de relevância estatal, na União Europeia e atua perante todas as jurisdições nacionais.

Representa, o Estado Italiano perante a Corte Constitucional nos casos onde há dúvida sobre a legitimidade constitucional das leis estatais

¹⁵ Ibid., p. 65.

¹⁶ CARNEIRO, op. cit., p. 65.

ou regionais; perante a Justiça Ordinária (Tribunais, Cortes de Apelação e Corte de Cassação), nas causas existentes entre o Estado e os cidadãos relativas às relações reguladas em regime de paridade (direito subjetivo do cidadão): e, ainda, nas causas relativas aos juízos administrativos (Tribunais Administrativos Regionais e Conselho de Estado), nas relações nas quais as administrações exercem poderes públicos e também naquelas situações em que o cidadão possui um interesse legítimo protegido pelo ordenamento jurídico.

A Advocacia do Estado é constituída conforme segue:

- a) Advocacia-Geral – Avvocatura Generale - Roma;
- b) Advocacia Distritais – Avvocatura Distrettuali - capitais das regiões italianas, bem como nas cidades onde estejam instituídas sedes de Cortes de Apelação.

O organograma é constituído por:

- a) Advogado-Geral do Estado – Avvocato Generale dello Stato – nomeado por decreto do Presidente da República, com ciência do Presidente do Conselho dos Ministros, após deliberação deste Conselho;
- b) Vice-Advogado-Geral – Vice Avvocato Generale dello Stato - nove Advogados do Estado de última classe para ajudar o Advogado-Geral;
- c) Advogados e Procuradores Distritais – representação Administrativa;
- d) Advogados e Procuradores Estatais – representação nas circunscrições.

Outros cargos administrativos:

- a) Secretário-Geral (Segretario Generale);
- b) Conselho dos Advogados e Procuradores do Estado (Consiglio degli Avvocati e Procuratori dello Stato);
- c) Conselho de Administração (Consiglio d'Amministrazione).¹⁷

17 CARNEIRO, op. cit., p. 65.

Compete à Advocacia Pública Italiana, chamada: *avvocatura dello stato*, prestar a consultoria e também promover a representação judicial, tanto ativa quanto passiva, do Estado Italiano, conforme o que acontece no Brasil, incluindo a representação judicial de todos os poderes dos órgãos como a Corte Constitucional, que é órgão autônomo.

A *avvocatura dello stato* atua de forma nacional e regional, em similitude à estruturação do próprio Estado Italiano que, diversamente do Estado Brasileiro, não se constitui numa federação. Possui sede em Roma, mas mantém unidades em cada uma das regiões em que se subdivide o país, como Milão, Nápoles, Palermo.

No livro “Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988”¹⁸, escrito pelo colega Advogado da União, Rommel Carneiro este verifica que:

Advocacia do Estado (*Avvocatura dello Stato*) na Itália é uma instituição que possui dupla competência: de um lado, desenvolve uma atuação contenciosa, representando e defendendo o Estado os interesses patrimoniais e não patrimoniais do Estado; e, de outro, uma atividade consultiva, desempenhando a consultoria legal da Administração, sem qualquer limite em relação às matérias apreciadas. Tais atribuições da Advocacia do Estado são, em regra, exercidas com exclusividade, albergando a consultoria, a representação e a defesa em juízo da Administração em todas as suas articulações [...].

Conforme observa Belli (1959, p. 670-671), a Advocacia do Estado na Itália não é um órgão que representa tão-somente o Poder Executivo, mas sim todos os poderes estatais enquanto exerçam uma atividade substancialmente administrativa, os quais devem comparecer em juízo por intermédio da Advocacia do Estado.

Assim, podemos de logo esclarecer que o modelo de Advocacia Pública existente na Itália em muito se assemelha ao modelo replicado no Brasil, no que se refere ao âmbito de atuação. Seus membros trabalham em várias, tanto na função postulatória da Advocacia Pública (representação), como na função preventiva (consultoria jurídica).

O assessoramento jurídico se dá inclusive na esfera legislativa e atuam também na conciliação dos conflitos que envolvem o ente estatal:

[...], nel nostro ordinamento, l'Avvocatura dello Stato è deputata per legge, in via generale, al compito de provvedere alla tutela legale dei diritti e degli interessi dello Stato, di rispondere alla richiesta de consultazione

18 CARNEIRO, op. cit., p. 64-65.

di tutte le Amministrazioni statali e 'di consigliarle e dirigerle quando si tratti di promuovere, contestare o abbandonare guidizi; esamina progetti di legge, di regolamenti, di capitoli redatti dalle Amministrazioni, qualora ne sia richiesta; predispone transazioni d'accordo con le Amministrazioni interessate o esprime parere sugli atti di transazione redatti dalle Amministrazioni: prepara contratti o suggerisce provvedimenti intorno a reclami o questioni mossi amministrativamente che possano dar materia di litigio' (art. 13, r.d. 30.10.1933, n. 1611).¹⁹

Quanto à investidura nos cargos de Advogados Públicos, há algumas semelhanças. A primordial é que o acesso também é feito pela via do concurso público. O modelo de carreira é estruturado da seguinte forma, existe dois cargos: Procurador do Estado e Advogado do Estado. Podem concorrer ao primeiro cargo, os cidadãos com menos de 40 anos bacharéis em Direito. Ao segundo, somente podem concorrer profissionais específico, dentre os quais procuradores que tenham ao menos dois anos de antiguidade. Dessa forma, não há possibilidade de se acessar ao cargo de Advogado do Estado pelos Procuradores do Estado sem novo concurso público. A antiguidade de per si no cargo de Procurador não garante acesso automático ao cargo de Advogado²⁰.

É importante ressaltar que existe uma importante diferença no que cuida da atuação na esfera contenciosa. É que na Itália vive o sistema de contencioso administrativo, e Estado Italiano quase sempre é demandado ali e não perante os órgãos do Poder Judiciário. Em outras palavras, trata-se de uma instância própria criada para julgar todas as questões e atos que envolvem a Administração Pública, a Fazenda Pública. Nesse sistema, o Conselho de Estado é um órgão supremo de consultoria e de jurisdição administrativa do Estado, bem diferente do Brasil onde o Poder Judiciário Federal tem como principal demandada a Fazenda Pública.²¹

Os advogados públicos italianos atuam em todas as esferas de jurisdições nacionais. Sua função é exclusiva. Exclusividade que ainda não existe de forma generalizada na Advocacia Pública Brasileira, tendo em vista a contratação de escritórios particulares para atuação no exterior; em algumas demandas importantes do Estado Brasileiro e a contratação de advogados privados no âmbito municipal para o exercício de cargos de confiança.

Uma das características da advocacia pública italiana é a independência técnica de seus integrantes, a qual é assegurada, inclusive,

19 BRUNI, Alessandra; PALATIELLO, Giovanni. *La difesa dello Stato nel processo*. Turim: UTET Giuridica, 2016, p. 36.

20 BRUNI, Alessandra; PALATIELLO, Giovanni. *La difesa dello Stato nel processo*. Turim: UTET Giuridica, 2016, p. 39.

21 Cf. SOARES, José de Ribamar Barreiros. *A justiça administrativa no direito comparado*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/721/r152-04.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 29 de jan. 2017.

pela impossibilidade de destituição “ad nutum” do advogado-geral, cuja condição não o sujeita a interferências de “ordem política”.

Outra garantia assegurada aos advogados de estado italiano é a paridade de regime salarial com relação à magistratura que, na Itália, compreende tanto os juízes quanto os que, no Brasil, corresponderiam a membros do Ministério Público.

4 A ADVOCACIA PÚBLICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015

O novo Código de Processo Civil trouxe várias inovações em relação aos mais variados institutos. Com relação à Advocacia Pública inovou ao prever um título próprio, composto dos artigos 182 a 184.²²

A Advocacia Pública foi incluída no capítulo referente às partes e procuradores no Novo Código de Processo Civil. De acordo com o artigo 182, *caput*²³, incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei e por meio da representação judicial, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta em todos os âmbitos federativos.

Como ocorre com os membros do Ministério Público, que tem sua responsabilização prevista no artigo 181 do CPC/2015, e com o Defensor Público, com responsabilidade também prevista no artigo 187, os membros da Advocacia Pública Federal, Estadual ou Municipal, serão civil e regressivamente responsáveis quando agirem com dolo ou fraude no exercício de suas funções públicas (artigo 184 do CPC/2015)²⁴.

O artigo 183 do Novo Código de Processo Civil²⁵ cuida da questão dos prazos processuais para a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público. Foi melhor estruturado que o artigo 188 do CPC/1973 que previa de forma genérica que a Fazenda Pública tinha como prerrogativa prazo em dobro.

22 RODRIGUES, Marco Antonio. *A fazenda pública no processo civil*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas. p.31.

23 Art. 182. Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta.

24 Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

25 Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1o A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

§ 2o Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público.

Os prazos continuam, como regra geral, sendo contados em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terão início a partir da intimação pessoal. E de acordo com o § 1º, será feita por carga, remessa ou meio eletrônico.

Veja-se que nos casos de processos físicos, a intimação pessoal por meio eletrônico deve ser realizada na forma do artigo 5º da Lei n. 11.419/2006, que dispõe que deve ser feito em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do seu artigo 2º, dispensando-se a publicação em órgão oficial, mesmo eletrônico.²⁶

Em mais uma regra também aplicável ao Ministério Público e à Defensoria Pública, numa sistemática de conformatação entre as chamadas funções essenciais à justiça, os entes públicos elencados no *caput* do artigo analisado, não se beneficiam com prazo em dobro quando a lei determinar de maneira expressa, um prazo próprio para o ente público (conforme dispõe o artigo 183, § 2º, do CPC/2015).

Importante salientar que se considera realizada a intimação no dia em que o intimado efetivar a consulta eletrônica ao teor da decisão no portal eletrônico. Ressaltando-se que tal consulta deverá ocorrer em até 10 (dez) dias corridos contados do envio da intimação, sob pena de ser considerada realizada de forma automática ao fim desse prazo.²⁷

Por fim, salienta-se que nos termos da Lei do processo eletrônico, Lei n. 11.419/2006, as intimações realizadas na forma do § 6º do artigo 5º, inclusive da Fazenda Pública, são consideradas, pessoais para todos os efeitos legais.

5 CONCLUSÃO

A Advocacia Pública possui duas grandes atuações, a contenciosa e a consultiva. A contenciosa representa e defende os interesses patrimoniais e não patrimoniais do Estado, a consultiva desempenha a consultoria e prevenção de litígios no âmbito da Administração Pública.

O modelo adotado pelo Estado italiano deu-se a partir da concepção do governo como uma única unidade, de modo a competir a um único órgão representar o Estado em juízo e em atividades de consultoria/assessoramento jurídico. Este modelo também foi replicado no Brasil. A vantagem centralizadora é bem importante tendo em vista a necessidade de se uniformizar teses e procedimentos e garantir uma melhor gestão. Pode-se obter uma visão global das questões administrativas, uma integração entre as atividades de natureza consultiva e contenciosa. Por fim, esta

²⁶ RODRIGUES, Marco Antonio. *A fazenda pública no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas. p.34.

²⁷ *Ibidem*, p.34.

opção reduz os custos de assistência local e facilita que o Poder Público seja representado de forma bastante eficaz, já que o interesse público está sendo preservado e a sociedade ganha sempre quando isso acontece.

No contexto de Direito da União Europeia, a Advocacia Pública Italiana representa frente à Corte de Justiça das Comunidades europeias os interesses que podem impactar o Estado e influenciar nos seus ambientes políticos e sociais. Atua em todos os ramos do direito, não somente questões que tenham somente relevância econômica.

Nesse contexto mundial, o novo Código de Processo Civil veio com o intuito de adequar-se às peculiaridades das tutelas diferenciadas, possibilitando a existência de regras processuais ditas apropriadas, cuidou de aplicar regras e princípios às relações que envolvem à Fazenda Pública, tratando de diferenciar o que realmente deveria ser diferenciado. Cita-se como exemplo a necessária existência de prazos processuais diferenciados.

Os procedimentos específicos aplicados à Fazenda Pública que é apresentada pela Advocacia Pública possuem uma razão de ser, veja que o Advogado Público ao fazer defesa dos interesses do Estado, sempre visa o interesse da coletividade como um todo.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira; SOUZA, Luciane Moessa de. Procuradoria do Banco Central do Brasil: realidade e perspectivas. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Para que serve o advogado público. *Revista do Tribunal Regional Federal: 3ª Região*, n. 85, p. 109-117, set. / out. 2007.

AIDAR, Carlos Miguel. A representação da Advocacia Pública pela Ordem dos Advogados do Brasil. *Advocacia Pública & Sociedade*, v. 7, n. 14, p. 10-12, jun. 2001.

ALEXY, Robert. Os direitos fundamentais e a democracia no paradigma procedimental do direito de Jürgen Habermas. In: MOREIRA, Luiz, e FRANKENBERG, Günter (Org). *Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

ALMEIDA, Jerônimo Olinto de. A ética, o procurador do Estado e a realização da constituição brasileira. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul*, n. 11, p. 135-153, dez. 2003.

ALVES, Adler Anaximandro de Cruz e Alves. A atuação cidadã da AGU na redução da litigiosidade envolvendo o Instituto Nacional do Seguro Social: considerações acerca de instrumentos de ação da AGU capazes de promover o amplo reconhecimento de direitos sociais. *Revista da AGU*, ano 9, n. 23, jan./mar. 2010.

ALVES, Léo da Silva. O serviço jurídico na administração pública. *L & C. Revista de Direito e Administração Pública*, v. 8, n. 81, p. 4-8, mar. 2005.

AMORIM, Adriano Portella de. Dos subsídios para a defesa da União. *Revista Jurídica do Ministério da Defesa*, v. 1, n. 3, p. 97-100, jul. 2005.

AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrentes. *Advocacia Pública: leituras complementares de Direito Administrativo*. Organização de Fernanda Marinela; Fabrício Bolzan. Salvador: JusPodivm, 2008. ANDRADA, José Bonifácio Borges de. O maior escritório de advocacia do Brasil. *Consulex: Revista Jurídica*, v. 6, n. 137, p. 8-10, set. 2002.

ANDRADE, Flávio da Silva. Reflexões sobre a capacidade postulatória do advogado público e a obrigatoriedade de que mantenha inscrição na OAB e pague anuidade. *Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região*, v. 20, n. 5, p. 40-45, maio 2008.

ANDRADE, Rogério Emilio de. Advocacia da União e Estado de Articulação jurídica das estruturas coletivas de gestão administrativa Justiça. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ANDRETTA Junior, Homero. Proibição na administração da justiça e na Advocacia Pública: o princípio da eficiência processual. *Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União*, v. 7, n. 7, p. 109-118, out. 2008.

ANJOS, Luís Henrique Martins dos. As Procuradorias da União na viabilização das políticas públicas. *Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União*, v. 7, n. 7, p. 37-56, out. 2008.

ASSUMPCÃO, Letícia Franco Maculan. O contraditório no mandato de segurança sob o enfoque da Advocacia Pública. *IOB-Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, São Paulo, n. 7, p. 261-256, abr. 2006.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. A carreira de Procurador Federal e a Procuradoria-Geral Federal: breves considerações. *Revista da AGU*, ano 2, n. 05, set./dez. 2004.

BAHIA, Perpetua Ivo Valadão Casali. Exercício do controle de legalidade “*latu sensu*” pelo procurador do Estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, Salvador, n. 23, p. 145-55, jan./dez. 1997.

BARBI, Humberto Agrícola. Advocacia Geral da União Advocacia e Defensoria Pública. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 33, n. 33, p. 439-49, 1991.

BARBOSA, Flávia Queiroz. A referenda na Advocacia Pública: instrumento de acesso à justiça. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 31, n. 1/2, p. 217-36, dez. 2002.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira: das disposições preliminares*. São Paulo: Saraiva, 1932. v.1.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, n. 3, ano 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS JUNIOR, Carlos S. A Procuradoria da Fazenda junto ao Tribunal de Contas. Sua posição e funções. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 5, p. 49-52, 1974.

BARROSO, Luis. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 44 de 2003.

BERNARDINO, Juliana Helena Takaoka. Responsabilidade dos advogados públicos por pareceres jurídicos emitidos em processos de licitação e contratos. *Revista Zênite*, ILC: Informativo de licitações e contratos, v. 16, n. 189, p. 1013-1021, nov. 2009.

BEZNOS, Clovis. Procuradoria Geral do Estado e defesa dos interesses públicos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 137-41, jan./mar. 1990.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Funções essenciais a justiça: a jurisdição e a cidadania na Constituição Federal de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 138, p. 127-138, abr. /jun. 1998.

BOLZAN, Fabrício; HOSHINO, Cássia. *Modelos de pareceres da Advocacia Pública: direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRAGA, Luziânia C. Pinheiro. A Advocacia Geral da União como função essencial da justiça. *Revista de Direito e Política*, v. 2, n. 4, p. 29-42, jan./mar. 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Serviços advocatícios: contratação por conselho de fiscalização profissional: reembolso das despesas com deslocamentos de advogados: acompanhamento de ações judiciais em outras localidades: não inclusão de tais valores no contrato: ofensa ao art. 55, III, da Lei nº 8. 666/93: anulação da concorrência / Tribunal de Contas da União. *Boletim de Licitações e Contratos*, v. 20, n. 11, p. 1080-1090, nov. 2007.

BRITTO, Alzemer Martins Ribeiro de. O procurador do Estado e o combate ao jeitinho brasileiro na administração: uma reflexão acerca da ética na Advocacia Pública. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, v. 2, n. 10, p. 1261-74, dez. 2001.

BRUNI, Alessandra; PALATIELLO, Giovanni. *La difesa dello Stato nel processo*. Turim: UTET Giuridica, 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Um decálogo para a Advocacia Pública. *Fórum Administrativo*, v. 10, n. 107, p. 36-37, jan. 2010.

BURDEAU, Georges. *O Estado*. Coleção 'Justiça e Direito'. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CAETANO, Marcello. *Direito Constitucional*. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Advocacia Pública enquanto função essencial à justiça. *Revista de Direito e Política*, v. 2, n. 4, p. 43-50, jan. /mar. 2005.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Advocacia Pública: mito e realidade*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Advocacia Pública e Direito Econômico: o encontro das águas*. Porto Alegre: Fabris, 2009.

CAMPELLO, André Emmanuel Batista Barreto. Apontamentos para estudo da história da advocacia fiscal brasileira e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – das origens lusitanas até o advento da Lei nº. 2642, de 09.11.1955. *Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional*, ano 8/9, n. 8/9, p. 25-85.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Assistência jurídica e advocacia popular: serviços legais em São Bernardo do Campo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 41, p. 73-106, jun. 1994.

CAMPOS, José Aloysio Cavalcante. Advocacia Pública profissional: ações e resultados. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará*, n. 10/11, p. 13-16, jan./dez. 2004.

CAMPOS, Katia. Contratação de advogado. *JAM Jurídica: administração pública, executivo & legislativo, administração municipal*, v. 13, n. 1, p. 77-80, jan. 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007. 1522 p.

CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*, in: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

CARDOSO, Cleia. O Controle interno de legalidade pelos Procuradores do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 30, n. 118, p. 157-66, abr./jun. 1993.

CARDOZO, J. J. de Faria. A Procuradoria do Patrimônio Imobiliário. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 6, 1975, p. 305-310.

COSTA Alexandre Bernardino; HAUSCHILD, Mauro Luciano. *Conclusões do Congresso Brasileiro das Carreiras Jurídicas de Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARNEIRO, Rommel Madeiro de Macedo, *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008. p. 65.

CARPES, Marcus Ronald. Advocacia da União e Estado de Justiça. Debates em Direito Público: *Revista de Direito dos Advogados da União*, v. 6, n. 6, p. 09-40, out. 2007.

CARVALHO, Juan Pablo Couto de. Advocacia-Geral da União: breve retrato do maior escritório de advocacia do país. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CASTILLO NETO, Arthur de. O futuro do advogado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 45, n. 178, p. 13-17, abr./jun. 2008.

CASTRO, Aldemario Araújo. A (centenária) Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: seu papel e sua importância para a sociedade e para o Estado. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CASTRO, Aldemario Araújo. A Advocacia Pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública. *Revista da AGU*, v. 7, n. 15, p. 9-16, mar. 2008.

CASTRO, Aldemario Araújo. A importância institucional da Corregedoria-Geral da Advocacia da União no contexto da nova Advocacia Pública Federal. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009. CASTRO, Aldemario Araújo. Da privatividade do exercício das funções institucionais da Advocacia-Geral da União por seus membros. *Revista da AGU*, v. 8, n. 19, p. 63-80, jan./mar. 2009.

CHINELATO, João Marcelo Torres. Lei de improbidade administrativa: a atuação da Advocacia Pública no combate à corrupção *Revista da AGU*, v. 4, n. 7, p. 95-97, ago. 2005.

COCCARO FILHO, Celso Augusto. Advocacia Pública e moralidade administrativa. *Advocacia Pública & Sociedade*, v. 2, n. 2, p. 21-32, 1998.

COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. Autonomia funcional da Advocacia Pública como resultado de sua importância para a aplicação legítima do direito no Estado Democrático Constitucional Brasileiro. *Temas de Direito Público: a importância da atuação da Advocacia Pública para a aplicação do direito*. (Revista da APES – v. 2). Coordenação, Claudio Penedo Madureira. Salvador: JusPodivm, 2009.

CORDARO, César Antônio Alves, Autonomia da Advocacia Pública na opção pelo pólo processual nas ações populares e ações de improbidade administrativa. *Revista de Direito e Política*, v. 3, n. 9, p. 9-20, abr. /jun. 2006.

CORDARO, Cesar Antônio Alves. A Advocacia Pública dos Municípios: necessidade de tratamento constitucional. *Advocacia de Estado: questões institucionais para*

a construção de um Estado de Justiça. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CORDEIRO, Maria de Fátima Rodrigues Travassos. Audiência preliminar nas ações de interesse da Fazenda Pública. *Direito Atual*, v. 1, n. 3, p. 79-93, jul. 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O procurador de Estado e o pensamento jus filológico (percebendo o neoliberalismo). *Revista da Procuradoria Geral do Paraná*. Curitiba, v. 10, n. 5, p. 45-55, dez. 1996.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Procurador do Estado e o pensamento jus filológico (percebendo o neoliberalismo). *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 44, p. 91-104, dez. 1995.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DALLARI, Adilson Abreu. Contratação de serviços de advocacia pela administração pública. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 140, p. 49-57, out./dez. 1998.

DEIAB, Felipe. Uma nova experiência na Advocacia Pública brasileira: Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. *Revista da PGT: Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, n. 1, p. 17-27, nov. 2005.

DELGADO, José Augusto. Autonomia das Procuradorias dos Estados. *A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 7, n. 27, p. 43-59, jan./mar. 2007.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Advocacia Pública. *Revista da Procuradoria Federal Especializada - INSS*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 23-72, out./dez. 2002.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Fortalecimento Institucional da Advocacia Pública. *Revista Fórum Administrativo*, v. 2, n. 21, nov.2002, p. 1485-1486.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia Pública. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, n. 3, p. 11-30, dez. 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parecer sobre a exclusividade das atribuições da carreira de Advogado da União. Debates em Direito Público: *Revista de Direito dos Advogados da União*, v. 7, n. 7, p. 11-35, out. 2008.

DIAS, Roberto. Da inconstitucionalidade da imposição da verba honorária em 20% por parte da Fazenda Nacional com base no Decreto-lei nº 1.025/69. *Consulex: Informativo Jurídico*, v. 15, n. 35, p. 7-8, 27 ago. 2001.

DINIZ, Carlos Roberto Faleiros. Da inexigibilidade de licitações para a contratação de serviços advocatícios pela administração pública. *OAB: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília, v. 33, n. 77, p. 79-97, jul. /dez, 2003.

FARIA, Ana Paula Andrade Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. A independência e a autonomia funcional do procurador de Estado. *Revista Forense*, n. 361, maio/jun. 2002.

FARIA, Ana Paula de Andrade Borges. A consultoria jurídica como instrumento de controle dos atos do Poder Público. *Caderno de Teses do XXVIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado: ética e Estado de justiça – novas dimensões*, Porto Alegre, v. 1, Indústria Gráfica.

FARIA, Anacleto de Oliveira. O Regime da dedicação exclusiva e os procuradores do Estado. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 1. 1971.

FARIA, Darcio Augusto Chaves. A ética profissional dos Procuradores Públicos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 89, n. 321, p. 21-39, jan./mar. 1993.

FARIA, Fernando Luiz Albuquerque. A Procuradoria-Geral da União, os interesses primários e secundários do Estado e a atuação proativa em defesa do Estado democrático de direito e da probidade administrativa. *Revista da AGU*, v. 7, n. 18, p. 9-28, out./dez. 2008.

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Pretta. A Advocacia Pública e a defesa dos interesses difusos e coletivos diante da prestação dos serviços públicos. *Revista de Direitos Difusos*, v. 40, n. 7, p. 69-81, nov./dez. 2006.

FELIPE, Arley César. A Advocacia-Geral da União na Constituição Federal de 1988. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 34, n. 1/2, p. 107-128, jan./dez. 2006.

FELIPPE, Marcio Sotelo. Uma crônica da Advocacia Pública. *Advocacia Pública*, v. 5, n. 7, p. 18-19, set. 1999.

FERNANDES, Iara de Toledo. A Advocacia Pública no processo civil. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 23, p. 61-99, ago./nov. 1998.

- FERRAJOLI, Luigi, in: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. Advocacia cidadã e a agenda ambiental da administração pública. *Revista da AGU*, v. 8, n. 21, p. 327-341, jul./set. 2009.
- FERREIRA, Pinto. O Ministério Público e a Advocacia de Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 24, n. 96, p. 201-32, out./dez. 1987.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Ação civil pública e tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa pelos órgãos de Advocacia Pública. *Advocacia Pública & Sociedade*, v. 2, n. 2, p. 55-74, 1998.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Advocacia Pública: interesse público x governante. *Advocacia Pública*, v. 8, n. 20, p. 19-20, out./dez. 2002.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Desafios éticos da Advocacia Pública*. Rio de Janeiro: Esplanada: ADCOAS, 2002. Coord. Guilherme José Purvin de Figueiredo.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; ORDACGY, André da Silva. *Advocacia de Estado e Defensoria Pública: Funções Públicas Essenciais à Justiça*. Curitiba: Letra da Lei & IBAP, 2009.
- FILHO, Derly Barreto. *Advocacia Pública: competência constitucional dos estados-membros. ética e estado de justiça: novas dimensões*. Porto Alegre: Metrópole Indústria Gráfica Ltda., 2002. Caderno de teses, p. 279-291.
- FIORANELLI JUNIOR, Adelmo. A Procuradoria Geral do Estado como Função Essencial à Justiça. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 40, p. 235-255, dez. 1993.
- FONTES, Ana Lucia de Castro. *Devido processo legal: princípio constitucional da administração pública brasileira. ética e estado de justiça: novas dimensões*. Porto Alegre: Metrópole Indústria Gráfica Ltda., 2002. Caderno de teses, p. 279-291.
- FREITAS, Marcelo de Siqueira. A Procuradoria-Geral Federal e a defesa das políticas e dos interesses públicos a cargo da Administração indireta. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009. GARNER, Lydia M. Os advogados do Conselho de

Estado do Segundo Reinado, *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, n. 81, 1º e 2º sem.1994, p. 26 e segs.

GIOIA, Fúlvia Helena de. Funções essenciais à justiça. *Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2009. p. 437-460.

GONÇALVES, Alexsander Aparecido. *A Advocacia Pública e suas funções institucionais*. *Fórum Administrativo*, v. 10, n. 108, p. 43-46, fev. 2010.

GODINHO, Gualter. Dos sistemas jurídicos de defesa do Estado. *Revista de Direito Público, São Paulo*, v. 19, n. 80, p. 147-51, out./dez. 1986.

GRAF, Ana Cláudia Bento. Nossa luta comum por uma Advocacia Pública democrática. *Revista de Direito e Política*, v. 2, n. 6, p. 9-11, jul./set. 2005.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito. *Boletim de Doutrina ADCOAS*, São Paulo, v. 7, n. 23, p. 450-1, dez, 2004.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia Pública: estudo classificatório de direito comparado. *Interesse Público*, v. 11, n. 54, p. 77-107, mar./abr. 2009.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Superação das antinomias entre a legislação e a Constituição no exercício da Advocacia Pública. *A & C: revista de direito administrativo & constitucional*, v. 7, n. 28, p. 45-75, abr./jun. 2007.

GRANZOTO, Cláudio. Advogado de Estado: defesa do interesse público, independência funcional mitigada. *Revista da AGU*, v. 6, n. 13, p. 19-36, ago. 2007.

GRISI NETO, Afonso. A função institucional do advogado público no controle da legalidade do procedimento fiscal. *Advocacia Pública*, v. 7, n. 15, p. 4-5, set. 2001.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Advocacia Pública e Direito Comparado. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 30, p. 189-281, dez./1988.

GUAZZELLI, Armando. A Representação da Fazenda Estadual pela Procuradoria Fiscal. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n.60, p. 311-316, 1975.

GUEDES, Jefferson Carús (Org.); SOUZA, Luciane Moessa de (Org.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*.

Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano; COSTA, A. B.; SILVA, A. M.; SILVA, B. C.; ROCHA, Eduardo G.; MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de; TEMPERANI, P. B. *Nos Limites da história: a construção da Advocacia-Geral da União*. Brasília: Unip - Unafe, 2009. v. 1. 152 p.

GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza (Coords.).

HAUSCHILD, Mauro Luciano. A nova Escola da Advocacia-Geral da União: vetor da formação e do aperfeiçoamento dos servidores e advogados públicos federais. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. A Advocacia Pública como tutora da ética e do resguardo dos direitos fundamentais *Revista da AGU*, v. 8, n. 20, p. 119-153, abr./jun. 2009.

HOLLENBEN, Luiz Setembrino. *Advogado: contratação pelo poder público: aspectos peculiares na contratação de serviços advocatícios de interesse das prefeituras e câmaras municipais*. Coordenação, Luiz Setembrino von Holleben. et. al. Curitiba: Soluções Jurídicas, 2009.

IVO, Gabriel. Sobre a isonomia do procurador de Estado com advogado de autarquia. *Revista da APG*, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 77-85.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Buenos Aires: Albatros, 1981.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KIRSCH, César do Vale. Advocacia-Geral da União e Poder Executivo: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 16, 2006.

KIRSCH, César do Vale. A alavancagem da AGU para a consolidação e o sucesso da Advocacia Pública de Estado no Brasil. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

KLEM, Rodrigo Lima. A ilegitimidade ativa da administração pública para a execução de honorários de sucumbência a título de receita própria. *Revista Zênite: IDAF informativo de direito*, v. 9, n. 101, p. 453-456, dez. 2009.

KOKKE, Marcelo. O papel da AGU no Estado Democrático de Direito. *Consulex: Informativo Jurídico*, ano XIII, nº 291, fev./2009.

KYRIAKOS, Norma. *Procuradores do Estado: Função Essencial à Justiça, Formação Jurídica*. 2. ed. Coordenação, José Renato Nalini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LAMAC, Jaques. Advocacia Pública: atuação na área ambiental. *Revista de Direito e Política*, v. 2, n. 7, p. 29-42, out./dez 2005.

LEITE, Glauco Salomão. A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 16, n. 64, jul./set. 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LEITE JÚNIOR, Zany Estael. *Aspectos práticos da Advocacia Pública perante a justiça do trabalho*. Florianópolis: Conceito, 2008. 96 p.

LEMOS, Antônio Inácio Pimentel Rodrigues de. A União em juízo: as prerrogativas processuais da Fazenda Pública e o princípio da isonomia. *Revista da AGU*, v. 4, n. 6, p. 139-167, abr. 2005.

LEMOS, Bruno Espiñeira. Ética, moralidade e Advocacia Pública (com um enfoque voltado à atividade dos procuradores dos Estados). *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, Salvador, v. 24, p. 109-22, jan./dez. 1998.

LIMA NETO, Alexandre Costa. Reposição ao Erário e boa-fé do servidor. *Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União*, v. 6, n. 6, p. 149-166, out. 2007.

LOCATELI, Douglas Vitoriano. Aspectos históricos e perspectivas da Advocacia Pública na Constituição de 1988. *Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União*, v. 2, n. 2, p. 202-205, out. 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O oráculo de Delfos: O Conselho de Estado no Brasil – Império*. São Paulo: Saraiva – Direito GV, 2010.

LOPES, Pedro Câmara Raposo. A contratação de serviços advocatícios pela administração pública. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, RS, v. 5, n. 27, p. 249-57, set./out. 2004.

MACEDO, Rommel. A atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e de legitimidade: independência funcional e uniformização de entendimentos na esfera consultiva. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MACEDO, Wilson Teles de. Função de assessoramento superior - “anistia” dos ex-assessores em face da lei n. 8.878/94 - *Impossibilidade*. *BDA: Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo. v.11. n.2. p. 100-8. fev. 1995.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Apontamentos sobre o regime jurídico - constitucional do Ministério Público e da Advocacia Pública: análise comparativa. *Em Tempo: Revista da Faculdade de Direito de Marília*, n. 6, p. 81-86, ago. 2004.

MACHADO, Rubens Approbato. Da Defensoria e da Advocacia Pública. Constituição federal: avanços contribuições e modificações no processo democrático brasileiro, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, Centro de Extensão Universitária, 2008. p. 429-431.

MACHADO, Rubens Approbato. O controle dos princípios da administração pública pela Advocacia Pública. *OAB: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília, v. 21, n. 73, p. 83-91, jul./dez. 2001.

MACHADO, Rubens Approbato. O novo perfil da Advocacia Pública. *OAB: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 74, p. 99-113, jan./jun. 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Advocacia do setor público: riscos e obstáculos no limiar do novo milênio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 807, p. 27-55, jan. 2003.

MARINHO, Josaphat. Advocacia Pública, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 21, dez. 1983.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A singularidade da advocacia e ameaças às prerrogativas profissionais. *Revista do Advogado*, v. 27, n. 93, p. 39-42, set. 2007.

MARTINS, Alzemer; BRANDÃO, Cléia Costa dos Santos. Agência reguladora reflexões sobre o seu modelo, suas funções e o controle da procuradoria geral do Estado sobre sua atuação. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, Salvador, v. 26, p.77-93, jan./dez. 2000.

MARTINS, Alzemer; SOUZA, Marisa Idalência de. O princípio constitucional da eficiência: aplicação à função do procurador do Estado no exercício da consultoria jurídica. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, Salvador, v. 25, p. 59-98, jan./dez. 1999.

MARTINS, Ivens Gandra da Silva. *A separação de poderes no Brasil*. Brasília: Iasp, 1985.

MASSA, Patrícia Helena. O Papel do Advogado Público na Administração Democrática e o Controle de Legalidade, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 47-48, jan./dez. 1997.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Prestação de serviços advocatícios à administração pública diretamente, sem licitação, é lícita. *Revista IOB de Direito Administrativo*, v. 2, n. 23, p. 7-24, nov. 2007.

MELO, Augusto Carlos Cavalcante. A Advocacia Geral do Estado e a extinção das procuradorias autárquicas estatais. *JAM jurídica: administração pública, executivo & legislativo, administração municipal*, v. 12, n. 3, p. 12-17, mar. 2007.

MELO, Edelamare Barbosa. Atividade funcional e judicial do procurador de Estado no Estado democrático e de direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, Salvador, n. 14, p. 69-92, jul. /dez. 1990.

MELLO, Marco Aurélio. O Estado democrático de direito e as minorias. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 47, de 2004.

MELO, Mônica de. A eleição direta para procurador geral do Estado como garantia da efetivação da democracia participativa e do controle da legalidade e moralidade. *Advocacia Pública & Sociedade*, v. 2, n. 2, p. 275-294, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. Centro de Estudos Victor Nunes Leal. *Revista da AGU*, v. 1, n. 1, p. 7-8, jun. 2002.

MENDONÇA, Grace Maria Fernandes. A missão institucional da Secretaria-Geral de Contencioso e seus reflexos na defesa das políticas e dos interesses públicos. *Revista da AGU*, v. 8, n. 21, p. 9-35, jul./set. 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: atividade constitucional do estado*. Coimbra: Coimbra, 1997. v. 5.

MOOG, Marcos Costa Vianna. O exercício da Advocacia Pública pelo procurador do Estado: um esforço de delimitação. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul*, n. 12, p. 97-119, dez. 2004.

MONTEIRO, José Joaquim. Função de assessoramento, *Revista da Consultoria Geral do Rio Grande do Sul*, n. 23, p. 159-164, Porto Alegre.

MONTESQUIEU. *Do espírito das Leis*. São Paulo: Difusão Europeia do livro. 1962. vol. 1.

MORAIS, José Luís Bolzan de. O direito da cidadania à composição de conflitos: o acesso à justiça como direito a uma resposta satisfatória e a atuação da Advocacia Pública. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 26, n. 77, p. 183-218, mar. 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A advocacia de Estado e as novas competências federativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n. 129, p. 275-9, jan./mar, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. *Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União*, v. 4, n. 4, p. 36-65, out. 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de Estado. *Temas de Direito Público: a importância da atuação da Advocacia Pública para a aplicação do direito*. (Revista da APES – v. 2). Salvador: JusPodivm, 2009. Coord. Claudio Penedo Madureira.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia Pública e o Princípio da Eficiência. *Interesse Público*, v. 1, n. 4, p. 9-22, out./dez. 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia Pública: realidade e perspectivas para o próximo milênio. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, v. 2, n. 10, p. 1283-94, dez. 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia Pública: realidade e perspectivas para o milênio. *Revista de Direitos Difusos*, v. 2, n. 10, p. 1283-1294, dez. 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia Pública: realidade e perspectivas para o milênio. *Revista de Direitos Difusos*: v.2, n. 10, p.1283-1294, dez. 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais a Justiça. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*: n. 43, p. 30-40, 1991.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*: n. 36, p. 11-43, dez. 1991.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre os poderes do Estado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, a. 26, n. 103, p. 05-26, jul./set. 1989.

MOURÃO, Carlos Figueiredo. A Advocacia Pública como instituição de controle interno da administração. *Revista Zênite: IDAF informativo de direito*, v. 9, n. 105, p. 836-841, abr. 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Forense: Rio de Janeiro.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

MURICY, Marília. O Procurador do Estado e a ética profissional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, Salvador, n. 14, p. 107-16, 1990, jul./dez.

MURICY, Marília. O Procurador do Estado e a ética profissional. *Revista Jurídica APERGS: Advocacia do Estado*, Porto Alegre, ano 1, n. 1, set. 2001.

NARDELLI, Paulo Renato González. Para a retomada do prestígio dos advogados públicos. *Consulex: Revista Jurídica*, v. 13, n. 308, p. 14, nov. 2009.

NAVES, Rubens. *Advocacia em defesa do Estado*. São Paulo: Método, 2008.

NERY, Cristiane da Costa. A constitucionalização da carreira do procurador municipal: função essencial e típica de Estado. *Interesse Público*, v. 12, n. 60, p. 243-260, mar./abr. 2010.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NÓBREGA, Airton Rocha. Advocacia Pública: audiência de seus membros pelo TCU. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 22, n. 09, p. 1025-1029, set. 2006.

NOVAES, Elizabeth Cristiane de Oliveira Futami; GIOLO JUNIOR, Cildo. Considerações sobre a advocacia privada e pública. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, v. 2, n. 2, p. 70-9, jul. 1999.

OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. O papel do advogado público na questão ambiental. *Advocacia Pública & Sociedade*, v. 2, n. 2, p. 125-141, 1998.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. O procurador do Estado e a plenitude do exercício da advocacia. BDA: *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 13, n. 11, p. 760-4, nov. 1997.

OLIVEIRA, Milton Luiz Gazaniga de. Políticas públicas e a exclusividade do exercício dos cargos na AGU: numa visão materialista. *Fórum Administrativo*, v. 10, n. 110, p. 21-23, abr. 2010.

OLSSON, Gentil André. A função do defensor dos interesses do Estado no processo administrativo - tributário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 10, p. 180-9, jul. 1994.

PANOEIRO, Cláudio de Castro; PANOEIRO, Jeane A. Esteves; RODRIGUES, Rafaella Ramalho. Atuação pró-ativa da Fazenda Pública no combate à improbidade administrativa. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PATARO, Gustavo. Advogado público: uma espécie ameaçada de extinção. *Revista Brasileira de Direito Municipal*, v. 8, n. 26, p. 63-70, out./dez. 2007.

PARÁ FILHO, Tomás. A dignidade da advocacia e o poder público. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 9, p. 87-101, 1976.

PARÁ FILHO, Tomás. A Advocacia de Estado. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 5, p. 1-33.

PARÁ FILHO, Tomás. A advocacia do Estado e o controle de legalidade da administração pública.

Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 5, p. 73-86, 1974.

PARÁ FILHO, Tomás. A advocacia do Estado. *Anais do I Congresso Brasileiro de Advocacia de Estado*, São Paulo, 1969.

PARGENDLER, Maria Isabel Souza A cobrança judicial da dívida ativa da União pelo Ministério Público dos Estados. *Justitia*, São Paulo, v. 47, n. 131-A, p. 23-31, set. 1985.

PAVANI, Sérgio Augusto Zampol. Honorários advocatícios: aspectos atuais da atuação do advogado público. *Revista de Direito e Política*, v. 3, n. 11, p. 189-200, out./dez. 2006.

PAZOS, Antônio Marques. Limites da responsabilidade funcional dos advogados públicos. *L & C: Revista de Administração Pública e Política*, v.10, nº 105, p. 29-31, mar. 2007.

PEIXOTO, José Roberto da Cunha. A estatura constitucional da advocacia de Estado da União. *Fórum Administrativo*, v. 10, n. 107, p. 38-68, jan. 2010.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. A advocacia do Estado. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 10, p. 73-99, 1977.

PAVANI, Sérgio Augusto Zampol. *A União em juízo*. São Paulo: MP, 2005. Organização de: Sergio Augusto Zampol Pavani.

PEREIRA, Hélio Valle. *Manual da Fazenda Pública em juízo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Márcia Regina de Souza. A Advocacia Pública no Estado do Acre. *Revista de Direito e Política*, v. 2, n. 4, p. 21-22, jan./mar. 2005.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Acesso ao consumidor a Justiça e a Advocacia Pública. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 30, p. 49-65, abr./jun. 1999.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989.

PIOVESAN, Flávia Cristina. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e sua aplicação no exercício da Advocacia Pública. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 77-94, dez. 1997.

PISCITELLI, Rui Magalhães. Dos honorários advocatícios em prol da Fazenda Pública Federal. *Revista da AGU*, v. 4, n. 7, p. 27-34, ago. 2005.

PONTES FILHO, Valmir. Procuradores de Estado: sua remuneração e a Emenda Constitucional n. 19. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 21, p. 38-45, 1998.

PONTES, Bruno César da Luz. A AGU, a “Lei da Mordça” e a sociedade. *Revista da AGU*, v. 8, n. 19, p. 81-134, jan./mar. 2009.

PROCHNOW JUNIOR, Jenz. O Estado em juízo e sua representação. *Argumentum Jure*, v. 2, n. 2, p. 85-103, jul./dez. 2003.

QUINTÃO, Geraldo Magela da Cruz. Funções Essenciais à Justiça: da advocacia do Estado. *Introdução ao Direito Previdenciário*, São Paulo: LTr, 1998.

RAMALHO, Lívio de Oliveira. Breve estudo sobre a (im)possibilidade de efetivação da representação judicial de agente do estado pela Advocacia Pública. Temas de Direito Público: a importância da atuação da Advocacia Pública para a aplicação do direito.

Coordenação, Claudio Penedo Madureira. Salvador: JusPodivm, 2009. *Revista da APES*, v. 2

RAMOS, Elival da Silva. Aposentadoria proporcional: verba honorária do Procurador do Estado. *Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 26, n. 5, p. 567-76, set./out. 2002.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Organização federativa e sistemas de ensino: a inclusão da escola superior de advocacia da seccional de São Paulo, da OAB, no sistema de ensino do Estado de São Paulo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 279-86, jul./set. 2003.

REIS, Maria Lúcia Américo dos. *Quem defende a União?* reforma constitucional ao alcance de todos. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

REIS JÚNIOR, Antônio José dos. A obrigatoriedade do procurador do ente público propor a ação de improbidade administrativa. *Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, v. 30, n. 357, p. 5-19, set. 2008.

RIBAS, Cristiane Góes Magalhães; MAIA, Lizea Magnavita. Procurador Geral do Estado: forma de provimento do cargo. *Revista da Procuradoria Geral dos Estados da Bahia*, Salvador, v. 26, p. 141-55, jan./dez. 2000.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. Constituição e Procuradoria do Estado. *BDA: Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 147-53, mar. 1999.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. Reforma administrativa: o novo regime constitucional do procurador do Estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 49/50, p. 15-35, jan./dez. 1998.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. A unicidade orgânica da representação judicial e da consultoria jurídica do Estado de Minas Gerais. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 23, n. 171, p. 15-44, jul./ago. 1999.

RODRIGUES, Cristiano Lourenço. Funções essenciais à justiça: a Advocacia Pública. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, v. 28, p. 3933-51, nov./dez. 2004.

RODRIGUES, Cristiano Lourenço. Funções essenciais à justiça: a Advocacia Pública. *Revista de Direitos Difusos*, v. 5, n. 28, p. 3933-3951, nov./dez. 2004.

RODRIGUES, Marco Antonio. *A fazenda pública no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas.

SALDANHA, Nélon. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SALLES, Abdar da Costa. O Procurador do Estado e o Defensor Público: incompatibilidade no exercício simultâneo de ambas funções. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 19, n. 132, p. 79-85, jan. 1995.

SANCHÍS PRIETO, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2000.

SANDIM, Emerson Odilon. Estado, cidadania e Advocacia Pública. *Argumentum jure*, v. 2, n. 1, p. 117-135, jan./jun. 2003.

SANTANA, Ricardo Marcelino. O papel da Advocacia Pública no controle interno dos atos administrativos e o instrumento da recomendação. *Repertório IOB de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, n. 15, p. 618-614, 1. quin. ago. 2008.

SANT'ANNA, Sérgio Luiz Pinheiro. O Estado contemporâneo e a Advocacia Pública federal: propostas para a alteração da Lei complementar da Advocacia-Geral da União apresentadas pela Procuradoria-Federal junto à UFF. *Revista de Direito e Política*, v. 4, n. 14, p. 141-152, jul./set. 2007.

SANT'ANNA, Sérgio Luiz Pinheiro. Os desafios da Advocacia Pública no Estado contemporâneo: breve análise e reflexão de temas da proposta de nova Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SALGADO, Graça. *Fiscais e Meirinhos: a administração no Brasil Colonial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHUBSKY, Cássio. São Paulo (Estado). Procuradoria Geral do Estado (PGE). *Advocacia Pública: apontamentos sobre a história da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. Coordenação editorial e texto: Cássio Schubsky. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2008.

SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado: Posição Institucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. a. 30, n. 117, jan/mar. 1993, p.187-202.

SESTA, Mário Bernardo. Isonomia remuneratória das carreiras jurídicas. *Revista Jurídica APERGS: Advocacia do Estado*, Porto Alegre, ano 1, n. 1, 2001.

SICHEL, Ricardo Luiz. A responsabilidade do procurador quando do exame de minutas de edital e contato. *Temas atuais de Direito Público*. Organização de Antônio Marcos Guerreiro Salmeirão; Leslie de Oliveira Bocchino. Curitiba: UTFPR, 2007.

SILVA FILHO, Derley Barreto. Advocacia Pública: competência constitucional dos Estados-membros. *Caderno de Teses do XXVIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado: ética e estado de justiça – novas dimensões*, v. 1, Indústria Gráfica, 2002.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. O controle da legalidade diante da remoção e da inamovibilidade dos advogados públicos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 139, p. 143-154, jul. /set. 1998.

SILVA, José Afonso da. A Advocacia Pública e o Estado democrático de direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, p. 281-9, out. 2002.

SILVA, José Afonso. A Advocacia Pública. *Revista Jurídica da APERGS: Advocacia do Estado*, ano 1, n. 1, set. 2001.

SILVA, Léo da. Como advogar perante a administração pública. *Consulex: Informativo Jurídico*, v. 17, n. 30, p. 8-11, 28 jul. 2003.

SILVA, Márcio Henrique Mendes da. Uma análise crítica e pragmática do projeto de reforma da Lei de Execução Fiscal e suas implicações para a Advocacia Pública. *Revista de Direito e Política*, v. 2, n. 4, p. 83-92, jan./mar. 2005.

SILVA, Reinaldo Pereira e. A função social do procurador do Estado. *Sequência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, v. 18, n. 34, p. 52-60, jul. 1997.

SILVA, Walkure Lopes Ribeiro da. Institucionalização dos órgãos da Advocacia Pública. *Advocacia Pública & Sociedade*, v. 2, n. 2, p. 295-299, 1998.

SILVEIRA, Angélica Moreira Dresch da. A função consultiva da Advocacia-Geral da União na prevenção da corrupção nas licitações e contratações. *Debates em Direito Público*: revista de Direito dos Advogados da União, v. 7, n. 7, p. 59-91, out. 2008.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. A justiça administrativa no direito comparado. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/721/r152-04.pdf?sequence=4>> Acesso em: 29 jan. 2017.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. Por uma nova Advocacia Pública: reflexões sobre o papel da consultoria jurídica nas licitações e contratações administrativas. *Temas de Direito Público*: a importância da atuação da Advocacia Pública para a aplicação do direito. (Revista da APES – v. 2). Coordenação, Claudio Penedo Madureira. Salvador: JusPodivum, 2009.

SOUTO, João Carlos. *A União federal em júízo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TAVOLONI JUNIOR, Alexandre. Procurador do Estado - cargo privativo de advogado habilitado em concurso público - nulidade da admissão sem concurso. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 8, n. 28, p. 37-44, jul. /set. 1984.

TEMER, Michel. O Procurador do Estado e os Tribunais de Contas. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n.7, p. 273-281, 1975.

TUMA, Wadiah Aidar. Ministério Público e a advocacia do Estado. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 1, 1971, p. 157-166. (Parecer)

XIMENES FILHO, Élder. *Prática de advocacia consultiva*: a elaboração do parecer. Fortaleza: ABC, 2003.

BACHARELISMO, JUDICIALIZAÇÃO E TOGA¹: DO BUROCRATISMO ADMINISTRATIVO AO PROTAGONISMO JUDICIAL

**"BACHARELISMO", JUDICIALIZATION AND TOGA: FROM
ADMINISTRATIVE BEAUROCRATISM TO JUDICIAL PROTAGONISM**

Paulo Fernando Soares Pereira

*Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Mestrado em
Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do
Maranhão - UFMA.*

*Procurador Federal com exercício no Estado do Maranhão.
Professor Universitário.*

Ana Claudia Farranha

*Doutorado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas -
UNICAMP.*

*Mestrado em Ciência Política pela Universidade Estadual de Campinas –
UNICAMP.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 As origens do bacharelismo brasileiro; 2 A judicialização e a ilusão das únicas respostas corretas; 3 Conclusões; Referências.

¹ Alusão ao título da obra clássica *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*, de Victor Nunes Leal (2012). Pesquisa social recente, comandada por Luiz Werneck Vianna (*O ESTADO DE SÃO PAULO*, 2016), fala dos "tenentes de toga", ao tratar das corporações jurídicas como o Ministério Público e o Judiciário, no comando da crise política que se instalou no Brasil.

RESUMO: O artigo tem como objetivo analisar a relação entre a figura do bacharelismo, a partir de suas origens patrimonialistas, a judicialização e o conseqüente protagonismo do Judiciário nas atuais políticas públicas brasileiras. Analisa-se, inicialmente, como a burocracia e o bacharelismo estão intimamente ligados e o quanto isso interfere na relação entre Estado e a sociedade civil. Em seguida, analisa-se como o burocratismo e a ineficiência da Administração Pública darão suporte ao protagonismo do Judiciário. O artigo finaliza trazendo ao debate a necessidade de a sociedade civil assumir seu papel diante de uma época altamente permeada pela litigiosidade dos conflitos individuais, sociais e políticos.

PALAVRAS-CHAVE: Burocracia. Bacharelismo. Judicialização. Sociedade Civil.

SUMMARY: The article aims the analysis of the relation between the phenomenon of "bacharelismo", from its patrimonial origins to judicialization and the consequent protagonism of Judicial System on public policies nowadays. At first, the close relation between beurocracy and "bacharelismo" is analysed and the consequences of this connection to the relation between Estate and civil society. Afterward, the analysis focuses on how beurocratism and the inefficiency of Public Administration will support the judicial protagonism. Finally, the article approaches the importance for the society to take its part in a moment of increasing individual, social and political conflicts litigiousness.

KEYWORDS: Beurocracy. “Bachelism”. Judicialization. Civil Society.

INTRODUÇÃO

Longe de ser uma figura do passado, o bacharelismo continua a ser fazer presente na realidade brasileira, principalmente nas Instituições dos Sistemas de Justiça. E o que explica o bacharelismo, a forte judicialização e os poderes dos juízes nos dias atuais?

De um lado, o estado patrimonial e o passado escravocrata são lembrados como fatores determinantes para o bacharelismo; na monarquia patrimonial portuguesa, o rei era senhor de toda a riqueza territorial, do comércio e empreendimentos, estando cercado por servidores que a ele se prendiam por uma relação de acentuada dependência; por outro lado, a desvalorização do trabalho e elevação do ócio, com o processo de aristocratização por meio da farda ou da beca, são lembrados como fatos históricos relevantes, contemporâneos aos primeiros passos da colonização, o que contribuiu para a tradição bacharelesca (KOZIMA, 2007).

Por outro lado, o bacharelismo, propriamente, não é uma instituição, tratando-se de uso e costume social e político e não de um conjunto coerente de normas reguladoras de determinados fatos sociais, tampouco se tratando de uma invenção brasileira; caracteriza-se, também, pela sua forte erudição à margem dos fatos e das coisas, havendo uma preocupação mais com o espírito do que com o fundo dos problemas; como em “*terra de cego, quem tem olho é rei*”, os bacharéis, em terra de analfabetos, ocuparam os cargos da Administração Pública, com um discurso de valorização do trabalho intelectual e prestígio das letras, características peculiares da visão jesuítica de educação (KOZIMA, 2007). Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 157), sobre o tema, registrava que:

De qualquer modo, ainda no vício do bacharelismo ostenta-se também nossa tendência para exaltar acima de tudo a personalidade individual como valor próprio, superior às contingências. A dignidade e importância que confere o título de doutor permitem ao indivíduo atravessar a existência com discreta compostura e, em alguns casos, podem libertá-lo da necessidade de uma caça incessante aos bens materiais, que subjugam e humilha a personalidade. Se nos dias atuais o nosso ambiente social já não permite que essa situação privilegiada se mantenha cabalmente e se o prestígio do bacharel é sobretudo uma reminiscência de condições de vida material que já não se reproduzem de modo pleno, o certo é que a maioria, entre nós, ainda parece pensar

nesse particular pouco diversamente dos nossos avós. O que importa salientar aqui é que a origem da sedução exercida pelas carreiras liberais vincula-se estreitamente ao nosso apego quase exclusivo aos valores da personalidade. Daí, também, o fato de essa sedução sobreviver em um ambiente de vida material que já a comporta dificilmente. Não é outro, aliás, o motivo da ânsia pelos meios de vida definitivos, que dão segurança e estabilidade, exigindo, ao mesmo tempo, um mínimo de esforço pessoal, de aplicação e sujeição da personalidade, como sucede tão frequentemente com certos empregos públicos.

Portanto, o presente artigo tem como objetivo analisar a relação entre a figura do bacharelismo, a partir de suas origens patrimonialistas, a judicialização e o conseqüente protagonismo do Judiciário nas atuais políticas públicas brasileiras.

Analisa-se, inicialmente, como a burocracia e o bacharelismo estão intimamente ligados e o quanto isso interfere na relação entre Estado e a sociedade civil.

Em seguida, analisa-se como o burocratismo e a ineficiência da Administração Pública darão suporte ao protagonismo do Judiciário.

O artigo finaliza trazendo ao debate a necessidade de a sociedade civil assumir seu papel diante de uma época altamente permeada pela litigiosidade dos conflitos individuais, sociais e políticos.

Metodologicamente, com base em revisão crítica de literatura, o artigo é dividido em duas partes. Em um primeiro momento, trata a respeito das origens do bacharelismo brasileiro. Em seguida, discute o fenômeno da judicialização e a ilusão das únicas respostas corretas, discutindo o papel dos juízes, como agentes burocráticos que faziam a mera interpretação da legislação até o momento em que alcançam verdadeira sobreposição da administração de políticas públicas.

1 AS ORIGENS DO BACHARELISMO BRASILEIRO

No Brasil, razões históricas explicam os motivos pelas quais tantos créditos são devotados às soluções que são apresentadas pela *burocracia* e pelas *Instituições dos Sistemas de Justiça*, esquecendo-se ou bloqueando-se a atuação da sociedade civil. Sobre essa hipótese, o poder da *burocracia*, fortemente conduzida pelos *bacharéis*, no caso brasileiro, Max Weber (2012, p. 529) registrava que:

Em um Estado moderno, o domínio efetivo, que não se manifesta nos discursos parlamentares nem em declarações de monarcas, mas sim no

cotidiano da administração, encontra-se, necessária e inevitavelmente, nas mãos do funcionalismo, tanto do militar quanto do civil, pois também o oficial superior moderno dirige as batalhas a partir do 'escritório'. Do mesmo modo que o chamado progresso em direção ao capitalismo, desde a Idade Média, é o critério unívoco da modernização da economia, o progresso em direção ao funcionalismo burocrático, baseado no contrato, salário, pensão, carreira, treinamento especializado e divisão do trabalho, competências fixas, documentação e ordem hierárquica, é o critério igualmente unívoco de modernização do Estado, tanto do monárquico quanto do democrático.

Esse poder da burocracia e, conseqüentemente, das Instituições dos Sistemas de Justiça, no exemplo do Brasil², bem reflete uma tradição jurídica desvinculada de atitudes mais comprometidas com a vida cotidiana e com uma sociedade em constante transformação, no qual se tem uma postura técnica e casuística fechada frente ao dinamismo dos fatos e resistente a um direcionamento criativo, que não consegue responder a novas e emergentes necessidades (WOLKMER, 2012).

Como dito antes, apesar de não ser uma instituição, o bacharelismo é uma constante na vida brasileira desde a época da colonização e à medida que a sociedade se tornava mais complexa e que ganhavam densidade outras atividades econômicas, passou a surgir uma classe de letrados para a sua formação intelectual, em grande parte bacharéis³, formados em Coimbra e outros centros europeus (VENÂNCIO FILHO, 2011).

Para a administração da justiça colonial, necessitava a coroa de servos leais, principalmente os magistrados, escolhidos para desenvolver tão importante função aos negócios do reino⁴, sendo de conhecimento dos homens públicos que o exercício do poder é uma forma infalível para se perpetuar nesse poder (ELY, 2010). Relata Antônio Carlos Wolkmer (2012, p. 90-91) que:

2 Cfr. SILVA, Virgílio Afonso da. *Ideias e instituições constitucionais do século XX no Brasil: o papel dos juristas* (2015).

3 "É preciso reconhecer que o bacharelismo, não obstante originar-se de camadas sociais com interesses heterogêneos, pois expressava intentos agrários e urbanos, favorecia, igualmente, uma formação liberal-conservadora que primava pela autonomia da ação individual sobre a ação coletiva. Não menos verdade, o bacharelismo nascido de uma estrutura agrário-escravista se havia projetado como o melhor corpo profissional preparado para sustentar setores da administração política, do Judiciário e do Legislativo, viabilizando as alianças entre os segmentos diversos e a mediação 'entre interesses privados e interesses públicos, entre o estamento patrimonial e os grupos sociais locais'" (WOLKMER, 2012, p. 133).

4 Sobre o processo de escolha dos magistrados, cfr. SCHWARTZ (2011). Não se pode esquecer que a ascensão da classe dos juristas, historicamente, está ligada à efervescência das cidades; estas são o lugar de reunião e de difusão dos especialistas do direito e onde também se encontram os poderosos e os denominados presunçosos de inteligência e da cultura, pois a riqueza não é o único critério do poder urbano (LE GOFF, 1998).

Os magistrados revelavam lealdade e obediência enquanto integrantes da justiça criada e imposta pela Coroa, o que explica sua posição e seu poder em relação aos interesses reais, resultando em benefícios nas futuras promoções e recompensas. Na verdade, a magistratura lusa, de cujo núcleo nasceu a brasileira, ainda que tenha emergido de estrutura burocrática, adquiria condição de organização moderna e profissional, habilitando-se a tarefas de natureza política e administrativa. [...] Por tratar-se da ‘espinha dorsal’ do governo real, o acesso à magistratura, enquanto função privilegiada, impunha certos procedimentos de triagem, com critérios de seleção baseados na origem social. Ainda que o apadrinhamento e a venda clandestina não fossem descartados, impunha-se um processo de recrutamento que assegurasse padrão mínimo de eficiência, organização e profissionalismo.

De início, a criação e a fundação de cursos jurídicos no Brasil, na primeira metade do século XIX, foram nutridas pela mesma mentalidade que norteou a trajetória dos principais movimentos sociais que resultaram na autonomização política dessa sociedade, através do individualismo político e do liberalismo econômico, reclamando a autonomização cultural e a burocratização do aparelho estatal para a constituição do Estado Nacional (ADORNO, 1988). Consoante Alberto Venâncio Filho (2011, p. 273):

Os cursos jurídicos foram, assim, no Império, o celeiro dos elementos encaminhados às carreiras jurídicas, à magistratura, à advocacia, e ao Ministério Público, à política, à diplomacia, espalhando-se também em áreas afins na época, como a filosofia, a literatura, a poesia, a ficção, as artes e o pensamento social. Constituíram, sobretudo, a pepineira da elite política que nos conduziu durante o Império.

Portanto, a figura do bacharel teve forte influência na formação da burocracia brasileira; os cursos jurídicos nasceram com a preocupação de se constituir uma elite política coesa e disciplinada, devota às razões do Estado Nacional emergente, que pudesse estar à frente dos negócios públicos e pudesse, paulatinamente, substituir a burocracia tradicional herdada da administração joanina (ADORNO, 1988).

E quem eram os primeiros bacharéis e por que foram eles foram importantes para a construção de um Estado Nacional, que, décadas mais tarde, estariam ainda apegados às velhas fórmulas para a resolução dos

conflitos sociais e desvinculados da realidade?⁵ Explica Sérgio Adorno (1988, p. 77-78) que:

Se as tarefas de construção do Estado Nacional patrimonial articulado ao modelo liberal de exercício do poder obtiveram êxito – apesar das sucessivas, frequentes e contundentes agitações sociais regionais que se verificaram ao longo da vigência do regime monárquico – isso se deveu, pelo menos, a duas ordens de fatores. De um lado, como já se disse, a prevalência de princípios liberais sobre os pressupostos democráticos concretizou-se, precisamente, porque a aliança entre o estamento burocrático e certos setores parlamentares conseguiu domesticar a efetiva oposição política, e expulsar as forças democráticas progressistas do âmbito institucional. De outro lado, a relativa coesão entre a elite política governante e dirigente, a despeito da existência de insuperáveis conflitos, foi responsável pela convergência – instável, porém concreta – entre os representantes da sociedade e os representantes do Estado. Pouco a pouco, a consolidação do regime político acompanhou-se da profissionalização da política. A ocupação passou a figurar fator indispensável e estratégico na unificação da elite política e na progressiva burocratização do aparato governamental.

À semelhança do que Pierre Bourdieu (2013) tratou na constituição das atuais elites burocráticas francesas, no Brasil, houve a apropriação da estrutura burocrática pelos bacharéis. Em seu início, com a criação dos cursos jurídicos no Brasil⁶, houve um processo de expulsão das forças democráticas do âmbito institucional e a constituição de laços de cooperação entre facções e elites políticas foram concretizadas com a

5 “É claro que a todos eles faltava a educação científica necessária à compreensão de um país que mais do que nenhum outro precisava de uma política construtiva. Tendo todos os hábitos peculiares aos legistas educados à abstrata, sem um entretenimento forte com a vida material do país levantado nos braços da escravidão para as alturas de um sistema político nascido na Inglaterra, dos próprios fatos, do próprio senso do povo, da própria experiência das liberdades políticas conquistadas ao domínio secular dos conquistadores, da própria originalidade do espírito saxônico, era natural que estes homens se surpreendessem do mal funcionamento desse sistema sobre tribos mais ou menos selvagens, sobre negros escravos, sobre filhos de índios e de negros, sobre filhos de portugueses, sem instrução, sem ideia nenhuma também do que fosse representação popular, direitos políticos, deveres cívicos etc. Por falta de capacidade construtiva do povo politicamente inexistente, os estadistas, pouco advertidos diante dos problemas eram levados por educação a procurar, nos exemplares estrangeiros, os moldes a aplicar, as normas a seguir sem cogitar das peculiaridades do meio, das suas condições típicas” (VENANCIO FILHO, 2011, p. 278).

6 “Embora acanhados, esses primeiros debates já revelavam a preocupação que redundou na criação dos cursos jurídicos: o imperativo político de se constituir quadros para o aparelho governamental e de exercer pertinaz controle sobre o processo de formação ideológica dos intelectuais a serem recrutados pela burocracia estatal. De fato, esse objetivo inseriu-se no mesmo horizonte político que viu testemunhar o nascimento de alianças entre o estamento burocrático patrimonial e os liberais moderados, e que viu formar uma complexa teia de relações entre o Estado patrimonial e o modelo liberal de exercício do poder” (ADORNO, 1988, p. 88).

extensão progressiva do controle burocrático sobre todas as atividades do Estado (ADORNO, 1988). De acordo Sérgio Adorno (1988, p. 78):

Nesse contexto, o Estado brasileiro, erigiu-se como um Estado de magistrados, dominado por juízes, secundados por parlamentares e funcionários de formação profissional jurídica. O bacharel acabou por constituir-se, portanto, em sua figura central porque mediadora entre interesses privados e interesses públicos, entre o estamento patrimonial e os grupos sociais locais. A criação de uma verdadeira *intelligentzia* profissional liberal, nascida no bojo da sociedade agrário-escravista, compreendida, na sua grande maioria, de bacharéis, promoveu a ampliação dos quadros políticos e administrativos, sedimentou a solidariedade intra-elite de modo a articular as alianças entre os grupos sociais representantes do mundo rural e do mundo urbano e, sobretudo, possibilitou a separação entre poder doméstico e poder público, fundamental para a emergência de uma concepção de cidadania.

Para se efetivar o controle das elites que geririam a burocracia, tratou-se de se impor controle sobre as ideias as quais os bacharéis teriam contato.

Com a instalação dos primeiros estabelecimentos de ensino jesuítas (1550, na Bahia), o ensino dava ênfase à retórica e privilegiava poucos autores, principalmente *Aristóteles* e *Tomás de Aquino*, tornando a cultura portuguesa razoavelmente impermeável às transformações da Europa, ocorridas a partir do *Renascimento*; com a chegada da Família Real ao Brasil (1808), houve a necessidade de transformar a colônia em lugar apropriado para a instalação da Corte, inaugurando-se a Faculdade de Medicina, na Bahia, e a cadeira de Artes Militares, no Rio de Janeiro (KOZIMA, 2007).

Por lógica, houve a necessidade da formação de quadros para ocupar os cargos e funções do Estado, através dos bacharéis, até então formados em Coimbra e outros lugares da Europa, como forma eficiente de controle ideológico; assim, o bacharel formado em direito foi o núcleo genuíno do fenômeno conhecido por bacharelismo, sendo que, em 1827, após declarada a independência, foram dados os primeiros passos para se construir um Estado Nacional, com a implantação dos cursos jurídicos em Olinda e São Paulo; no entanto, o controle ideológico não mudou, pois os professores eram portugueses (KOZIMA, 2007).

Esse processo, no nascedouro da formação da nossa burocracia, mais tarde, comprometeria a relação entre Estado e sociedade civil⁷, bastante

7 Assim, houve um inadequado tratamento da dicotomia Estado-sociedade civil, que refletiu tanto no Direito Administrativo e na Ciência Política, situação que tendeu a potencializar as futuras crises institucionais que

alheia aos processos decisórios e incapaz de criar soluções próprias ou de fiscalizar a atuação daqueles que lhes imporiam padrões de conduta.

Ainda sobre nosso passado, não se pode esquecer que, para sobreviver ao ambiente hostil da burocracia colonial, foi necessário que os colonos desenvolvessem redes de relações pessoais com os funcionários públicos, “*a sombra e vontade do rei*” (FAORO, 2001), para obter do aparelho estatal aquilo que não lhes era fornecido pelas vias formais, normais; assim, os brasileiros, tornaram-se avessos à autoridade legal, considerando-a incômoda só enquanto não acessavam aquela mediante um trato com maiores familiaridades e intimidade⁸ (MARINONI; BECKER, 2012; SCHWARTZ, 2011; HOLANDA, 1995; DAMATTA, 1996).

A cultura jurídica brasileira, desse modo, sempre esteve fortemente atrelada à tradição jurídica europeia. Esta última, por sua vez, ao longo dos séculos XVII e XVIII, na Europa Ocidental, resultou de um complexo específico de condições que foram engendradas pela formação social burguesa, pelo desenvolvimento econômico capitalista, pela justificação de interesses liberal-individualistas e por uma estrutura estatal centralizada, o que comprova que o direito é produto de uma vida organizada enquanto manifestação de relações sociais provenientes das necessidades humanas, sendo que cada período histórico terá uma cultura jurídica dominante (WOLKMER, 2012).

Essa concepção do direito moderno liberal-individualista se assentou em uma abstração que ocultava as condições sociais concretas, tendo a pretensão de ser um ‘direito igual, supondo a igualdade dos homens sem tomar conta os condicionamentos sociais concretos, produzindo uma lei, abstrata, geral e impessoal’ (WOLKMER, 2012). Ao fazer a aplicação dessas normas abstratas e impessoais, o Judiciário se depara com vários obstáculos processuais, concretos e particulares, que impedem a concretização das normas.

Dessa maneira, a razão de discussão do bacharelismo foi para entender a atual judicialização e compreender por qual razão há tanta judicialização das políticas públicas que são implementadas no Brasil, dando-se a ilusória impressão de que tais profissionais darão respostas mais adequadas do que outros atores ou até mesmo a sociedade civil.

o Estado contemporâneo viria a sofrer no século XXI (SANTIN, 2015, p. 249).

8 “Por isso, criaram redes de relações de família, amizade, cumplicidade, compadrio, lealdade, patronagem, cunhadismo, apadrinhamento e clientelismo, que envolvem trocas de favores e presentes, além de dívidas de gratidão, sob lemas cínicos como ‘uma mão lava a outra’, ‘é dando que se recebe’ etc. Sem essas redes de relações, o cidadão seria ‘o sujeito por excelência das leis impessoais (e universais), bem como do poder brutal da polícia, que servem sistematicamente para diferenciá-lo e explorá-lo impiedosamente, tornando-o um igual para baixo’” (MARINONI; BECKER, 2012, p. 452).

2 A JUDICIALIZAÇÃO E A ILUSÃO DAS ÚNICAS RESPOSTAS CORRETAS

O atrativo pela judicialização, nos últimos anos, em grande parte se deve ao devotamento que se dá a uma suposta superioridade técnica dos juízes (MAUS, 2000), o que acaba refletindo em outras carreiras jurídicas (Ministério Público, Advocacias Pública e Privada, Defensoria Pública etc.) que invocam para si a responsabilidade pela resolução dos mais diversos conflitos sociais, supostamente tutelando-se uma sociedade impotente e carecedora de proteção.

No Brasil, em que pese a democratização oportunizada pela Constituição de 1988, a formação dos novos bacharéis ainda está apegada a padrões bastante semelhantes aos praticados no início da implantação dos cursos jurídicos, formando-se profissionais com a concepção de que boa parcela dos problemas sociais é caso de “justiça”, o que impulsionou o crescimento da atividade judiciária⁹, em um processo institucional que tem levado o Judiciário a exercer controle sobre a vontade política, resultante da adoção de um modelo de controle abstrato da constitucionalidade das leis, com a intermediação de uma comunidade de intérpretes (VIANA *et al.*, 1999), evidenciado principalmente com a jurisdição do Supremo Tribunal Federal – STF¹⁰, não raras vezes seduzido pela metáfora do juiz Hércules do qual tratou Ronald:

Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo

9 “A crise do Welfare State nos países de democracias consolidadas seria apenas uma das manifestações de um processo mais amplo, traduzindo-se em um deslocamento da centralidade do Legislativo como principal agente da iniciativa e da produção das leis em favor do Executivo, o qual, por sua vez, abandonaria as funções de administração do bem-estar, sendo progressivamente alçado à condição de uma agência tecnoburocrática que responde, de forma contingente e arbitrária, às variações da imediata conjuntura econômica. A emergência do Judiciário corresponderia, portanto, a um contexto em que o social, na ausência do Estado, das ideologias, da religião, e diante de estruturas familiares e associativas continuamente desorganizadas, se identifica com a bandeira do direito, com seus procedimentos e instituições, para pleitear as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade” (VIANA *et al.*, 1999, p. 149).

10 “Em razão disso, a presente pesquisa sustenta que a iniciativa dos interpretes da Constituição, constante no recurso às Adins, estaria induzindo uma atitude mais favorável por parte do STF no que se refere à assunção de novos papéis. O Tribunal começa a migrar, silenciosamente, de uma posição de coadjuvante na produção legislativa do poder soberano, de acordo com os cânones clássicos do republicanismo jacobino, para uma de ativo guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana” (VIANA *et al.*, 1999, p. 53).

fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo” (DWORKIN, 2010, p. 165).

Sob aspecto acima, os magistrados apareceriam nas sociedades contemporâneas como o equivalente funcional da *intelligentzia* clássica, por meio de decisões exemplares, empenhados em abrir caminho à realização do justo (VIANA *et al.*, 1999).

Deixe-se claro, no entanto, que essa figura metafórica, tão propalada em tempos de intensa atividade judiciária, não esteve imune às críticas. Veja-se a posição de John Hart Ely (2010, p. 77-78) a Ronald Dworkin:

O convite aos juízes parece claro: buscar valores constitucionais – e anular as decisões dos outros dois poderes do Estado – baseando-se nos escritos dos bons filósofos morais contemporâneos, particularmente Rawls. [...] A experiência nos diz que, na verdade, haverá sim uma distorção que privilegia (o que, aliás, não surpreende) os valores dos profissionais liberais da alta classe média, da qual provém a maioria dos juristas, dos juízes e também dos filósofos. As pessoas costumam achar que o que é importante para elas é importante para todos, e nós não somos exceção.

Contudo, Luiz Werneck Viana *et al* (1999) ressaltam que Ronald Dworkin não se deixaria seduzir pelo direito natural; o paradigma é o da ação de Hércules, tipo-ideal no qual resenha a sua opção teórica pelo construtivismo; na modelagem de Hércules prevaleceriam os traços do protetor das minorias contra as injustiças praticadas pelas maiorias, e do herói que se afirma no campo dos princípios, intérprete da lei como integridade (*law as integrity*), ou seja, do direito como um conjunto indivisível dos princípios e valores que, à diferença daqueles do direito natural, se acham sedimentados historicamente e compartilhados socialmente.

No entanto, uma coisa parece certa, com ou sem Hércules, a judicialização, por si mesma, não garante que direitos previstos nos diversos textos normativos sejam garantidos, ainda mais em um sistema jurídico fortemente apegado à tradição modernista do princípio legalidade, como é o *Civil Law*. A garantia de direitos é uma luta que é travada nas diversas esferas e a esfera judicial serve, não raras vezes, apenas para mascarar um processo de dominação que já está garantido nas esferas não jurídicas.

Portanto, há uma forte necessidade de as Instituições dos Sistemas de Justiça redefinirem as suas posturas, que sejam capazes de repensar o exercício da prática jurídica, sob uma nova lógica ético-racional, apta a encarar a produção dos direitos como inerentes ao processo histórico-social, com um direito que

transponha os limites do Estado, o qual se encontra nas *práxis* sociais, nas lutas cotidianas, nas coletividades emergentes, nos movimentos sociais etc. (WOLKMER, 2012). Nesse sentido, Guy Hermet (2002, p. 132) diz que:

Por sua parte, a questão da confiabilidade da ordem jurídica e do aparato judicial não se limita à existência de um Estado de direito. Como o Estado de direito pode existir meramente no papel, o que realmente conta pode ser enunciado da seguinte maneira: os juízes devem ser suficientemente independentes, tanto com respeito à esfera política como quanto às diversas esferas econômicas, sociais ou, em caso extremo, mafiosas. Por outra parte, os profissionais do direito devem manifestar outra concepção do seu ofício que aquela que o limita a orquestrar queixas de procedimento para evitar que se faça justiça. Este último aspecto é provavelmente o mais crítico quando se sabe que o direito processual, precisamente, fez da América Latina sua pátria adotiva.

Assim, deve-se permitir que os cidadãos sejam alçados à verdadeira condição de intérpretes da Constituição, como propôs Jürgen Habermas, em seu paradigma procedimental, para quem o cidadão não deve ser um simples participante do jogo mercantil e tampouco um cliente da burocracia de bem-estar, mas sim como um ator autônomo que constituiria sua vontade e a sua opinião no âmbito da sociedade civil e da esfera pública, canalizando esta última, em um fluxo de comunicação livre, para o interior do sistema político (VIANA *et al.*, 1999)¹¹.

Nesse contexto, Jürgen Habermas (2003) identificou a ampliação das funções judiciárias como originária da construção do *Welfare State*¹², com a inevitável indeterminação do direito que a ela se seguiu, denunciando a jurisdição constitucional exercida pelo Judiciário como um cenário de

11 “Na leitura de Habermas, então, a comunidade de intérpretes da Constituição se faria presente diretamente na vida pública e não pela mediação dos tribunais. Uma cidadania ativa estaria, assim, investida da capacidade de regular a si própria [...] Em Habermas, a comunidade de intérpretes da Constituição não se configura como tal porque investida da capacidade de poder contrapor o Poder Judiciário, interpellando princípios e ‘normas de fundo’, à vontade do Poder Legislativo, mas porque faz parte de um processo permanente em que ‘a vontade democrática dos cidadãos migra da periferia para o centro do poder político’, transitando por meio de múltiplos modos e canais que a convertem em poder comunicativo” (VIANA *et al.*, 1999, p. 29)

12 “No *Welfare State*, dissociado o sistema político da formação democrática da opinião, a Administração não apenas se racionaliza e se burocratiza como também, e principalmente, se auto programa, apropriando-se da iniciativa das leis, quer por deter o monopólio das informações essenciais sobre a vida social, quer pela perícia técnica dos seus quadros em atuar sobre ela. De outra parte, extrai legitimação no campo da opinião pela mediação de partidos que são, na prática, de Estado e não de representação da sociedade civil” (VIANA *et al.*, 1999, p. 20).

disputas em torno do princípio da divisão dos poderes¹³ (VIANA *et al.*, 1999). Veja-se a posição de Jürgen Habermas (2003, p. 301):

A lógica da divisão de poderes, fundamentada numa teoria da argumentação, sugere que se configure auto reflexivamente a legislação, de modo idêntico ao da justiça e que se a revista com a competência do autocontrole de sua própria atividade. O legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicar o direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontraram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei. De outro lado, o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador. Por isso, não é inteiramente destituído de sentido reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial.

Nesse campo de disputas, no entanto, as Instituições dos Sistemas de Justiça brasileira ainda estão muito atreladas ao crescimento quantitativo e em busca da satisfação de anseios corporativistas. Ao que tudo indica, a qualidade da jurisdição é mensurada pela quantidade de varas judiciárias e pela quantidade de decisões prolatadas. Há pouquíssimos critérios de mensuração da qualidade do que é decidido. Não à toa, o discurso de crescimento dos diversos ramos da atividade judiciária e das funções essenciais à justiça é permeado pelo discurso de facilitação do acesso à justiça¹⁴.

Não é demasiado lembrar Mauro Cappelletti (1993, p. 133), segundo o qual esse caminho de “confiar ao ‘terceiro poder’, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito” constitui “certamente um fenômeno arriscado e aventureiro”.

Os juristas devem ter a consciência de que não detém o monopólio da interpretação da legislação, muito menos são censores da sociedade civil (MAUS, 2000); os juristas desempenham papel relevante nas sociedades, mas devem estar cientes de que a sua função não será afirmada com o monopólio

13 “A lógica da divisão de poderes, fundamentada numa teoria da argumentação, sugere que se configure auto reflexivamente a legislação, de modo idêntico ao da justiça e que se a revista com a competência do autocontrole de sua própria atividade. O legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicar o direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontraram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei. De outro lado, o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador. Por isso, não é inteiramente destituído de sentido reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial” (HABERMAS, 2003, p. 301)

14 “A percepção cappellettiana do caráter estratégico do acesso à justiça para formação da cidadania encontrou recepção na magistratura brasileira. Segundo a versão elaborada por algumas de suas vanguardas intelectuais, o Judiciário deveria fazer um movimento em direção à sociedade, implementando formas mais democráticas, simples e rápidas de acesso à justiça. Sua expectativa era a de que essa reforma seria capaz de alterar a ‘mentalidade popular’ quanto à defesa de seus direitos, favorecendo o cumprimento mais espontâneo da norma e conferir maior vitalidade à ordem jurídica (VIANA *et al.*, 1999, p. 154),

da interpretação; uma sociedade civil que se mantenha atenta às interpretações das regras as quais aquela deve ser um protagonista parece ser uma sociedade de uma hermenêutica plural e aberta à interpretação das normas¹⁵, sendo mais livre e aberta quanto maiores forem as possibilidades de interpretação (HÄBERLE, 2002).

O prestígio do conhecimento ou pelo menos da suposta *expertise*¹⁶ dos juristas acaba deixando nas mãos destes a resolução de problemas que deveria competir à sociedade civil, de maneira organizada. E esse prestígio do conhecimento torna o poder dos juristas invisível, pois não carece de outro suporte que não seja a crença na competência (CHAUÍ, 2011), inculcada nas pessoas desde o processo escolar¹⁷.

Em busca de respostas corretas¹⁸ e sob o discurso da competência (d, 2011), as Instituições dos Sistemas de Justiça acabam se arvorando, na totalidade, de função que competiria, igualmente, ou até em maior grau, à sociedade civil.

Nesse ponto, segundo Luiz Werneck Viana *et al.* (1999), baseados nos estudos de Antoine Garapon, a invasão da política e da sociedade pelo direito, bem como o próprio gigantismo do Judiciário, coincidiriam com o

15 “‘Povo’ não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. [...] Democracia é o ‘domínio do cidadão’, não do Povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. A democracia do cidadão [...] é mais realista do que a democracia popular [...]. A democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir de direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca [...] A sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido lato” (HÄBERLE, 2002, p. 37-40).

16 Neste ponto, Anthony Giddens (1991), ao tratar sobre a modernidade, destaca a importância dos denominados sistemas de perito, ao qual se refere como sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos; tais sistemas seriam baseados na confiança, definida como a crença na credibilidade de uma pessoa ou sistema, tendo em vista um dado conjunto de resultados ou eventos, em que tal crença expressa uma fé na probidade ou na correção de princípios abstratos (conhecimento técnico). Giddens (1991, p. 31) diz, ainda, que “a maioria das pessoas leigas consulta ‘profissionais’ – advogados, arquitetos, médicos etc., – apenas de modo periódico ou irregular. Mas os sistemas nos quais está integrado o conhecimento dos peritos influenciam muitos aspectos do que fazemos de uma maneira contínua”.

17 “A influência do ‘currículo oculto’ nos processos de educação formal é aqui provavelmente decisiva. O que é transmitido à criança no ensino da ciência não é apenas o conteúdo das descobertas técnicas mas, mais importante para as atitudes sociais gerais, uma aura de respeito pelo conhecimento técnico de todos os tipos. Na maioria dos sistemas educacionais modernos, o ensino da ciência começa sempre pelos ‘princípios primeiros’, conhecimento visto como mais ou menos indubitável. Apenas se alguém permanece aprendendo ciência por algum tempo é que poderá ser introduzido a questões contenciosas ou tornar-se plenamente ciente da falibilidade potencial de todas as reivindicações ao conhecimento em ciência. A ciência tem assim por longo tempo mantido uma imagem de conhecimento fidedigno que se verte numa atitude de respeito para com a maioria das formas de especialidade técnica” (GIDDENS, 1991, p. 92).

18 A respeito das denominadas respostas corretas, Orlando Faccini Neto (2011) apresenta trabalho em que aborda uma teoria da decisão judicial, principalmente baseada na obra de Ronald Dworkin.

desestímulo para um agir orientado para fins cívicos, tendo-se o juiz e a lei se traduzido nas derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados e socialmente perdidos, em que a justiça teria se tornado o último refúgio de um ideal democrático desencantado, em que o sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afetaria as instituições políticas clássicas, em razão do desinteresse existente sobre elas e da perda do espírito público.

3 CONCLUSÕES

O trabalho teve como objetivo discutir o fenômeno histórico do bacharelismo brasileiro e sua relação com o atual momento de judicialização da vida cotidiana e das políticas públicas.

Assim, a partir do bacharelismo é possível compreender a razão pela qual, atualmente, tanto valor se devota à judicialização, como se o Judiciário, efetivamente, em um regime democrático, fosse o único detentor de respostas corretas.

A discussão sugere que uma sociedade civil que pretenda atingir níveis satisfatórios de desenvolvimento deve ter em mente que a delegação excessiva de responsabilidades dos cidadãos em mãos de terceiros (burocratas/bacharéis), supostamente com maior qualificação técnica para resolver seus problemas, não é um caminho prudente.

Nesse contexto, o papel do Judiciário, de maneira, geral frente às políticas públicas, situa-se em um contexto político, social e jurídico em que o seu protagonismo emerge diante das outras funções estatais clássicas (legislativa e executiva).

No entanto, em que pese a necessidade de atuação do Judiciário nesse novo cenário, em uma democracia em consolidação, é preciso reconhecer, com os pés na realidade, que “o martelo nem tudo pode”, isto é, a judicialização possui limitações seja de ordem social, seja aquela advinda de seu próprio burocratismo, havendo necessidade de maior envolvimento da sociedade civil nos ciclos das políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

BOURDIEU, Pierre. *La nobleza de estado: educación de elite y espíritu de cuerpo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma teoria da decisão judicial: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HERMET, Guy. *Cultura e desenvolvimento*. Tradução de Vera Lúcia Lúcia Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2002.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KOZIMA, José Wanderley. Instituições, retórica e bacharelismo no Brasil. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Fundamentos de história do direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 365-386.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras.

LE GOFF, Jacques. *Por amor às cidades: conversações com Jean Lebrun*. Tradução de Reginaldo Carmello Corrêa de Moraes. São Paulo: UNESP, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; BECKER, L. A. Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros. In: BECKER, L. A. *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Fabris, 2012.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade “órfã”. In: *Novos Estudos*, Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque, São Paulo, CEBRAP, n. 58, nov. 2000.

O ESTADO DE SÃO PAULO. ‘*Tenentes de toga comanda essa balbúrdia jurídica, afirma cientista político*. São Paulo, 20/12/2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,tenentes-de-toga-comandam-essa-balburdia-juridica-afirma-cientista-politico,10000095549>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

SANTIN, Janaína Rigo. Estado, sociedade civil e legitimidade do poder. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 111, p. 247-274, jul./dez 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ideias e instituições constitucionais do século XX no Brasil: o papel do jurista. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, nº 111, p. 229-245, jul./dez. 2015.

VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

VIANA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. II. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: UnB, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E A FAZENDA PÚBLICA: REPERCUSSÕES NO PROCESSO TRIBUTÁRIO

*DYNAMIC ALLOCATION OF THE BURDEN OF PROOF AND PUBLIC
TREASURY: EFFECTS ON TAX LEGAL PROCEDURE*

Raquel Vieira Mendes

Procuradora da Fazenda Nacional

*Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro de Extensão Universitária
– CEU, Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito
Tributário – IBET, mestranda em Direito Constitucional e Processual Tributário pela
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP,
atualmente trabalhando na Divisão de Assuntos Fiscais da Procuradoria Regional da
Fazenda Nacional na 3ª Região*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Distribuição estática e dinâmica do ônus da prova; 2 Critérios para aplicação dinâmica do ônus da prova; 3 As prerrogativas da Fazenda Pública e a distribuição do ônus da prova; 4 As presunções a favor da Fazenda Pública e a distribuição do ônus da prova no processo judicial tributário; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho destina-se a analisar a possibilidade de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz nas causas em que for parte a Fazenda Pública e, em especial, no processo tributário. Para tanto, diferencia o ônus estático do dinâmico na produção da prova, discorre sobre a existência de prerrogativas a favor da Fazenda Pública e a implicação destas na distribuição desse ônus para, ao final, verificar a possibilidade de distribuição dinamizada do ônus probatório no processo tributário, frente à existência de presunções legais como parte dessas prerrogativas.

PALAVRAS-CHAVE: Distribuição dinâmica. Ônus da prova. Fazenda Pública. Processo Civil. Processo Tributário.

ABSTRACT: The present paper analyses the issue regarding dynamic allocation of the burden of proof in cases concerning civil procedure, tax law procedure and the Public Treasury. Hence, it explains the difference between dynamic and fixed allocation of the burden of proof, analyses Public Treasury's prerogatives and its consequences related to the allocation of the burden of proof to investigate the possibility of dynamic allocation be supported by tax law procedure, considering tax legal presumptions which are part of the Public Treasury's prerogatives.

KEYWORDS: Dynamic allocation. Burden of proof. Public Treasury. Civil procedure. Tax law procedure.

INTRODUÇÃO

O juiz, na condução do processo, é responsável pela promoção da justiça social e por isso deve estar atento a garantir aos litigantes condições isonômicas de atuação, sobretudo no que tange à produção das provas. Afinal, a instrução processual é a oportunidade que têm as partes de influir no convencimento do julgador, fornecendo elementos que possam formar, tanto quanto possível, uma visão dos fatos próxima da realidade.

Segundo Michele Taruffo¹, devem ser disponibilizadas às partes condições de influir na valoração das provas, intervindo e deduzindo outras previamente a essa valoração, de modo a garantir o contraditório dentro do processo, considerando a impossibilidade de que tal contraditório se dê no momento da formação extraprocessual das provas.

Essa garantia também é aplicável à fase anterior à produção e à valoração probatória, i.e., por ocasião da distribuição do *onus probandi* que, atualmente, pode ser feita de forma dinamizada pelo juiz, conforme disposição contida no Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015.

Possui elevado grau de importância, portanto, investigarmos em que situações poderá ocorrer essa dinamização e quais seus critérios de aplicação, merecendo especial interesse investigarmos se a distribuição dinâmica é aplicável quando a Fazenda Pública se encontra em um dos polos da relação processual.

Nessa investigação, destacamos as peculiaridades do processo tributário, o qual tomamos como exemplo do modo em que ocorre a distribuição do ônus probatório com relação à Fazenda Pública, partícipe necessária das lides tributárias.

Cumpra apontar, ainda, que as ações anulatórias e de repetição de indébito tributário processam-se inteiramente sob o pálio do Código de Processo Civil, ao passo que as execuções fiscais, embora regidas pela Lei 6.830/80, recebem aplicação subsidiária daquele Código, por força do art. 1º da referida Lei de Execuções Fiscais. Por essa razão, reputamos inquestionável a importância do estudo do art. 373, § 1º, CPC, não só com relação ao processo civil, mas também com relação ao processo tributário, caso se pretenda indagar acerca da repercussão da distribuição dinâmica do ônus probatório em face da Fazenda Pública.

Por fim, buscaremos apontar pontos de aproximação entre o direito brasileiro e o italiano, no tratamento do tema relativo à prova.

1 TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madri: Trotta, 2002. p. 385.

1 DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA E DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

O Novo Código de Processo Civil inovou o ordenamento jurídico ao trazer a previsão da distribuição dinâmica do ônus da prova. Diversamente da visão tradicional sobre o tema, segundo o novo diploma processual, o *onus probandi* não possui caráter estático, restando ultrapassada a assertiva de que tal ônus incumbiria sempre ao autor quanto à prova de seu direito e sempre ao réu, no que tange à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Atualmente, há critérios legais que fundamentam a distribuição desse ônus de modo diverso daquele consagrado no art. 333, incisos I e II, do CPC/73 – Lei 5.869/73, de modo a possibilitar seja carreado a uma das partes o ônus de produzir prova que possa ou não lhe aproveitar.

Antes de adentrarmos na análise desses critérios, cumpre citarmos a dúplice função do ônus probatório.

Em primeiro lugar, exerce este uma função *subjetiva*, que visa estruturar a atividade probatória das partes², incentivando-as a trazerem a juízo as provas que lhes beneficiem³, por meio da ameaça de aplicação de uma espécie de sanção pelo juiz, em consequência do comportamento desidioso ou da inércia daquele que não foi capaz de provar de modo suficiente suas alegações. Essa “sanção” é a maior probabilidade de que haja um julgamento desfavorável à parte que não promoveu adequadamente a instrução probatória, embora devesse fazê-la, não obstante a insuficiência das provas não determine necessariamente a ocorrência de um prejuízo, visto que apenas agrava o risco de que esse prejuízo efetivamente ocorra⁴.

Em segundo lugar, o ônus exerce função *objetiva*, como critério de decisão do juiz, caso o conjunto probatório existente nos autos seja tido por insuficiente para comprovar a verdade dos fatos. Nessa hipótese, a sucumbência caberá àquele a quem incumbia o ônus de provar a veracidade de suas alegações e não o fez de modo satisfatório⁵. Na fase processual decisória há, assim, a aplicação da “sanção” anteriormente referida, em desfavor da parte que não logrou produzir prova convincente dos fatos por ela alegados.

2 CARPES, Artur Thompsen. Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fred. (coord.) *Direito Probatório*. Salvador: Jus Podium, 2016. P. 197-245

3 RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no Processo Civil. Do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 49.

4 *Ibid.*, p. 49

5 CARPES, op. cit., p. 198.

Neste ponto, fazemos uma ressalva a fim de consignar a dificuldade em definir-se o que possa ser chamado de “verdade” no processo. Conforme Michele Taruffo, só podemos falar em verdade relativa no caso, fundada nas informações que as provas dos autos tornaram disponíveis⁶. Segundo este autor, é significativo, portanto, o fato de que o legislador italiano não tenha feito referência expressa à busca da verdade dos fatos no contexto do processo⁷, diversamente do que fez o legislador brasileiro, nos arts. 369 e 378, CPC.

Tendo em vista o desempenho da dúplice função do ônus probatório, a lei processual previu sua distribuição fixa, prévia e abstrata⁸, conforme o art. 333, incisos I e II, do CPC/73.

Todavia, a prática processual demonstrou que, em muitos casos, a concessão de um estímulo prefixado à produção da prova não era capaz de proporcionar o resultado esperado quando a parte, a quem incumbia o *onus probandi*, não detinha a prova necessária ou, por razões de hipossuficiência, não se encontrava em condições de produzi-la.

A fim de proporcionar uma solução ao problema, o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90, em seu art. 6º, inciso VIII, foi pioneiro em prever a inversão do ônus probatório, nas hipóteses em que houvesse verossimilhança da alegação do consumidor ou quando fosse este considerado hipossuficiente, a critério do juiz.

Esta foi, portanto, uma tentativa do legislador de evitar a injustiça das decisões advinda da aplicação da distribuição estática do ônus probatório em casos em que esta se mostrava inadequada, de modo a possibilitar houvesse uma “...nova ferramenta para ampliação do material probatório...”⁹.

A inversão do ônus da prova passou a ser inserida pela doutrina num conceito mais amplo de dinamização da distribuição desse ônus¹⁰. Em casos excepcionais, poderia, assim, haver a alteração da regra geral de produção da prova, conforme prevista no art. 333, incisos I e II, do CPC/73, de modo a promover a isonomia entre partes que não se encontram em situação de igualdade processual.

Nesse contexto, entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil, cujo art. 373, § 1º, prevê a distribuição dinâmica do ônus probatório, i.e., de forma diversa daquela descrita em seus incisos I e II (cuja redação é a mesma dos incisos I e II do artigo 333 do CPC/73).

6 TARUFFO, Michele. Considerazioni su dubbi e verità. In: DIDIER JR., Fred. (coord.) *Direito Probatório*. Salvador: Jus Podium, 2016. p. 929-939.

7 *Ibidem*, p. 934.

8 RAMOS, op. cit. p. 50.

9 *Ibid.*, p. 51

10 CARPES, op. cit., p. 203

Segundo Artur Thompsen Carpes¹¹, o novel art. 373, § 1º, CPC, descreve, de um lado, comportamentos a serem adotados pelas partes e, de outro, comportamento a ser adotado pelo juiz, na hipótese de se revelarem insuficientes as provas tendentes a formar a convicção sobre as questões fáticas da causa. Enquanto a regra dirigida às partes decorre da interpretação do próprio art. 373, CPC, a regra dirigida ao juiz é oriunda da interpretação do citado dispositivo legal à luz da Constituição Federal (arts. 5º, incisos XXXV e LXXVIII) e do art. 4º do próprio CPC.

A distribuição dinâmica do ônus probatório leva em consideração a real possibilidade de as partes produzirem a prova necessária para formação do juízo de fato¹². Segundo esse ponto de vista, o juiz compara a situação em que se encontram as partes no processo, a fim de verificar qual delas possui melhores condições de produzir a prova, ainda que esta última não esteja ligada a fatos alegados por aquele incumbido do ônus.

A dinamização da atividade probatória vem ao encontro do princípio da igualdade processual, albergado pelo art. 7º do CPC, que assegura às partes paridade de tratamento no exercício de direitos e faculdades processuais. A parte que se encontra em desvantagem na promoção da instrução processual, por sua hipossuficiência, ou em razão da dificuldade, ou impossibilidade, de produção da prova que lhe aproveita, merece tratamento diferenciado, na medida dessa necessidade.

Do mesmo modo, essa técnica permite incentivar o cumprimento do dever de cooperação entre os sujeitos do processo, na forma disposta nos arts. 6º e 378 do CPC, relativizando a implicação direta outrora existente entre o cumprimento do ônus da prova e o resultado do julgamento¹³.

2 CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

A Constituição Federal não possui caráter estritamente programático, haja vista ser norma jurídica superior que impõe conteúdos normativos a todas as outras normas que lhe são hierarquicamente inferiores¹⁴.

Sob esse prisma, os princípios constitucionais do acesso à justiça, do respeito ao juiz natural, do direito ao contraditório, à ampla defesa e à motivação da decisões judiciais, dentre outros, encontram expressão nas normas processuais. Na concepção do direito como objeto cultural, criado,

11 CARPES, op. cit., p. 201

12 Ibid., p. 202

13 CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. A dinamização da produção probatória, como nova técnica instrutória e em face da Fazenda Pública. In: DIDIER JR., Fred. (coord.) *Direito Probatório*. Salvador: Jus Podium, 2016. p. 325-337.

14 BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do Direito Tributário*. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 243.

portanto, pelo homem, no qual há um sentido de conteúdo valorativo¹⁵, as normas processuais possuem também caráter teleológico, na medida em que implementam valores eleitos pelo constituinte originário como indispensáveis ao homem e à sociedade, com fundamento na justiça, a qual agrega todos os demais valores que determinam o fim visado pelas normas, legitimando sua vigência e eficácia¹⁶.

A existência de determinados critérios circunscreve, portanto, a distribuição dinâmica do ônus da prova para a implementação dos valores albergados pelos princípios constitucionais e à consecução da finalidade buscada pela norma processual.

A regra geral continua sendo a distribuição estática do *onus probandi*. A distribuição dinamizada da carga probatória, nos termos do art. 373, § 1º, CPC, poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: (i) por expressa previsão legal; (ii) quando a aplicação da regra geral trazer dificuldade extrema para a parte ou impossibilidade de que ela se desincumba de seu ônus; (iii) se a parte contrária possuir maior facilidade de produção da prova; e, finalmente, (iv) por convenção das partes.

A decisão que distribui o ônus probatório de modo diverso daquele previsto nos incisos I e II do art. 373, CPC, deverá ser fundamentada, com fulcro no art. 93, IX, CF, e no art. 11, CPC, além do próprio art. 373, § 1º, do mesmo Código, haja vista tratar-se de situação excepcional, a qual deve ser necessariamente submetida ao contraditório.

Face ao princípio da aquisição da prova, previsto no art. 371, CPC, uma vez produzida, esta é incorporada ao processo e serve à comprovação da situação fática, em proveito ou prejuízo de quaisquer das partes. Segundo Michele Taruffo¹⁷, ante tal princípio, a prova poderá ser utilizada pelo juiz em sua decisão, independentemente da qualidade e da posição processual da parte que a deduziu. Assim, torna-se indiferente qual dos sujeitos logrou sua produção, pois o julgamento não será baseado exclusivamente na aferição do cumprimento do *onus probandi*, o que se coaduna com a dinamização da carga probatória.

Deixando-se à parte os casos em que há previsão legal expressa de afastamento da regra geral dos incisos I e II do art. 373, CPC, e aqueles nos quais há celebração de negócio jurídico processual, por suas peculiaridades, cumpre analisarmos as demais hipóteses de distribuição dinâmica previstas no parágrafo primeiro do mesmo artigo, quais sejam, a dificuldade extrema, ou a impossibilidade de produção da prova, e a maior facilidade da parte contrária para produzi-la.

15 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 147.

16 *Ibid.*, p. 427.

17 TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza dela prova*. Padova: CEDAM, 1970. p. 15.

Tais casos envolvem conceitos indeterminados de “dificuldade”, “impossibilidade” e “maior facilidade”, sujeitos à avaliação subjetiva, razão pela qual a distribuição do ônus acaba por se pautar pela discricionariedade do juiz¹⁸. A análise das circunstâncias fáticas é que permitirá o juízo acerca das reais possibilidades de cada uma das partes de produzir o adequado material probatório, na maior extensão possível.

A dinamização baseia-se, portanto, na existência de uma assimetria informacional entre os litigantes¹⁹, a qual permite ao juiz constatar que uma das partes se encontra melhor aparelhada do que a outra para trazer a prova ao processo.

O fato de uma das partes desfrutar de condição que lhe confira maior facilidade na obtenção da prova não advém, necessariamente, de uma situação econômica privilegiada. Embora a inversão do ônus probatório prevista no Código de Defesa do Consumidor parta da presunção de que o consumidor deva ser economicamente hipossuficiente quando comparado ao outro polo da relação de consumo, na hipótese de dinamização, entendemos que a hipossuficiência econômica, por si só, não é fator determinante para que o juiz impute tal ônus a uma das partes, considerando que a facilidade na produção da prova nem sempre está vinculada exclusivamente à capacidade de suportar os custos dessa produção. Mesmo porque o custeio pode não estar a cargo daquele a quem foi imputado o ônus de provar o fato.

Tampouco está condicionada à maior comodidade desfrutada por um litigante na obtenção da prova, pois, nessa hipótese, não há situação de desigualdade a ser equilibrada²⁰.

Por fim, a distribuição dinâmica do *onus probandi* não pode levar o juiz a determinar a produção da chamada “prova diabólica”, de difícil ou impossível obtenção, tal como a comprovação de fato negativo, nos termos do parágrafo 2º do art. 373, CPC.

3 AS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

A Fazenda Pública desfruta de garantias processuais, decorrentes do princípio da supremacia do interesse público, as quais não se constituem em privilégios²¹. Dentre elas, podemos citar, como exemplos, a impossibilidade

18 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Breves reflexões sobre o ônus da prova no CPC/2015. In: DIDIER JR., Fred. (coord.) *Direito Probatório*. Salvador: Jus Podium, 2016. p. 339-353.

19 SILVEIRA, Bruna Braga da. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015. In: DIDIER JR., Fred. (coord.) *Direito Probatório*. Salvador: Jus Podium, 2016. p. 211-246.

20 SILVEIRA, op. cit., p. 239-240.

21 CIANCI; QUARTIERI, op. cit., p. 334.

da decretação dos efeitos da revelia quando se tratam de direitos indisponíveis (art. 345, inciso II, CPC), a presunção constitucional de existência e veracidade dos atos administrativos (art. 37, *caput*, CF, albergada pelo art. 374, inciso IV, CPC), o prazo em dobro para manifestação (art. 180, CPC) e a remessa necessária (art. 496, CPC).

Poderíamos indagar se tais prerrogativas não estariam a ferir o princípio da isonomia, impondo tratamento desigual às partes, em detrimento da defesa dos direitos do particular. Todavia, como alguns autores²², entendemos que a resposta a essa questão é negativa.

Cabe ao juiz assegurar a igualdade de tratamento das partes no processo, de modo a que tenham oportunidades iguais para exercício do contraditório e para que possam participar livremente do convencimento do julgador²³. O juiz é, portanto, o garantidor do equilíbrio processual²⁴, o que é claramente disposto no art. 139, VI, do Código de Processo Civil, ao lhe conferir o poder de determinar a dilatação de prazos para manifestação e de alterar a ordem de produção dos meios de prova.

A ideia que norteia a outorga de poderes ao juiz para reequilibrar o contraditório é o atendimento da necessidade de tratarmos desigualmente os desiguais, a fim de que tenham as mesmas oportunidades de fazerem valer seus direitos em juízo. Nos litígios em que a Fazenda Pública ocupa um dos polos da relação processual, essa desigualdade é patente e, no mais das vezes, decorre da dificuldade de seus representantes judiciais e dos órgãos públicos envolvidos em lidar com um excessivo volume de trabalho, com a burocracia e com a falta de estrutura²⁵.

As prerrogativas processuais destinam-se a fazer frente a tais dificuldades e servem como compensação aos entraves existentes na Administração Pública, visando promover a igualdade de condições em face dos entes privados. Não é por outro motivo que cremos que, numa época futura, tais prerrogativas perderão sua razão de ser, o que ocorrerá quando as condições de trabalho na Administração Pública venham a permitir o atendimento das demandas dos administrados e do judiciário de modo satisfatório. As prerrogativas poderão, então, ser dispensadas.

Porém, até lá, são ainda necessárias, como forma de proteção do interesse público e de promoção da isonomia processual.

22 MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro* (administrativo e judicial). 8. ed. São Paulo: Dialética, 2015, p. 546.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 36.

23 *Ibid.*, p. 29.

24 *Ibid.*, p. 28.

25 *Ibid.*, p. 33.

Dentre essas prerrogativas, encontra-se a presunção de legitimidade dos atos públicos. Dado que a Administração se encontra adstrita ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, CF), os atos por ela praticados são presumivelmente legítimos, até prova em contrário. Essa presunção acarreta a desnecessidade de esta prove diretamente a ocorrência e a verossimilhança do ato, o que imputa à parte contrária o ônus de comprovar o contrário. Da presunção legal decorre, assim, a distribuição do ônus probatório, que é direcionada ao particular, para que este demonstre o fato constitutivo de seu direito, ou a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da Fazenda Pública, nos termos da regra geral prevista nos incisos I e II do art. 373, CPC.

A esta última, ao ocupar um dos polos da relação processual, caberá alegar os fatos, ou apresentar prova presumivelmente legítima, sem a necessidade de corroboração por outras, a fim de comprovar a efetiva ocorrência dos fatos alegados.

Ante tal situação, com relação ao direito consumerista, Mirna Cianci e Rita Quartieri chegam a afirmar não ser exigível da Fazenda Pública a produção probatória decorrente da inversão do ônus, face à presunção legal de indisponibilidade do interesse público²⁶.

Contudo, por ser um conceito jurídico vago, a presença do interesse público deverá ser analisada caso a caso, pois, muitas vezes, este se acha presente, precisamente, na tutela do interesse particular²⁷. Não podemos falar, assim, da supremacia ilimitada do interesse público em qualquer hipótese, tendo em vista que este deva ser sopesado no caso concreto.

Se por um lado cremos que a imputação do ônus da prova ao particular decorra da presunção de legitimidade dos atos administrativos, por outro, não podemos pretender carrear a este a produção de prova de fato constitutivo de seu direito, ou impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da Fazenda Pública, tão-somente com fundamento na falta de estrutura e de pessoal dos órgãos públicos para obtenção da prova necessária²⁸.

De fato, as prerrogativas legais concedidas à Fazenda Pública servem para buscar o equilíbrio entre a defesa do interesse público, a precariedade de funcionamento da Administração e a necessidade de atendimento integral das demandas. Porém, tais prerrogativas devem estar vinculadas à tutela do interesse público discutido no caso concreto, o qual poderá coincidir tanto com aquele defendido pela Fazenda Pública, quanto com aquele defendido pelo particular, em certas hipóteses.

26 CIANCI; QUARTIERI, op. cit., p. 336.

27 CUNHA, op. cit., p. 30.

28 FERRAGUT, Maria Rita. *As provas e o direito tributário. Teoria e prática como instrumentos para a construção da verdade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 73.

Assim, a presunção de legitimidade dos atos administrativos não poderá determinar a imputação automática do ônus probatório ao particular, pois deve estar aliada à tutela do interesse público presente no caso em questão. Tampouco a defesa do bem comum, à qual esse interesse se acha vinculado, poderá servir de justificativa para que o Estado pretenda a todo custo fazer sucumbir o direito subjetivo do particular, submetendo-o a derrotas injustas²⁹.

Consequentemente, entendemos que a imputação do *onus probandi* ao ente privado não deverá ocorrer por mera aplicação indiscriminada da presunção legal de legitimidade dos atos da Administração Pública.

Dessa forma, cremos possa haver a distribuição dinâmica do ônus da prova também em litígios envolvendo a Fazenda Pública, desde que o interesse público esteja voltado para a proteção do direito do particular e que seja comprovado o melhor aparelhamento da Administração para a produção da prova, quando consideradas as possibilidades do particular em produzi-la.

Assim, os critérios previstos no art. 373, § 1º, CPC, de dinamização da produção da prova, também podem estar presentes em litígios nos quais é parte a Fazenda Pública. Neles podem ser verificados a desigualdade entre as partes, a assimetria de seus graus de informação, o melhor aparelhamento de um ou de outro litigante para produção de determinada prova e a disparidade entre suas situações econômicas, o que possibilita, em tese, a condução do ônus tanto ao particular, quanto ao ente público, a depender da situação de fato.

Disso se depreende que a dinamização do ônus probatório também se aplica aos litígios nos quais a Fazenda Pública é partícipe; todavia, é necessário que isso seja confrontado com suas prerrogativas e com o interesse público em discussão.

4 AS PRESUNÇÕES A FAVOR DA FAZENDA PÚBLICA E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO

Uma nota característica do processo judicial tributário reside na circunstância de possuir sempre a Fazenda Pública em um dos polos da relação processual. Não é possível falar-se, portanto, em igualdade das partes litigantes em razão das presunções legais que militam a favor dos entes tributantes.

Mais do que em outros tipos de litígio, resulta evidenciada no processo tributário a defesa do erário, o que confere situação bastante diferenciada à Fazenda Pública, considerando que todas as vezes em que

29 MARINS, op. cit., p. 478

esta sofre uma derrota podemos quantificar o montante da receita que deixa de ser conduzida aos cofres públicos para fazer frente às despesas necessárias para prestação dos serviços a cargo do Estado³⁰.

Essa condição diferenciada levou alguns países europeus a criar uma justiça especializada em litígios envolvendo a Fazenda Pública, não subordinada à Justiça Comum, a qual, em certos casos, possui órgãos vinculados à própria Administração Pública³¹.

Exemplo disso é a Itália, onde foram criadas as “Comissões Tributárias” (*Commissioni tributarie*), as quais possuem jurisdição sobre todas as controvérsias que têm por objeto tributos de qualquer espécie, excluídos os atos de execução forçada³². Atualmente, seguindo a tendência de conferir maior independência e preparação técnica a essas “Comissões”, vêm fazendo parte delas juízes profissionais, autônomos em relação à Administração Pública³³.

As peculiaridades do processo tributário fazem-no uma interessante fonte de estudo de casos relacionados à distribuição do *onus probandi* em litígios relacionados à Fazenda Pública, sobretudo quanto às consequências da aplicação das presunções legais sobre essa distribuição.

O ordenamento jurídico brasileiro instituiu presunções a favor da Fazenda Pública como parte das prerrogativas que visam dispensar um tratamento desigual a partes que se encontram em situação de desigualdade e preservar a isonomia processual³⁴, como visto alhures.

A análise das consequências jurídicas decorrentes da aplicação de presunções traz reflexos na distribuição do ônus probatório nos processos nos quais a Fazenda Pública ocupa um dos polos da relação processual, o que é o caso dos litígios que envolvem questões tributárias.

As presunções são construídas a partir de fatos conhecidos, dos quais se extraem consequências indiretas e prováveis, que levam a supor a ocorrência de outros fatos, por sua vez, desconhecidos³⁵. Pode haver presunções legais absolutas (*iure et de iure*), as quais inadmitem prova em sentido oposto, ou relativas (*iuris tantum*), as quais se submetem ao contraditório e subsistem até prova em contrário.

30 CUNHA, op. cit., p. 32.

31 Ibid., p. 34.

32 CAMPEIS, Giuseppe; PAULI, Arrigo de. *Il manual del Processo Tributario. Lineamenti di diritto processuale tributario*. 2. ed. Padova: CEDAM, 2002. p. 35.

33 MICHELI, Gian Antonio. *A tutela Jurisdicional Diferenciada do Contribuinte no Processo Tributário*. Tradução de Brandão Machado). In: MACHADO, Brandão (coord.). São Paulo: Saraiva, 1984. p. 401, esp. p. 410. Apud MARINS, op. cit., p. 478.

34 MARINS, op. cit., p. 546.

35 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 547.

No direito tributário, em vista de a Constituição Federal ter adotado um sistema rígido de repartição das competências tributárias e de definição das hipóteses materiais possíveis de incidência dos tributos, não há que se falar na existência de presunções absolutas, em respeito aos princípios da segurança jurídica e da estrita legalidade³⁶. Essa condição traz reflexos sobre o processo judicial tributário, considerando que os atos praticados pelos agentes fiscais, não obstante presumivelmente legítimos, são sempre passíveis de refutação pelos meios de prova.

As presunções podem decorrer da lei ou do senso comum³⁷. Nas presunções legais, o legislador, de antemão, considera ocorrido um fato como consequência da prova (ou do indício) da ocorrência de outro; nas presunções simples (*hominis*), o aplicador do direito reputa ocorrido um fato por meio de indução lógica desenvolvida a partir da prova (ou do indício) da ocorrência de outro fato; contudo, essa conclusão não se encontra preestabelecida na lei.

Enquanto a presunção simples decorre da existência de uma relação causal entre o fato indiciário e o presumido a ser estabelecida pelo aplicador do direito, com base nas regras de experiência, a presunção legal contém em si a relação de causalidade prefixada pelo legislador, por razões de efetividade e economia³⁸.

Quanto ao tema, o direito italiano guarda semelhança com o direito pátrio, ao reconhecer a existência de presunções legais, absolutas e relativas, além de presunções simples³⁹. No âmbito tributário, a exemplo do que ocorre no direito brasileiro por aplicação do princípio da legalidade estrita, as presunções simples não podem servir de fundamento para a exigência de tributos⁴⁰ e a Administração deve oferecer prova do pressuposto de fato do qual decorreu a exação ao exigi-los⁴¹. Se tal prova existe de antemão, ao comparecer perante as *Commissioni tributarie*, o ônus probatório da eventual ilegalidade da exigência fiscal, da não-ocorrência do fato jurídico tributário, ou da sua ocorrência em desacordo como o que foi descrito pela Administração, cabe ao contribuinte.

No direito brasileiro, a situação é análoga. No processo de execução promovido pela Fazenda Pública, a dívida ativa regularmente inscrita possui

36 CARRAZZA, op. cit., p. 550-551.

37 Ibid., p. 548.

38 CALDAS, Adriano Ribeiro. A Prova no Processo Administrativo Tributário. *Revista de Direito*, Universidade Federal de Viçosa, v. 6, n. 2, p. 13-39, 2014. Disponível em: <<http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireito-UFV/article/view/102/31>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

39 CAMPEIS, op. cit., p. 191.

40 Ibid., p. 194.

41 Ibid., p. 194.

a presunção legal de liquidez e certeza, nos termos do art. 3º, *caput*, da Lei 6.830/80. Trata-se de uma presunção relativa, conforme o parágrafo único do mesmo artigo, o que vai ao encontro da assertiva anterior, no sentido de que não são admissíveis presunções absolutas em matéria tributária.

Em decorrência da presunção legal, citado o devedor, a ele é atribuído o ônus de contrapor-se à exigência do Fisco, seguindo a regra do art. 373, inciso II, CPC, ao passo que a Fazenda Pública, amparada pela mesma presunção legal, encontra-se dispensada do cumprimento do ônus previsto no inciso I do mesmo artigo, por ocasião do ajuizamento da execução fiscal.

Essa situação se inverte a partir do momento em que o executado traz a juízo provas ou indícios da ilegitimidade da cobrança que lhe foi tentada. A partir daí, o ônus probatório recai sobre a Fazenda Pública, sendo a ela dado provar a ocorrência dos fatos indiciários que deram origem à exigência tributária. A despeito dessa inversão, nos casos de oposição de embargos (art. 16 da Lei 6.830/80), a distribuição do ônus ainda se dá de acordo com a regra geral, considerando que o executado passa a ocupar o polo ativo da relação processual e a Fazenda Pública, o passivo. A inversão, todavia, ocorre na chamada exceção de pré-executividade, objeção que se processa nos próprios autos da execução fiscal. Contudo, considerando que a exceção somente se presta à análise de questões que não demandem dilação probatória exauriente, o ônus imputado à Fazenda Pública é também limitado a questões de pouca complexidade.

Como vemos, no processo tributário, as presunções legais carregam o ônus da prova ao contribuinte apenas em princípio e favorecem a Fazenda Pública na medida em que lhe permitem produzir prova dos fatos presuntivos, sem necessidade de provar diretamente os fatos legalmente presumidos. Porém, assim que o contribuinte traz ao processo provas ou indícios que infirmem a exigência fiscal, o ônus de produzir prova da legitimidade desta é transferido à Fazenda Pública. Isso não implica sempre em inversão e pode haver submissão à aplicação da regra geral do art. 373, incisos I e II, CPC, como no caso dos embargos do devedor. De todo modo, cremos não estarmos ainda diante de hipótese de dinamização do ônus da prova.

Nas ações anulatórias ocorre semelhante situação. O art. 281 do Decreto 3.000/99, Regulamento do Imposto sobre a Renda – RIR/99, por exemplo, traz presunções legais de omissão no registro de receita. O lançamento fiscal efetuado com fundamento nas hipóteses de seus incisos I a III apoia-se em presunções *iuris tantum*, conforme prevê o *caput* do próprio dispositivo citado. O contribuinte que se crê lesado em seu direito pode propor ação anulatória a fim de desconstituir o lançamento reputado ilegal, mas para isso deve produzir prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da Fazenda Pública. O ônus que a esta

compete é a produção de prova dos fatos presuntivos de que a omissão de receita se verificou (art. 281, incisos I a III, RIR/99), visto que a prova direta dessa omissão não lhe é exigível. O ônus imputado ao autor segue a regra geral, ao passo que a presunção legal favorece a Fazenda Pública ao dispensá-la da produção de prova direta, muitas vezes impossível.

Verificamos, assim, que a distribuição do ônus da prova acaba por ser preestabelecida quando estamos diante de uma presunção legal que milita a favor da Fazenda Pública. Não cremos por isso ser possível a aplicação pelo juiz da dinamização do *onus probandi* em casos tais, pois isso equivaleria a fazer letra morta do dispositivo legal que prevê a presunção como prerrogativa do ente tributante.

Porém, nem todas as presunções decorrem de lei. Como citado anteriormente, há presunções simples (*hominis*), as quais se formam por um juízo comum a respeito de fatos conhecidos, que levam de modo indutivo ao conhecimento de fatos desconhecidos. Derivam do senso comum⁴² e não conferem certeza à conclusão do julgador, mas tão-somente um grau de maior probabilidade de seu acerto.

No processo tributário, assim como no processo civil, o uso das presunções simples também faz parte da atividade decisória do juiz e se faz necessário quando não há possibilidade de prova direta do fato controvertido. Assim, produzida prova dos fatos presuntivos, o julgador, baseado em seu bom senso, conclui pela ocorrência ou não do fato jurídico tributário, na forma propugnada pelo Fisco.

As presunções simples, entretanto, não se sobrepõem às presunções legais, tampouco no que se refere à distribuição do ônus da prova.

Citamos um exemplo. Como visto, o art. 3º, *caput*, da Lei 6.830/80, institui a presunção legal de liquidez e certeza da dívida ativa. Contudo, em alguns casos, o juiz, ao despachar a inicial da execução fiscal, ao invés de proferir despacho citatório, determina ao representante da Fazenda Pública que comprove não ter ainda ocorrido a prescrição do crédito tributário. Assim, com base nas informações contidas na certidão de dívida ativa (as quais são aquelas previstas no art. 2º, § 6º, Lei 6.830/80), o juiz presume a ocorrência da prescrição, carregando à credora o ônus de provar que seu crédito não está prescrito antes de determinar a citação do executado.

Estamos diante de uma presunção simples, em confronto com uma presunção legal. Em vista da prevalência desta última, entendemos não ser possível a aplicação da regra geral prevista no inciso I do art. 373, CPC. Dessa forma, caberá ao devedor o ônus de provar a eventual ocorrência de prescrição e à Fazenda Pública, sua inoccorrência, para contrapor-se às provas produzidas pelo contribuinte. Todavia, não tem ela o ônus de

⁴² CARRAZZA, op. cit., p. 548.

provar a legitimidade da exigência tributária no momento do ajuizamento da execução fiscal, pois essa prova é preexistente e decorre da própria inscrição em dívida ativa, por presunção legal.

Porém, nos casos de haver apenas presunções simples, não existindo confronto entre estas e as presunções legais, assume relevância para o juiz determinar quem possui o ônus probatório. Conforme citado anteriormente, a distribuição do ônus também se constitui em regra de julgamento, pois aquele que não se desincumbe satisfatoriamente do ônus que lhe compete tem uma chance maior de não lograr acolhimento de sua pretensão. Assim, nos casos em que não há uma presunção legal a amparar a atuação da Fazenda Pública em juízo, ou quando a presunção, por motivo justificável, deixa de prevalecer, entendemos que o juiz poderá promover a distribuição do ônus da prova de modo dinâmico, com fundamento no art. 373, § 1º, CPC, desde que respeitada a ressalva do § 2º do mesmo artigo.

A impossibilidade de produção da prova ali referida pode ocorrer quando se trata de prova de fato negativo. Tal como o legislador brasileiro reconheceu a falta de razoabilidade em exigir-se a apresentação de prova em tal condição, também a Corte Constitucional italiana já teve oportunidade de declarar a inconstitucionalidade de norma que apenas admitia a produção de prova documental pelo contribuinte quando esta se achava relacionada à comprovação de fato negativo, possibilitando a admissão de outros meios probatórios, ainda que indiciários⁴³

Afinal, os requisitos para aplicação dinâmica do *onus probandi* podem também estar presentes no processo tributário, a saber, a assimetria dos graus de informação, a desigualdade entre as partes e a maior facilidade de um dos litigantes para produção da prova, como dito alhures. Todavia, defendemos que a distribuição dinamizada desse ônus deva ocorrer apenas nas hipóteses em que não vigore uma presunção legal a favor da Fazenda Pública.

Nas ações anulatórias, desconstituída a exigência fiscal, pode surgir para o contribuinte o direito à repetição do indébito, que necessita ser quantificado em juízo caso a devolução se faça pela via do precatório.

Embora o art. 534, *caput*, CPC, disponha que, na execução de quantia certa em face da Fazenda Pública, caiba ao exequente apresentar demonstrativo discriminado e atualizado do crédito, há inúmeras causas em que a apuração do *quantum debeatur* depende da produção de provas documentais. Embora aquelas constantes dos autos tenham sido reputadas pelo juiz como suficientes para a decretação da ilegitimidade da exação fiscal, assim não são para apuração do valor que a Fazenda Pública deverá devolver ao contribuinte lesado. Essa possibilidade é, inclusive, admitida pela jurisprudência, em conformidade com o entendimento consolidado

43 CAMPEIS, op. cit., p. 187.

no REsp nº 1.111.003/PR⁴⁴, julgado sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C, CPC/73).

A definição do *quantum debeatur* é postergada, assim, para a fase de liquidação do julgado.

Contudo, entendemos que a distribuição do ônus probatório em sede de liquidação não possa ser determinada apenas na sentença proferida no processo de conhecimento ou somente no acórdão prolatado no julgamento do recurso interposto contra essa sentença, imputando-se à Fazenda Pública o ônus de apresentar documentação hábil a permitir o cálculo do valor devido ao contribuinte que se sagrou vencedor na demanda, ou a este de informar se já obteve qualquer restituição em sede administrativa relacionada ao crédito que pretende repetir.

Conforme preleciona Eduardo Cambi⁴⁵, é importante que a distribuição judicial do ônus da prova ou a sua inversão sejam anteriores à sentença. Ainda que esse autor se refira à produção da prova sobre a qual se formará o convencimento do juiz para prolação dessa mesma sentença, e não da prova a ser produzida para permitir o cumprimento dela, cremos que o princípio da não-surpresa igualmente impede que a distribuição do ônus seja feita sem o prévio contraditório perante o órgão julgador, o que obsta sua distribuição no acórdão proferido no julgamento de apelação contra sentença prolatada na fase de conhecimento ou apenas na própria sentença que determina a necessidade de sua liquidação posterior.

No exemplo dado, submetendo-se a distribuição dinamizada ao contraditório, com a abertura de oportunidade para que as partes sobre ela se manifestem, entendemos ser possível que esta ocorra na fase de liquidação do julgado, ocasião em que o juiz ponderará sobre quem possui maior facilidade de produzir a prova no caso concreto.

Nas lides tributárias, é frequente que os documentos relacionados ao recolhimento de tributos tenham sido elaborados pelo contribuinte e por ele próprio encaminhados por via eletrônica aos órgãos de fiscalização e arrecadação. Em tese, são documentos cuja posse é comum a ambas as partes envolvidas no litígio, cabendo ao juiz avaliar quem possui o dever de guarda de tais documentos ao tempo da liquidação da sentença, as condições particulares do contribuinte e as condições humanas e materiais dos órgãos de fiscalização, arrecadação e representação judicial, antes de

44 REsp 1111003/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Primeira Seção, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009.

45 CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (Distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC. In: DIDIER JR., Fred. (coord.) *Direito Probatório*. Salvador: Jus Podium, 2016. p. 247-269.

preferir decisão que aplique uma solução dinamizada de distribuição do *onus probandi*.

5 CONCLUSÃO

A distribuição dinâmica do ônus da prova foi acolhida pelo art. 373, § 1º, CPC, a fim de permitir melhor instrução probatória e possibilitar ao juiz determinar a quem cabe produzir a prova mediante a aplicação de critérios voltados para a promoção da isonomia processual.

Ao longo do tempo, a distribuição estática, prevista no revogado art. 333, incisos I e II, CPC/73, mostrou-se inadequada em certos casos, nos quais a parte a quem cabia o ônus não possuía condições de desincumbir-se dele, seja por não possuir a prova, seja por se achar em situação de hipossuficiência frente ao outro litigante.

Nesse cenário, passou a vigorar o Código de Defesa do Consumidor, que previu a inversão do ônus probandi, nos termos de seu art. 6º, inciso VIII.

O atual Código de Processo Civil foi além, ao admitir a produção da prova de modo dinamizado, paralelamente à manutenção da distribuição estática, já prevista no estatuto processual anterior (art. 373, incisos I e II).

Essa distribuição dinamizada, nos termos do art. 373, § 1º, CPC, poderá ser determinada pelo juiz quando a aplicação da regra geral trouxer dificuldade extrema para a parte ou impossibilidade de que ela se desincumba de seu ônus, quando a parte contrária possuir maior facilidade de produção da prova e, finalmente, por convenção das partes.

Cumpre-nos indagar se esta distribuição dinâmica é também aplicável aos processos nos quais a Fazenda Pública figura em um dos polos da relação processual, tendo em vista as prerrogativas legais que lhe são conferidas no intuito de preservar o interesse público e a isonomia processual.

Entendemos que a resposta é positiva. Nos litígios que envolvem a Fazenda Pública também verificamos a desigualdade entre os litigantes, a assimetria de seus graus de informação, o melhor aparelhamento de um ou de outro para produção de determinada prova e a disparidade entre suas situações econômicas, o que possibilita, em tese, a condução do ônus tanto ao particular, quanto ao ente público, a depender da situação de fato. Assim, caso constatado haver interesse público na tutela da pretensão do particular e desde que a Fazenda Pública se encontre em melhores condições de produzir a prova, o *onus probandi* pode ser carreado a esta última.

No processo tributário, que tem a Fazenda Pública em um dos polos da relação processual, cremos também ser cabível a distribuição dinamizada do ônus da prova. Contudo, é necessário perquirir acerca da

existência de presunções legais relativas ao direito material controvertido no caso concreto, pois a partir delas, o ônus probatório segue uma distribuição preordenada que não se sujeita ao arbítrio do juiz, em respeito às prerrogativas da Fazenda Pública.

Diversamente, cuidando-se de presunções simples, entendemos ser possível a distribuição dinâmica do *onus probandi*, facultando-se às partes oportunidade de manifestação sobre a questão previamente à prolação de decisão pelo julgador.

REFERÊNCIAS

CALDAS, Adriano Ribeiro. A Prova no Processo Administrativo Tributário. *Revista de Direito*, Universidade Federal de Viçosa, v. 6, n. 2, p. 13-39, 2014. Disponível em: <<http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireito-UFV/article/view/102/3>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (Distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC. In: DIDIER JR., Fred. (coord.) *Direito Probatório*. Salvador: Jus Podium, 2016.

CAMPEIS, Giuseppe; PAULI, Arrigo de. *Il manual del Processo Tributario. Lineamenti di diritto processuale tributario*. 2. ed. Padova: CEDAM, 2002.

CARPES, Artur Thompsen. Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fred. (coord.) *Direito Probatório*. Salvador: Jus Podium, 2016.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. A dinamização da produção probatória, como nova técnica instrutória e em face da Fazenda Pública. In: DIDIER JR., Fred. (coord.) *Direito Probatório*. Salvador: Jus Podium, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do Direito Tributário*. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAGUT, Maria Rita. *As provas e o direito tributário*. Teoria e prática como instrumentos para a construção da verdade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Breves reflexões sobre o ônus da prova no CPC/2015. In: DIDIER JR., Fred. (coord.) *Direito Probatório*. Salvador: Jus Podium, 2016. p. 339-353.

RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no Processo Civil. Do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVEIRA, Bruna Braga da. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015. In: DIDIER JR., Fred. (coord.) *Direito Probatório*. Salvador: Jus Podium, 2016.

TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza dela prova*. Padova: CEDAM, 1970.

_____. *La prueba de los hechos*. Madri: Trotta, 2002.

_____. Considerazioni su dubbi e verità. In: DIDIER JR., Fred. (coord.) *Direito Probatório*. Salvador: Jus Podium, 2016.

O ASSÉDIO MORAL NO SERVIÇO PÚBLICO E A SUA PROVA EM JUÍZO

*THE MORAL HARASSMENT IN THE PUBLIC SERVICE AND ITS
PROOF IN COURT*

Renata Chohfi Haik

Procuradora Federal em São Paulo

Especialista em Direito Constitucional pela ESDC

Especialista em Direito Público pela UnB

SUMÁRIO: Introdução; 1 O assédio moral; 2 O assédio moral no âmbito do serviço público; 3 Algumas considerações sobre o NCPC; 4 Inversão e dinamização do ônus da prova; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é fazer uma breve análise do assédio moral e a sua ocorrência no serviço público brasileiro. Procura-se analisar a produção probatória deste instituto em juízo, à luz da nova legislação processual brasileira, assim como as doutrinas acerca da dinamização do ônus da prova. Pretende-se também apontar algumas regras sobre o tema no direito italiano e concluir pela excepcionalidade da aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova para os casos de assédio moral.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio Moral. Serviço Público. Prova em Juízo. Ônus da Prova.

ABSTRACT: The objective of this paper is to make a brief analysis of moral harassment and its occurrence in the Brazilian public service. It seeks to analyse the probative production of this institute in court, considering the new Brazilian procedural law, as well as the dynamization of the burden of proof doctrines. It also intends to point out some rules regarding Italian law and conclude with the exceptionality of the application of the theory of dynamization of the burden of proof for cases of moral harassment.

KEYWORDS: Moral Harassment. Public Service. Proof in Court. Burden of Proof.

INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos temos presenciado o aumento dos relatos de assédio moral no âmbito do serviço público e o ajuizamento de ações judiciais de ressarcimento (danos morais) sem, todavia, a efetiva prova de sua ocorrência. Constatamos ainda litígios com relatos graves de assédio moral sem ao menos a demonstração de indícios de sua existência, acrescidas de pedido de inversão do ônus da prova já na petição inicial.

Neste artigo serão abordados, de maneira sucinta, o assédio moral e seus aspectos, principalmente no âmbito da Administração Pública, com críticas ao que notamos ser a banalização do instituto. Daí a necessidade de correta interpretação e aplicação do instituto, sob pena de desvirtuamento e até mesmo a condenação da Administração Pública no pagamento de danos morais por ato de seu agente, o suposto assediador.

Certamente não há aqui a pretensão de esgotar esse complexo tema, que envolve aspectos de direito material e processual civil. Todavia, visa-se analisar os aspectos processuais acerca do direito probatório nesse contexto e as consequências das demandas judiciais ajuizadas com objetivo da obtenção da reparação moral em função do alegado assédio moral.

1 O ASSÉDIO MORAL

A Constituição Federal de 1988 elencou em seus fundamentos “a dignidade da pessoa humana” (artigo 1º, inciso III) e os “valores sociais do trabalho” (artigo 1º, inciso IV), dentre outros, como fundamentos da República Federativa do Brasil, bem como previu a proteção do meio ambiente, em seu artigo 225, entendendo a doutrina que o mesmo inclui o meio ambiente do trabalho¹.

Como decorrência da dignidade, tem o trabalhador a proteção em face de agressões morais e físicas no ambiente de trabalho, possuindo também o direito de não sofrer ato discriminatório².

A importância de se trabalhar num ambiente laboral sadio e equilibrado é vital para o ser humano eis que eventuais problemas refletirão na vida pessoal, familiar e social. Como se sabe, os danos à personalidade afetam o ser humano em todos os aspectos de sua vida, além das consequências na saúde física e mental.

1 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Meio ambiente do trabalho em face do direito ambiental brasileiro*. Disponível em: <http://www.nima.puc-rio.br/aprodab/artigos/celso_antonio_pacheco_fiorillo.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.

2 PAMPLONA FILHO, Rodolfo; Wyzkowski, Adriana; Barros, Rodolfo Pamplona Filho, Adriana Renato da Costa Lino de Goes. *Assédio Moral laboral e direitos fundamentais*. 2. ed. ampliada e revista. São Paulo: LTr, 2016. p.110.

Infelizmente, a cada dia que passa nota-se nos ambientes de trabalho o crescente desrespeito à ética e os bons costumes. Como bem observa Leda Maria Messias da Silva e Lanaira da Silva, “[...] manifesta-se no mercado de trabalho posturas cada vez mais individualistas e agressivas.”³

De fato, as relações humanas estão cada vez mais complexas, deixando os seres humanos menos pacientes e compreensivos, e impondo metas de trabalho mais altas, muitas delas inatingíveis. Nesse contexto, algumas vezes desfavorável, pode ocorrer, então, o assédio moral que na definição da vitimóloga Marie-France Hirigoyen⁴, é

Toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho.

Muito usual é a terminologia estrangeira para definir o assédio. *Mobbing*, derivado do verbo “to mob”, está ligado a um fenômeno de perseguições coletivas ou à violência ligada a organização, envolvendo a vítima (mobizado), o assediador (mobber) e também os colegas cúmplices⁵. Já o *Bulling*, termo mais abrangente, significa provocar ou intimidar alguém. Alcança desde chacotas, isolamento e até mesmo agressões físicas, sendo usualmente referido aos casos que ocorrem no meio escolar⁶. Alexandre Pandolpho Minassa⁷ menciona outras terminologias com a mesma acepção de ataque para humilhar e torturar: *harassment*, usada nos Estados Unidos da América, *whistleblowers*⁸, originada na Inglaterra, e *ijime*, usada no Japão. O termo *mobbing* é utilizado na Alemanha e Itália.

Assim, pode-se definir o assédio moral como comportamentos emitidos por uma pessoa ou um grupo em face de outra pessoa ou grupo, por um longo período, acarretando prejuízos de ordem psicológica ou

3 SILVA, Leda Maria Messias da. *O assédio moral na administração pública: um livro em prol da extinção dessa praga*. Leda Maria Messias da Silva, Lanaira da Silva. São Paulo: LTr, 2015. p. 16.

4 HIRIGOYEN, Marie France. A violência perversa do cotidiano. Tradução de Maria Helen Huhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. p. 65. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; Wyzkowski, Adriana; Barros, Rodolfo Pamplona Filho, Adriana Renato da Costa Lino de Goes. *Assédio Moral laboral e direitos fundamentais*. 2. ed. ampliada e revista. São Paulo: LTr, 2016. p. 119.

5 SILVA, Leda Maria Messias da. *O assédio moral na administração pública: um livro em prol da extinção dessa praga*. Leda Maria Messias da Silva, Lanaira da Silva. São Paulo: LTr, 2015. p. 24.

6 *Ibidem*, p. 24.

7 MINASSA, Alexandre Pandolpho. *Assédio moral no âmbito da Administração Pública Brasileira*. Leme – SP: Habermann, 2012. p. 119-120.

8 A terminologia whistleblower também é utilizada para se referir ao denunciante interno nas ações relacionadas ao “compliance”, conforme a enciclopédia livre Wikipédia. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Whistleblower>. Acesso em 25 jan. 2017.

funcional. Referidos comportamentos se caracterizam pela sutileza⁹ e devem se traduzir em conduta abusiva. Devem também ser reiterados, ou seja, se prolongar no tempo de modo que ultrapasse a mera prática ocasional e uma simples situação de desconforto gerada no ambiente de trabalho para se transformar num grande problema e gerar efeitos perniciosos.

Tem-se, pois, as seguintes características, apontadas por Leda Maria Messias da Silva: uma lesão à dignidade moral do assediado; o comportamento habitual e hostil do assediador, capaz de humilhar a vítima assediada (elemento objetivo) e, por fim, um elemento subjetivo, qual seja, a finalidade específica com o propósito de desprezar o assediado¹⁰.

Não são todos os doutrinadores, entretanto, que incluem o dano à integridade moral como elemento constitutivo do assédio moral. Rodolfo Pamplona Filho¹¹ explica a existência de duas correntes sobre o tema: a primeira, que entende necessário o dano à integridade moral¹²; e a segunda, a qual prega que basta a violência psicológica atentatória à dignidade, eis que a agressão moral oriunda do assédio resta completada pela reiterada conduta violadora da dignidade, ensejadora, por si, de lesão moral ao assediado.

Para a segunda posição, ao contrário, o dano psíquico não é elemento constitutivo do assédio pois o que deve ser observado não é a vítima, mas “a atitude ofensora da dignidade da pessoa humana do ofensor”. Todavia, nesse caso, o dano psíquico deve ser considerado como um elemento da responsabilidade civil decorrente da conduta ofensiva.

José Osmir Fiorelli também é adepto desse primeiro entendimento porque se não há consequência detectável, funcional, perceptível pelo indivíduo e pelos demais, é porque foi inócuo (ainda que tenha havido intenção), e, conseqüentemente, irrelevante¹³. Afirma o autor: “[...] o assédio moral requer percepção objetiva do dano – o efeito deve ser comprovado”¹⁴. Mais adiante, esclarece:

O “ato” de assédio deve ser observado e admoestado pelas regras de convivência em sociedade. Todavia, mais uma vez ressaltamos que o

9 FIORELLI, José Osmir. *Assédio moral: uma visão multidisciplinar*. José Osmir Fiorelli, Maria Rosa Fiorelli, Marcos Julio Olivé Malhadas Junior. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 19.

10 SILVA, Leda Maria Messias da. *O assédio moral na administração pública: um livro em prol da extinção dessa praga*. Leda Maria Messias da Silva, Lanaria da Silva. São Paulo: LTr, 2015. p. 23.

11 PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Assédio Moral laboral e direitos fundamentais*. Rodolfo Pamplona Filho, Adriana Wzykowski, Renato da Costa Lino de Goes Barros, 2. ed. ampliada e revista. São Paulo: LTr, 2016. p. 128.

12 Referido posicionamento é defendido por Sonia Mascaro Nascimento, conforme PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 10, n. 1149, 24 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8838>>. Acesso em: 20 set. 2016.

13 FIORELLI, José Osmir. *Assédio moral: uma visão multidisciplinar*. José Osmir Fiorelli, Maria Rosa Fiorelli, Marcos Julio Olivé Malhadas Junior. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 14.

14 *Ibid.*, p. 21.

“assédio moral” só se consuma com a ocorrência do dano (por isto não se pode admitir a figura da “tentativa” em matéria de assédio moral), e somente aí entram em cena as regras legais de responsabilização do agente causador do dano.

No direito italiano também é necessária a demonstração do elemento subjetivo e do dano para a caracterização do assédio:

La vittima, infatti, deve provare che ricorrono i seguenti elementi:

- a) Il *dolo*, ovvero la volontà e l'intenzione del molestatore di arrecare la molestia;
- b) Alternativamente al dolo, la *colpa*: il molestatore, anche se non há agito intenzionalmente, ha tenuto um comportamento non diligente;
- c) Il *nesso di causa*, per cui le conseguenze dannose dela moléstia devono essere riconducibili ala condotta, dolosa o colposa, del molestatore;
- d) L'*ingiustizia*: deve essere violato um interesse giuridicamente relevante (ad esempio um diritto garantito dalla Costituzione) e il sacrificio dela vittima dela moléstia non deve trovare giustificazione nel contraposto interesse dell'autore dela condotta;
- e) Il *danno*: il molestato è tenuto a dare prova dela modificazione peggiorativa del suo stato patrimoniale e/ou dele sue condizioni psichiche o fisiche, o deve comunque dimostrare che la sua vita é mutata in senso negativo.

Ao contrário do que se imagina, o assédio moral não se restringe às relações de trabalho, sejam públicas, sejam privadas. A doutrina aponta casos em que ocorrem no âmbito familiar, como no caso de mãe e filho ou pai e filho que unem para assediar o parceiro¹⁵, ou de um irmão que ridiculariza o outro, coagindo-o moralmente e até mesmo intimidando-o.

Além disso, há vários tipos de assédio moral, quais sejam: horizontal, em que assediador e assediado são colegas de trabalho de mesmo nível hierárquico; vertical ascendente, em que o assediador possui uma posição hierárquica inferior ao do assediado; vertical descendente, em que os subordinados são constrangidos pelos seus superiores hierárquicos; e, por fim, misto, ocasião em que o assediado é atingido de todos os lados, dadas as investidas do assediador vertical e do assediador horizontal¹⁶.

15 FIORELLI, José Osmir. *Assédio moral: uma visão multidisciplinar*. José Osmir Fiorelli, Maria Rosa Fiorelli, Marcos Julio Olivé Malhadas Junior. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 45.

16 PAMPLONA FILHO, op. cit. p. 133.

Distingue-se o assédio da gestão por injúria que ocorre de modo explícito e dirigida a todos indistintamente, colocando os atacados na mesma situação, ao contrário das situações de assédio, em que na maioria das vezes terceiro não se aproxima do indivíduo atingido, com medo de represálias. Nas palavras de Hirigoyen¹⁷, a gestão por injúria:

É o tipo de comportamento despótico de certos administradores, despreparados, que submetem os empregados a uma pressão terrível ou os tratam com violência, injuriando-os e insultando-os com total falta de respeito.

Assim, no assédio moral deve haver um alvo (pessoa ou grupo de pessoas), não podendo ser uma conduta indiscriminada. Segundo José Osmir Fiorelli¹⁸ é a diretividade que distingue o assédio do simples dano moral.

Pode-se citar como exemplos de assédio moral: perseguição de chefia, rigor excessivo, isolamento, exposição ao ridículo, desqualificação, inatividade forçada, ameaças, críticas de vários modos como zombaria, ironias e sarcasmos, etc. Veja-se que a ofensa à dignidade se dá por procedimentos de intimidação, de relacionamento e de isolamento¹⁹. Reitera-se aqui que não bastam meros atos de assédio, contrários à moralidade; a conduta deve ser séria, reiterada e hábil a abalar moralmente o assediado. As possíveis consequências do assédio, pois, são: estresse, ansiedade, humilhação, depressão, etc.

A proteção aos direitos da personalidade fez com que o legislador previsse a Lei 13.185/2015 que instituiu o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying), trazendo importante conceito:

Art. 1º. Fica instituído o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying) em todo o território nacional.

§ 1º No contexto e para os fins desta Lei, considera-se intimidação sistemática (bullying) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

O direito italiano não possui uma legislação específica acerca do assédio moral, mas a jurisprudência vem construindo posicionamento com base na

17 HIRIGOYEN, Marie France. Mal estar no trabalho: redefinindo o assédio moral. Tradução de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 28. Apud PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Assédio Moral laboral e direitos fundamentais*. Rodolfo Pamplona Filho, Adriana Wyzykowski, Renato da Costa Lino de Goes Barros, 2. ed. ampliada e revista. São Paulo: LTr, 2016. p. 143.

18 Ibid., p. 21.

19 FIORELLI, José Osmir. *Assédio moral: uma visão multidisciplinar*. José Osmir Fiorelli, Maria Rosa Fiorelli, Marcos Julio Olivé Malhadas Junior. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 98.

Constituição (direito ao trabalho e direito do indivíduo à saúde física, psíquica e moral, entre outros) e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais (direito aos direitos da personalidade)²⁰.

No âmbito criminal, no Brasil, não há um tipo penal específico que preveja a conduta de assédio, mas existe figura delituosa que pode ser verificada em situação de assédio, qual seja, o crime de constrangimento ilegal²¹. Existem, entretanto, no âmbito federal, projetos de lei 5.971/2001 e 4.742/2001 que respectivamente pretendem incluir os artigos 203-A²² e 136-A²³ no Código Penal tipificando a conduta de assédio moral do trabalho²⁴. Na Itália também não há um tipo penal específico para a punição do assédio moral, mas alguns tipos penais podem ser utilizados para o caso concreto²⁵.

Ao mesmo tempo em que cresceu o debate acerca do assédio moral percebe-se também a banalização da sua figura. Marie-France Hirigoyen²⁶ alerta: “a vitimização excessiva termina por prejudicar a causa que se quer defender”.

Desse modo, afirmações desprovidas de fundamentação comprometem o instituto tornando-o objeto de vingança em face de oscilações ocasionais de humor do acusador. Podem, inclusive, se transformar em mecanismo de locupletamento de vantagem indevida. Segundo Rolli e Fernandes²⁷:

20 HIRIGOYEN, Marie France. *Molestie morali – la violenza perversa nella famiglia e nel lavoro*. Traduzione di Monica Guerra. Giulio Einaudi editore s. p. a. Torino. 2015. p. 243.

21 Art 146 do Código Penal: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou fazer o que ela não manda: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

22 “COAÇÃO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO Art. 203-A Coagir moralmente empregado no ambiente de trabalho, através de atos ou expressões que tenham por objetivo atingir a dignidade ou criar condições de trabalho humilhantes ou degradantes, abusando da autoridade conferida pela posição hierárquica. Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.”

23 “ASSEDIO MORAL NO TRABALHO. Art. 146-A. Desqualificar, reiteradamente, por meio de palavras, gestos ou atitudes, a auto-estima, a segurança ou a imagem do servidor público ou empregado em razão de vínculo hierárquico funcional ou laboral. Pena – detenção, de 3 (três) meses a um ano, e multa”.

24 A esses projetos foram apensados outros sobre o mesmo tema: PL 4.960/2001 e PL 5.887/2001 e ainda tramitam na Câmara dos Deputados.

25 Segundo Hirigoyen, “per quanto attiene la tutela penale, la legge prevede vari tipi di reato, a cui possono essere ricondotti alcuni tipi di molestie morali, che abbiamo luogo in famiglia, sul lavoro o in altri momenti della vita sociale (ad esempio: violenza sessuale, articolo 609 bis cod. Pen.; lesioni personali colposi, articolo 590 cod. Pen.; ingiuria o diffamazione, articoli 594 e 595 cod. Pen. Tuttavia, solo alcune molestie morali rilevano per la giustizia penale e, generalmente, sono quelle più gravi.” HIRIGOYEN, Marie France. *Molestie morali – la violenza perversa nella famiglia e nel lavoro*. Traduzione di Monica Guerra. Giulio Einaudi editore s. p. a. Torino. 2015. p. 244.

26 HIRIGOYEN, Marie France. *Mal estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Tradução de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 28. Apud PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Assédio Moral laboral e direitos fundamentais*. Rodolfo Pamplona Filho, Adriana Wyzykowski, Renato da Costa Lino de Goes Barros, 2. ed. ampliada e revista. São Paulo: LTr, 2016. p. 121.

27 FERNANDES, Fátima; ROLLI, Claudia. *Casos de assédio moral crescem na crise*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2303200902.htm>>. Acesso em: 21 set. 2016.

Não há legislação federal específica para o assédio moral no Brasil. Por isso, parte dos advogados crê que, em épocas de crise, o assédio pode ser “usado” pelos trabalhadores para pleitearem indenizações.

Nesse mesmo sentido, José Osmir Fiorelli²⁸:

Infelizmente, já se observa uma grande banalização da figura do dano por assédio moral, principalmente em decorrência de tendências protecionistas de alguns legisladores e julgadores, da generalização do instituto e da precipitação na avaliação do problema na prática (avaliação esta, muitas vezes, feita por profissional não habilitado para tanto).

João Luis Vieira Teixeira²⁹ aponta a tendência de ingresso de ações para reconhecimento do assédio, decorrente da publicidade que o mesmo vem ganhando na mídia, alertando acerca de fantasiosas alegações de assédio por quem procura disfarçadamente desestabilizar e desmoralizar um superior hierárquico ou um colega. O autor chega, inclusive, a usar o termo “ações aventureiras”³⁰ para designar as demandas desprovidas de fundamentos, as quais acabam por prejudicar o andamento das demais ações no Poder Judiciário.

Consequentemente, simples cobranças, fixação de metas e exigências simples não podem ser equiparadas àquelas ensejadoras dos reais casos de assédio. É por essa razão que José Osmir Fiorelli³¹ fala em comportamentos de pseudoassédio, ou seja, situações em que usualmente são confundidas com o assédio moral. Elas se caracterizariam por serem amplas; por limitarem as liberdades e facilidades das pessoas para assegurar qualidade, eficiência e eficácia nos processos; por beneficiarem diretamente os clientes dos processos e por transformarem-se em comportamentos de assédio moral se houver má-fé por parte de seus executores³². Alguns exemplos de pseudoassédio são fornecidos: estímulo à competitividade; programação da linha de produção para que as pessoas trabalhem em pé; estabelecer horários para usar o

28 FIORELLI, José Osmir. *Assédio moral: uma visão multidisciplinar*. José Osmir Fiorelli, Maria Rosa Fiorelli, Marcos Julio Olivé Malhadas Junior. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 21.

29 TEIXEIRA, João Luis Vieira. *O assédio moral no trabalho: conceito, causas e efeitos, liderança versus assédio, valoração do dano e sua prevenção*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 57.

30 *Ibidem*, p. 57.

31 FIORELLI, José Osmir. *Assédio moral: uma visão multidisciplinar*. José Osmir Fiorelli, Maria Rosa Fiorelli, Marcos Julio Olivé Malhadas Junior. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 120.

32 FIORELLI, *op. cit.*, p. 121.

banheiro; criar um ambiente propositalmente intimidador; sobrecarregar os colaboradores de trabalho, etc.³³

Não se pode esquecer, ainda, a natural característica do ser humano de em achar um terceiro responsável por seus problemas. Há uma tendência de se procurar responsáveis pelos acontecimentos em suas vidas. Esse fato, aliado à possibilidade de recebimento de danos morais, é o causador pelo aumento de demandas judiciais visando o reconhecimento do assédio. Daí a necessidade de minuciosa análise no caso concreto até porque cada indivíduo reage às situações de modo diverso, ou seja, uma situação pode ser extrema e grave para determinada pessoa e não para outra.

Conforme já mencionado, o assédio moral possui elementos que devem estar bem caracterizados para que não haja o indesejado desvirtuamento do instituto. Caso se flexibilize em demasia referidos requisitos, as relações de trabalho, humanas, familiares, escolares, etc caminharão para o caos, pois tudo, como uma simples advertência verbalizada, configurará assédio moral.

2 ASSÉDIO MORAL NO ÂMBITO DO SERVIÇO PÚBLICO

A Constituição Federal de 1988 previu no *caput* do artigo 37 os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Assim, todos os atos da Administração, por meio de seus agentes, devem seguir os referidos princípios norteadores. Como consequência, o assédio moral dentro da Administração Pública se traduz em ato contrário à Constituição, devendo ser combatido até porque impacta na própria qualidade da prestação do serviço público.

O “conflito” decorrente do sistema de estabilidade do funcionário concursado e a rotatividade dos superiores que possuem indicação política deve ser superado, harmonizando-se da melhor forma possível, de modo que não haja consequências ao trabalho desenvolvido por todos. Como se sabe, a estabilidade oriunda do cargo público pode ensejar o assédio moral a um subordinado e vice-versa porque, conforme já mencionado no item anterior, uma das modalidades de assédio é o vertical ascendente, ou seja, de uma pessoa de grau inferior a seu superior hierárquico. Outra situação em que pode ser verificar o assédio é aquela em que houve indicação de cargos de gestão e de chefia que naturalmente envolve aspectos políticos. Entretanto, é dever dos servidores públicos atuar de forma condizente com as diretrizes da Administração Pública, não mantendo qualquer conduta prejudicial ao interesse público.

33 Ibid, p. 121-122.

Quais seriam, basicamente, os objetivos dos atos de assédio no serviço público? João Luis Vieira Teixeira³⁴ elenca alguns: segregar empregados com pontos de vista contrários aos do chefe; isolar subordinados que queiram mudar alguma rotina do departamento, contrariando a chefia; prejudicar subordinado que represente ameaça, por sua competência, ao emprego do chefe; segregar ou prejudicar servidores com orientações políticas, religiosas ou sexuais diversas da do assediador; prejudicar servidor que descobriu alguma irregularidade de seu superior, etc.

Obviamente todo trabalho apresenta um grau de imposição e dependência. Assim o é também no serviço público onde, inclusive há normas explícitas sobre os deveres dos servidores, tal como a Lei 8.112/90, Estatuto dos Servidores Públicos Federais, o qual prevê inúmeros deveres a serem cumpridos³⁵, ao lado dos direitos, também previstos. Desse modo, não se pode aceitar as acusações de assédio moral por perseguição, por exemplo, se o próprio assediado deixa de cumprir os deveres impostos pela lei na condução de suas atividades rotineiras. Todos devem obedecer a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência. De acordo com José Osmir Fiorelli, no serviço público há convivência de chefias extremamente dedicadas com outras que usam o cargo como um trampolim para outra posição na carreira, além de “empregados que abraçam a causa do contribuinte e outros que aguardam monotonamente o advento da aposentadoria redentora”³⁶.

Assim sendo, se todos exercerem corretamente seu papel, ou seja, trabalharem de modo ético e seguindo os deveres que lhes são impostos, não haverá espaço para atos de assédio que, para se caracterizarem devem ser dotados de gravidade e acarretar um dano. Em se tratando de fato pontual e sem a intenção de prejudicar o agente (chefe) está dentro do seu poder hierárquico de atuação, notadamente quando a exigência de melhora do serviço ou atingimento das metas preestabelecidas vem acompanhada de considerável dose de confiança e busca pelo desenvolvimento dos subordinados. Em decisão publicada em 2013, o STJ, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Especial 1387608/SP, confirmou decisão do Tribunal de origem, o qual consignou que “as situações relatadas pelo autor que, a seu ver, configuram assédio moral, não tem

34 TEIXEIRA, João Luis Vieira. *O assédio moral no trabalho: conceito, causas e efeitos, liderança versus assédio, valoração do dano e sua prevenção*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 76.

35 Pode-se exemplificar o dever de manter a conduta compatível com a moralidade administrativa (art. 116, IX, da Lei 8.112/90); de tratar as pessoas com urbanidade (art. 116, XI) e ser leal às instituições a que servir (art. 116, II).

36 FIORELLI, José Osmir. *Assédio moral: uma visão multidisciplinar*. José Osmir Fiorelli, Maria Rosa Fiorelli, Marcos Julio Olivé Malhadas Junior. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 120. p. 114.

*essa característica negativa, mas apenas exteriorizam o cumprimento dos poderes-deveres da Administração Pública.*³⁷

De outra parte, já há inúmeras leis, de âmbito estadual e municipal, que preveem a conduta de assédio no serviço público³⁸. A prevenção é certamente o melhor modo de se evitar o *mobbing* que, na seara pública, traz consequências sérias: o agente assediador poderá sofrer, após instauração de processo administrativo disciplinar, penalidades como advertência, suspensão do cargo ou função e até mesmo demissão. Mas não é só: o STJ, no julgamento do Recurso Especial N. 1.286.466/RS, entendeu que o assédio moral pode até configurar ato de improbidade administrativa em razão de abuso de poder, desvio de finalidade de malferimento à impessoalidade, ao agir deliberadamente em prejuízo de alguém, exigindo-se para a sua configuração a demonstração do elemento subjetivo (dolo), conforme julgamento na mesma Corte no Recurso Especial N. 1399825/MG.

No que tange ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal³⁹, a Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região⁴⁰, entende pela inaplicabilidade desse dispositivo nos casos de assédio moral porque a responsabilidade do Estado nesses casos é subjetiva eis que a responsabilidade objetiva prevista no mencionado dispositivo constitucional se aplica tão somente nas hipóteses em que os agentes estatais causem danos a terceiros. Como nos casos de assédio moral dentro da Administração Pública o assediado é também servidor público, não podendo ser considerado “terceiro”, a responsabilidade estatal é no caso subjetiva, devendo haver prova nos autos do dolo ou culpa do assediador. Vejamos um trecho do voto do relator Guilherme Couto de Castro no julgamento da Apelação Cível 609816:

[...] Primeiro uma nota sobre a equação jurídica do sistema. Se o que existe é alegação de problema entre servidor e seu superior hierárquico, não se aplica ao caso a regra prevista no art. 37, § 6º da Lei Maior. O legislador constituinte foi expresso ao asseverar que o preceito citado se aplica quando o dano a ser indenizado é o causado pela Administração,

37 Decisão proferida do AgRg no REsp 1387608/SC, de Relatoria do Min. Herman Benjamin, 2ª Turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

38 Pode-se citar, entre outras, Lei 3.921/02, do Estado do Rio de Janeiro; LC 63/04, do Estado da Paraíba; Lei 12.250/06, do Estado de São Paulo; Lei 2.120/00, do Município de Ubatuba, SP; LC 435/02, da Cidade de Maringá, Paraná; Lei 6.986/06, de Salvador.

39 Art. 37, § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

40 Pode-se citar vários julgados, além do transcrito neste artigo: AC 200951010246795 de Relatoria De Marcus Abraham, publicado em E-DJF2R – Data 04/12/2013; AC 201051010208425 de Relatoria de Alexandre Libonati de Abreu, publicado em E-DJF2R – Data 21/07/2014; AC 200951010219550 de relatoria de Nizete Lobato Carmo, publicado em E-DJF2R – Data 29/10/2014; AC 200651010167468 de Relatoria de Nizete Lobato Carmo, publicado em E-DJF2R – Data 03/12/2014.

ou agente público, a “terceiro”. Ora, o servidor público não pode ser considerado terceiro em relação ao hospital federal no qual ele é servidor, em relação a aspecto de sua atividade profissional. Tal relação jurídica é regida pela legislação específica, o Estatuto Funcional (*in casu* a Lei 8.112/90). A essência da teoria do risco administrativo, o nome indica, está na assertiva de que a Administração arcará com os ônus que suas atividades causem a terceiros, e não aos próprios agentes, no exercício de seus misteres. A Administração responde de modo objetivo pelos riscos administrativos que cria aos outros. Mas não a si, aos que a representam em cada caso concreto, pois, em tal caso, se fala em problema funcional, e não em risco administrativo. Pressuposto da aplicação do art. 37, § 6º da Constituição Federal, basta ler o seu texto, é que os danos sejam causados a terceiros, ou seja, quando o problema existe com o próprio servidor durante a sua atuação, ou a um contratado, a responsabilidade é definida pelas regras contratuais ou estatutárias, e não pelo risco administrativo. Portanto, há que se perquirir se houve tratamento ilícito à servidora, e, no caso, a prova dos autos é contrária à pretensão, inexistindo elementos suficientes a indicar arbitrariedades, excessos ou exageros. [...] ⁴¹

Desse modo, a prova do elemento intencional no assédio é de extrema relevância para a sua caracterização no âmbito público.

A questão da banalização do assédio, abordada no item anterior, também está visível no serviço público. Constata-se o aumento das ações de reparação civil decorrentes de assédio moral ajuizadas contra o Estado por eventuais atos de seus agentes sem a presença de traços de conduta lesiva. Muitos fatores podem estar por trás desse fato, mas pode-se apontar a divulgação de cartilhas acerca do assédio moral nas repartições públicas, supostamente autoexplicativas e esclarecedoras, que despertam o desejo por uma reparação civil sem que os atos de assédio tenham realmente acontecido e o dano tenha de fato existido. Em várias situações o servidor ajuíza ação judicial sem antes ter feito a denúncia em âmbito administrativo. Como se sabe, há meios internos de controle administrativo como a representação administrativa e a reclamação administrativa e que podem ser utilizados no controle dos atos administrativos e de supostos assediadores eis que dão ciência às chefias máximas a ocorrência de fatos irregulares. A apuração dos fatos internamente, ou seja, administrativamente, agiliza a busca da verdade e solução dos fatos, dada a proximidade das pessoas, locais e fatos ocorridos. Ocorre, desse modo, a busca pela caracterização do assédio e

41 O número CNJ do processo em referência é 0007092-40.2012.4.02.5101. A decisão foi publicada em E-DJF2R – Data 19/11/2013.

reparação moral de forma direta ao Judiciário num ímpeto de busca por justiça em situações em que não houve irregularidades.

A comunicação de supostas irregularidades de assédio moral dentro das repartições é salutar também pelo aspecto educativo. A prevenção e a conscientização são sempre o melhor modo de se combater situações desse tipo e evitar a propagação do assédio moral.

Como bem avaliou João Luís Vieira Teixeira⁴²:

Há de se ter muito cuidado, no momento de se proferir uma sentença em processo com pedidos de indenização por danos morais/assédio moral, sob pena de banalizarmos tão importante instituto.

Da mesma forma, são inadmissíveis lides absolutamente temerárias, promovidas com nítida intenção de enriquecimento ilícito, apenas para “arriscar” um pedido de indenização por suposto assédio moral sofrido.

Infelizmente, essas ações têm se proliferado em todos os fóruns trabalhistas do País.

Uma coisa é uma lide em que se discutem pretensos direitos baseados em um mínimo de provas e indícios. Outra, completamente diferente, é aquela em que se lançam argumentos forçados, verdadeiras alevisias e inverdades.

Temos analisado casos em que um único ato, de um supervisor que alterou o tom de voz ao cobrar uma determinada atividade que, insistentemente, não era executada por seu subordinado, ensejou uma ação de reparação de danos por assédio moral.

Assim, para a configuração do assédio moral no serviço público a conduta do assediador deve ser, nos termos do item anterior, reiterada no sentido de ofender o assediado, causando-lhe dano de ordem psíquica ou física. Para a configuração da responsabilização Estatal oriunda desse assédio deverá haver a demonstração da ação dolosa ou culposa, do nexos causal e a consequência, ou seja, o dano. Do contrário, não sendo definitivamente provado o dano decorrente não só não se configurará o assédio como também não acarretará o dever de indenizar.

⁴² TEIXEIRA, João Luis Vieira. *O assédio moral no trabalho: conceito, causas e efeitos, liderança versus assedio, valoração do dano e sua prevenção*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 62.

3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PROBATÓRIO NO NOVO CPC

O novo Código de Processo Civil trouxe poucas inovações em relação às provas se comparado com o código de 73. O artigo 369⁴³ previu o sistema da atipicidade das provas, ou seja, não há taxação e explicitação dos meios de prova de que podem se valer as partes, assim como proibiu os meios moralmente ilegítimos, nos termos do art. 5º, LVI da Constituição⁴⁴. Como bem observa Guilherme Athayde Porto⁴⁵, a expressão “para provar a verdade dos fatos” aponta a existência de um caráter ideológico no estatuto processual: busca-se a solução mais próxima possível da verdade, não se satisfazendo com a mera solução de conflitos.

O artigo 371⁴⁶ do novo Código, correspondente ao art. 131⁴⁷ do CPC anterior, suprimiu a expressão “livremente”. Desse modo, o juiz apreciará as provas, independentemente de quem a tenha produzido⁴⁸ (comunhão da prova) bem como apontará na decisão as razões da formação do seu convencimento. Trata-se do princípio do livre convencimento motivado.

O Novo CPC conferiu enorme destaque à fundamentação judicial exigindo motivação analítica independentemente do tipo de decisão, se interlocutória ou sentença, por meio do artigo 489, § 1º⁴⁹. Referida regra

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

44 Art. 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

45 PORTO, Guilherme Athayde. Notas às disposições gerais sobre prova no NCPC. In: *Direito Probatório*. coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. - 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.) p. 143.

46 Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

47 Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

48 De acordo com o Enunciado N. 50 do Forum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), “(art. 369; art. 370, caput) Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz. (Grupo: Direito Probatório)”

49 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

processual é decorrente do artigo 93, inciso IX⁵⁰, da Constituição, o qual confere maior segurança às decisões proferidas pelo Poder Judiciário. No dizer de João Batista Lopes⁵¹,

[...] não é suficiente garantir às partes o direito à produção das provas pertinentes. É de rigor que, concluída a instrução, o juiz forme seu convencimento segundo o princípio da persuasão racional, mencionando na sentença como se convenceu a respeito da existência ou inexistência dos fatos.

Como decorrência, Bruno Campos Silva⁵² afirma que o Novo CPC trouxe às partes o direito fundamental à fundamentação, coibindo os atos judiciais de subjetivismo reveladores de discricionariedade e arbitrariedade. Como bem observa Lênio Streck⁵³, a fundamentação é requisito de “legitimidade da decisão, sendo que esta não pode estar baseada no sentimento pessoal do julgador.”

Percebemos também que houve um aumento dos poderes instrutórios do juiz com a regra estabelecida pelo artigo 370 do novo estatuto processual⁵⁴, autorizador da determinação de produção de provas de ofício pelo magistrado. Inclui-se nesse poder a ordem para exibição de documento relevante ao julgamento da causa e esclarecimento da verdade, nos termos do artigo 396 do NCPC⁵⁵ e que pode ensejar a imposição de multa em caso de descumprimento dada a configuração de ato atentatório

50 Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

51 LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. – 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.) p. 52.

52 SILVA, Bruno Campos. Os deveres-poderes instrutórios do juiz no sistema recursal. In: *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. – 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.) p. 384.

53 STRECK, Lênio. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. – 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.) p. 113.

54 Art. 370 Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

55 Art. 396. O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se encontre em seu poder.

à dignidade da justiça⁵⁶. O parágrafo único do art. 400⁵⁷ também serve como exemplo de poder instrutório eis que autoriza o juízo a tomar medidas coercitivas para determinar que a parte traga documento ao processo com inclusive cominação de multa para forçar a entrega do mesmo. Interessante verificar que o artigo 421 do estatuto processual italiano autoriza o magistrado a, de ofício ou a qualquer momento, a admitir outro meio de prova bem como de determinar a exibição de documento, mesmo em poder de terceiros⁵⁸.

A busca pela verdade real está intimamente relacionada com os poderes instrutórios do juiz e que decorrem da própria legitimidade do poder conferido ao Estado de decidir. O magistrado, possui, pois, ampla liberdade para a produção de provas que julgue relevantes à busca da verdade, esclarecendo o fato a ser provado com o objetivo de propiciar a adequada prestação jurisdicional⁵⁹. No dizer de Bruno Campos Silva⁶⁰, o dever-poder do juiz se traduz em verdadeira iniciativa probatória.

56 Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso. § 1o Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2o A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

57 Art. 400 Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se: I – o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398; II – a recusa for havida por ilegítima. Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido.

58 Articolo 421. Il giudice indica alle parti in ogni momento le irregolarità degli atti e dei documenti che possono essere sanate assegnando un termine per provvedervi, salvo gli eventuali diritti quesiti. Può altresì disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile, ad eccezione del giuramento decisorio, nonché la richiesta di informazioni e osservazioni, sia scritte che orali, alle associazioni sindacali indicate dalle parti. Si osserva la disposizione del comma sesto dell'articolo 420. Dispone, su istanza di parte, l'accesso sul luogo di lavoro, purché necessario al fine dell'accertamento dei fatti, e dispone altresì, se ne ravvisa l'utilità, l'esame dei testimoni sul luogo stesso. Il giudice, ove lo ritenga necessario, può ordinare la comparizione, per interrogarle liberamente sui fatti della causa, anche di quelle persone che siano incapaci di testimoniare a norma dell'articolo 246 o a cui sia vietato a norma dell'articolo 247.

59 MACÊDO, Lucas Buriel de, PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed. revista e atualizada. Bahia: Jus Podivm, 2016. p. 98.

60 SILVA, Bruno Campos. Os deveres-poderes instrutórios do juiz no sistema recursal e o direito fundamental à fundamentação. In: *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. – 2. ed. revista, atualizada e ampliada, Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.) p. 372.

Nesse contexto, podemos citar também o princípio da cooperação, previsto no art. 6º do NCPC⁶¹, segundo o qual o processo seria o produto da atividade cooperativa triangular, entre o juiz e as partes⁶². No âmbito probatório, referido princípio está também previsto no artigo 378 do NCPC⁶³. Assim, a cooperação exalta a atividade das partes quanto a aquisição da prova⁶⁴, propiciando ao magistrado os detalhes do caso concreto na busca pela solução segundo os preceitos legais e constitucionais.

A maior participação das partes no processo está também prevista no artigo 10⁶⁵ que estabelece a impossibilidade de o órgão do Judiciário decidir com base em fundamento acerca do qual não se tenha disponibilizado a manifestação das partes, ainda que a questão envolvida possa ser apreciada de ofício.

Ao lado do direito essencial à fundamentação judicial temos o direito fundamental à produção probatória⁶⁶. Julio Cesar Lanes e Fabricio Costa Pozzatti⁶⁷ falam, ainda, em direito fundamental à prova admissível, distinguindo as regras de admissão da prova (art. 370⁶⁸) das de valoração (art. 371⁶⁹), afirmando que não pode o magistrado indeferir determinada prova por já estar convencido acerca do fato a ser provado. A produção de prova deverá, assim, ser indeferida pelo magistrado apenas quando se tratarem de diligências inúteis ou meramente protelatórias, por meio de decisão fundamentada.

O direito à prova é aspecto do direito de acesso à justiça que está previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição e art. 3º do NCPC. Deve-se

61 Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

62 DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. revisada e completamente reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. –São Paulo: Atlas, 2016. p. 42.

63 Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

64 CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. A dinamização da produção probatória. In: *Direito Probatório* Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). p. 329.

65 Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

66 CARPES, Arthur Thompsen. Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil. In: *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. – 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). p. 204.

67 LANES, Júlio Cesar Goulart. POZZATTI, Fabricio Costa. O juiz como único destinatário da prova (?). In: *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. – 2. ed. revista, atualizada e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). p. 97-98.

68 Vide nota de rodapé 47.

69 Vide nota de rodapé 40.

propiciar às partes os meios de convicção do magistrado e demonstração da verdade para o julgamento da causa. Peguemos o conceito de prova apresentado por João Batista Lopes⁷⁰:

É possível afirmar-se a existência de consenso entre os autores: a) conceito de prova: sob o aspecto objetivo, é o conjunto de meios destinados a demonstrar a existência ou inexistência dos fatos que interessam à solução da causa; sob o aspecto subjetivo, é a própria convicção que o juiz forma sobre a existência ou inexistência de tais fatos;...

Rodrigo Gomes de Mendonça Pinheiro, citando Comoglio, Ferri e Taruffo, ensina que o direito fundamental à prova alcança:

- (i) o direito de deduzir todos os meios aptos a demonstrar suas alegações;
- (ii) à prova contrária, capaz de contrapor a alegação de seu adversário;
- (iii) de efetivamente produzir provas admitidas; (iv) de ter as provas corretamente valoradas pelo magistrado.

Já o ônus da prova, considerado por Leo Rosemberg a “espinha dorsal do processo civil”⁷¹, pode ser definido como a necessidade de provar para vencer a causa⁷². Trata-se de um encargo às partes de demonstrar a ocorrência dos fatos alegados, possuindo dupla função: a objetiva, que tem por escopo contribuir para o convencimento do magistrado e se traduz num critério de julgamento, e a subjetiva, pois se dirige às partes e se prolonga por toda a fase probatória⁷³. Nota-se que o ônus constitui a diretriz de conduta das partes no procedimento probatório de modo a evitar o juízo desfavorável.

O Código de 2015 adotou a teoria da distribuição estática do ônus da prova, mas permitiu a sua dinamização, nos termos do artigo 373:

O ônus da prova incumbe:

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

70 LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). p. 49.

71 ROSEMBERG, Leo. Apud MACÊDO, Lucas Buriel de, PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed. revista e atualizada. Bahia: Jus Podivm, 2016. p. 80.

72 CUNHA, Mauricio Ferreira da, O ônus da prova, dinamização e o novo CPC. In: *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). p. 312.

73 CARPES, Artur Thompsen. Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil. In: *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). p. 199.

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

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

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Desse modo, embora tenha havido previamente uma fixação do ônus, previu-se também o poder-dever do magistrado de dinamizar o ônus da prova nas situações em que a aplicação da regra abstrata, prevista no *caput* do artigo, mostrar-se inadequada às particularidades da causa.

Com o novo Código foi mantida a teoria de Carnelutti e Chiovenda sobre a distribuição do ônus da prova, mas ressaltam-se os já citados poderes instrutórios do juiz, dando-se, assim, menor importância às regras estáticas de distribuição do ônus da prova e uma maior relevância aos poderes instrutórios.

Na legislação Italiana também há regra segundo a qual as partes devem comprovar o alegado, tanto o autor quanto o réu, ou seja, até mesmo quem contradiz as afirmações do autor deverá comprová-las. Vejamos o teor do artigo 2.697⁷⁴ do Código Civil:

Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.

Segundo as normas processuais, ao autor caberá a ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, ou seja, os fatos que anunciam o direito que pretende ver tutelado em juízo. Esse “fato constitutivo” se encontra no plano da existência jurídica do efeito perseguido na ação. Assim, se não provados os fatos a consequência será a ausência do direito.

74 ITALIA. *Codice de Procedura Civile*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/news/2015/01/02/della-tutela-dei-diritti-delle-prove>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

Caso o réu negue a existência do fato constitutivo do direito do autor, não há imposição de nenhum ônus. Todavia, se o réu se defender com base em fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, haverá sim, seu ônus de provar esses fatos. Em conclusão, o réu terá ônus da prova apenas quanto às alegações de fatos que sirvam a modificar, extinguir ou impedir o direito do autor⁷⁵ eis que “o ônus da prova cabe à parte que alega, e não àquela que simplesmente nega”⁷⁶. Todavia, caso queira, de modo a engrandecer a sua defesa, fazer a prova do fato negativo (inexistência do fato), poderá fazê-lo por meio da contraprova. Haroldo Lourenço⁷⁷, ressalta, entretanto, que passa a recair um ônus sobre o réu de fazer a contraprova, ou seja, de demonstrar a inexistência do fato constitutivo, caso não tenha produzido nenhuma prova sobre fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor, pelo risco de a sentença ser-lhe desfavorável.

No que tange ao magistrado, o mesmo está autorizado a alterar, conforme as particularidades do caso concreto e a aptidão de cada uma das partes, a distribuição do ônus da prova, de modo que a produção probatória será da incumbência de uma ou outra parte, conforme o que foi definido pelo juiz⁷⁸. O STJ já vinha autorizando a dinamização antes mesmo do advento do Novo CPC com base no princípio da razoabilidade⁷⁹, indicando uma tendência posteriormente acolhida pelo legislador. Bruna Braga da Silveira aponta as causas para tanto e os outros fundamentos para a aplicação da dinamização no Direito Brasileiro: o acesso à justiça, o direito à prova, o direito à igualdade e os deveres de cooperação⁸⁰, com base

75 Pode-se citar como exemplos: de fatos extintivos, a prescrição, a decadência e o pagamento; de fatos modificativos, a moratória. E de fatos impeditivos, que, por exemplo operam no plano da validade como a capacidade dos celebrantes de um negócio jurídico.

76 CARPES, Artur Thompsen. Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil. In: *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). p. 201.

77 LOURENÇO, Haroldo. *Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 74.

78 Art. 373. § 1o Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2o A decisão prevista no § 1o deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

79 STJ, REsp 1286704/SP, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/10/2013, DJE 28/10/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1286704&b=ACOR&p=true&l=10&i=6>> Acesso em: 27 set. 2016.

80 SILVEIRA, Bruna Braga da. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC – 2015. In: *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). p. 220.

nos ideais do Estado Constitucional⁸¹. Artur Thompson Carpes vai mais além: afirma que a reestruturação das atividades probatórias das partes contribui “qualitativamente para a obtenção de um juízo de verdade”⁸².

Todavia, a regra é subsidiária, ou seja, caso ocorrendo alguma modificação fática que deixe ambas as partes em idênticas condições de fazer a prova, a regra geral prevalecerá, aplicando-se a distribuição estática.

Mesmo assim, percebe-se um aumento dos poderes do juiz, o qual decidirá quem na relação processual possui melhores condições de provar no caso concreto. O litigante onerado deve estar, então, numa posição privilegiada em função do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, se encontrando em melhor posição de revelar a verdade⁸³. É por isso que a melhor interpretação a ser dada para o parágrafo primeiro do artigo 373 é aquela segundo a qual os requisitos para a dinamização sejam cumulativos, ou seja, a impossibilidade e excessiva dificuldade na produção por uma parte seja acompanhada pela maior facilidade pela parte adversa. Referido entendimento se compatibiliza com o texto do parágrafo segundo de acordo com o qual a dinamização não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

A jurisprudência do STJ já acolheu a dinamização nas seguintes hipóteses: na responsabilidade civil ambiental⁸⁴, na tutela do idoso⁸⁵ e na responsabilidade civil por erro médico⁸⁶. Esses casos, ocorridos antes da entrada em vigor do Novo CPC, e nas demais situações da aplicação da regra da dinamização, percebe-se a inserção do juiz como sujeito do contraditório e que tem poderes não só de instrução, mas sim de cooperação para com as partes⁸⁷.

81 SILVEIRA, op. cit. p. 215.

82 CARPES, Artur Thompson. Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil. In: *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). p. 209.

83 CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova). *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. 2. ed. revista, atualizada e ampliada, Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). p. 262.

84 STJ. Resp., 883.656/RS – Rel. Herman Benjamin - 2ª T., j. em 09/03/2010 – DJe 28/02/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=883656&b=ACOR&p=true&l=10&i=7>>. Acesso em: 28 set. 2016.

85 STJ. RMS 38.025/BA – Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª T., j. em 23/09/2014 – DJe DJe 01/10/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=38025&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>>. Acesso em: 28 set. 2016.

86 STJ. Resp. 69.309/SC, 4ª T., Rel. Ruy de Aguiar, j. em 18/06/1996, DJU 26/06/1996, p.29.6888, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=69309&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>>. Acesso em: 28 set. 2016.

87 SILVEIRA, Bruna Braga da. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC – 2015. In: *Direito Probatório*. coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. – 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016.

Obviamente, a decisão deverá justificar a razão pela qual se entendeu que a aplicação da regra geral, ou seja, da distribuição estática, implicaria na imposição probatória excessivamente difícil para uma das partes, com a possibilidade de lhe prejudicar quando do julgamento da ação, optando pela situação mais favorável da parte adversa, a qual teria melhores condições de se desincumbir desse ônus. Essa fundamentação é relevante para assegurar o pleno conhecimento pelas partes do que será afetado pela dinamização, ou seja, fato controvertido certo, dando-se oportunidade para que a parte possa se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (art. 373, § 1º, NCPC), em respeito ao princípio do contraditório. Essa decisão poderá ser impugnada por meio de agravo de instrumento, nos termos do artigo 1015, XI⁸⁸ do NCPC⁸⁹.

Eduardo Cambi⁹⁰ observa que a dinamização não pode ser aplicada para compensar a inércia ou a inatividade processual da parte inicialmente onerada, ressaltando que a regra busca evitar a formação da prova diabólica⁹¹ pela impossibilidade material que recai sobre uma das partes. No dizer do autor, “o importante é que com a dinamização não se consagre a prova diabólica reversa.”⁹² Assim, há um limite para a aplicação da dinamização, qual seja, ser a prova muito difícil ou impossível de ser trazida aos autos, o que implicaria na escolha antecipada do perdedor pelo juiz⁹³. A simples dificuldade na produção da prova não permite, pois, a utilização da técnica da dinamização.

1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). p. 222.

88 Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: [...] XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º.

89 De acordo com o Enunciado 9 do FPPC: “A decisão que não redistribui o ônus da prova não é impugnável por agravo de instrumento, conforme dispõem os arts. 381, § 1º, e 1.022, havendo preclusão na ausência de protesto, na forma do art. 1.022, §§ 1º e 2º.” O enunciado foi elaborado com base na versão da Câmara dos Deputados e, por isso, não corresponde precisamente aos artigos atuais do CPC/2015. Nesse mesmo sentido está a posição de Robson Godinho, para quem cabe apelação se a decisão indeferir a dinamização, considerando-se a taxatividade das hipóteses que desafiam a interposição de agravo (GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015. Coleção Liebman/coordenação Tereza Arruda Alvin Wambier, Eduardo Talamini. p. 214)

90 CAMBI, op. cit. p. 262.

91 Prova diabólica é, na definição de Bruno F. Cabral e Debora Dantas Cambussu, aquela modalidade de prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida como, por exemplo, a prova de um fato negativo. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21525/breves-consideracoes-sobre-a-prova-diabolica-probativa-diabolica-ou-devil-s-proof>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

92 CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova). *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. 2. ed. revista, atualizada e ampliada, Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). p. 262.

93 SILVEIRA, Bruna Braga da. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC – 2015. In: *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. – 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). p. 243.

Em relação ao momento processual adequado para organizar a atividade probatória, o artigo 357, inciso, III, do NCPC⁹⁴ estabelece que deverá ocorrer no despacho saneador, o que se mostra adequado para as partes, que saberão a tempo quais fatos controvertidos deverão ser provados e por quem, podendo de desincumbir do ônus que lhes serão atribuídos pela modificação, se houver. Desse modo, entendemos inadequada a modificação do ônus da prova já no despacho inicial porque ainda não se sabe quais serão os fatos controvertidos que serão objeto de instrução probatória e se há algum litigante em situação de dificuldade probatória e se o outro se encontra em melhores condições, ou seja, não é possível avaliar nesse momento se presentes os requisitos da dinamização. Ao mesmo tempo, deixar essa análise para a sentença minimiza o debate processual, pegando as partes de surpresa, desperdiçando justamente o aspecto positivo da dinamização que é o incremento da instrução processual e, conseqüentemente, “um julgamento mais adequado e legítimo”⁹⁵. Veja-se ainda que, por força do parágrafo 1º do artigo 357, a decisão de saneamento e organização do processo se estabiliza, devendo as partes, sob pena de preclusão, manifestarem-se em cinco dias. Obviamente, é possível o pedido de dinamização após esse momento, desde que tenha havido alguma circunstância modificadora no decorrer do processo, mas, ao decidir, o juiz deverá conceder à parte adversa o direito ao contraditório. Mas não é só: entendemos ser possível a reversão da distribuição dinâmica ocorrida no despacho saneador caso tenha se mostrado inadequada ao longo da instrução processual como numa situação em que durante a instrução se verificar que a prova é impossível. O parágrafo terceiro do citado artigo⁹⁶ prevê ainda o chamado saneamento compartilhado, incentivador de uma maior participação das partes com a finalidade de racionalização da atividade probatória, trazendo, como consequência uma maior celeridade ao processo⁹⁷.

Uma vez traçadas as diretrizes gerais do direito probatórias no Novo Código Processual, passemos a analisar a produção de provas específica para os casos de assédio moral contra a Administração Pública.

94 Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

95 SILVEIRA, op. cit. p. 234.

96 Art. 357, § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

97 NUNES, Guilherme de Paula Nascente. Notas sobre o saneamento compartilhado. In: *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). p. 687.

4 AS PROVAS NOS CASOS DE ASSÉDIO MORAL EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A primeira ideia que se pretende defender nesse tópico relaciona-se ao risco que as partes assumem ao se utilizarem de um processo judicial. Trata-se de uma escolha própria em que se deve saber das consequências da não comprovação do alegado na inicial. Assim, deve a parte diligenciar para cumprir as regras sobre o ônus da prova sob pena de sofrer os efeitos de um julgamento desfavorável.

Em ação para reconhecimento de assédio moral quais são as provas que podem ser apresentadas pelo autor? Alguns exemplos podem ser citados: mensagens eletrônicas intimidatórias ou demonstradoras dos fatos; indicação de testemunhas; gravação telefônica⁹⁸; cópia de reclamação administrativa ou processo administrativo disciplinar relativos às partes envolvidas; documentos comprobatórios da insalubridade do local de trabalho dolosamente provocada com intuito de assédio; cópia de Boletim de Ocorrência, etc.

A inicial deve, pois, apresentar os indicativos da conduta lesiva do Estado. Muitas vezes percebe-se a descrição de uma situação fática extremamente grave, mas esse quadro pintado inicialmente, bastante sombrio, já é desqualificado quando o réu apresenta sua contestação. Como se sabe, o ônus da prova está intrinsicamente ligado com a acepção lógica de quem alega deve provar, conforme artigo 373 do NCPC. Quem deve provar os fatos que originaram o suposto assédio? O autor. Fato não provado é fato inexistente.

O autor deverá então provar o fato, devendo o réu fazer a prova quando reste demonstrado o fato constitutivo do direito do autor. Como bem avaliam Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto⁹⁹,

O risco da não-prova assumido pelo réu não recai sobre a negativa dos fatos alegados pelo autor, mas em contrapartida, pesa sobre a defesa indireta que aduzir em sua resposta, que são aqueles fatos jurídicos capazes de fazer cessar a eficácia do fato constitutivo, ou modificar o direito controvertido.

Os fatos negativos fazem parte da chamada defesa indireta e são divididos em fatos extintivos, modificativos e impeditivos.

98 A jurisprudência de nossos Tribunais tem entendido que a gravação de conversas, se feita por um dos interlocutores, é meio lícito de prova não se confundindo com a interceptação telefônica (exemplos: STJ - RMS 19785/RO, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2005/0046880-2. Relator Min. Arnaldo Esteves de Lima. 5º Turma/STJ. Publicado no DJ em 30.10.2006, p. 335. Também STF - AG.REG.NO AGRADO DE INSTRUMENTO: AI 578858 RS - rel. Min. Ellen Gracie).

99 MACÊDO, Lucas Buril de, PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed, revista e atualizada. Bahia: Jus Podivm, 2016. p. 105.

Em sua defesa, o réu poderá negar a existência dos fatos, mas, como se sabe, essa prova de que não houve o assédio não é simples. Trata-se de faculdade do réu porque ao mesmo não é conferido ônus probatório quando ele nega os fatos constitutivos do direito do autor. É muito comum que a defesa descreva os fatos ocorridos como decorrência da quebra dos deveres legais dos servidores previstos no artigo 116 da Lei 8.112/90¹⁰⁰ como por exemplo, quebra do dever de assiduidade e de urbanidade. Mas a Administração comumente demonstra a prescrição dos fatos e também fatos modificativos e impeditivos. Exemplo: servidor público alega assédio moral e na defesa o réu demonstra que o autor, nos últimos cinco anos (prazo prescricional), ficou afastado do serviço em licença para tratamento de saúde de parente. Ora, uma vez afastado, como pode ter sido assediado moralmente? Caso tenha sido coagido, como hipótese, a retornar ao trabalho, provavelmente terá a documentação.

É muito comum, entretanto, que o autor queira transferir ao réu a prova da existência do assédio moral com base no princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, XXXV da Constituição¹⁰¹ e artigo 3º do CPC/2015¹⁰²), além do princípio cooperativo já mencionado anteriormente. Ocorre que o acesso à justiça engloba tanto o direito de ação como o direito de defesa. Assim, não pode o autor, com base no acesso à justiça e no modelo cooperativo pretender transferir de antemão o encargo probatório exclusivamente ao réu por este estar supostamente em situação de vantagem no processo. Como se sabe, o acesso à justiça proporciona o direito ao processo justo o qual existirá quando o magistrado, ao analisar o caso concreto, verificar se há ou não dificuldade na produção de provas, evitando-se que um eventual comodismo instrutório do autor prejudique o réu.

Está a Administração Pública em melhor posição para comprovar os fatos ocorridos nos casos de assédio moral? Não possui o assediado, a parte a quem incumbe o ônus da prova do fato relevante, ao menos a possibilidade de

100 Art. 116. São deveres do servidor: I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

II - ser leal às instituições a que servir; III - observar as normas legais e regulamentares; IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; V - atender com presteza: a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo; b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública. VI - levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo; VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração; (Redação dada pela Lei nº 12.527, de 2011) VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público; VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição; IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa; X - ser assíduo e pontual ao serviço; XI - tratar com urbanidade as pessoas; XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder. Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.

101 Art. 5. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

102 Art. 3o Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

produzi-la? Ora, as mensagens eletrônicas intimidadoras e os outros exemplos mencionados acima estão ao alcance do “assediado” e muitas vezes não estão disponíveis para a própria Administração Pública já que os fatos se relacionam, na maior parte das vezes, apenas entre os envolvidos, o assediado e o agente do Estado e não se deram diretamente por uma decisão global da instituição. Certamente, entretanto, que a Administração, ao se defender irá trazer aos autos todos os elementos de que dispõe, tais como documentos oriundos de seus sistemas informatizados comprobatórios, por exemplo da frequência do servidor, de seus pedidos de licença médica, processos administrativos, imagens oriundas de câmeras de segurança das repartições, etc.

Após a contestação, o panorama do processo estará mais claro e o juiz como o gestor da prova, agora com maiores poderes pelo NCPC, verificará, diante do caso concreto quem está em melhores condições de produzir a prova e, conseqüentemente, distribuir esse ônus entre as partes, com base no art. 373, parágrafo 1º, do NCPC.

Importante distinguir a inversão do ônus da prova da dinamização. A primeira, prevista no inciso VIII do art. 6º do CDC prevê, antecipadamente, que nas relações de consumo, nas hipóteses de hipossuficiência ou verossimilhança das alegações, o autor está dispensado da comprovação do fato constitutivo do direito alegado, cabendo ao réu referido ônus de provar a inexistência do fato. Já a teoria dinâmica do ônus da prova, que independe de qualquer relação de consumo, não há troca de ônus probatório, havendo tão somente a determinação pelo magistrado de quem deve produzir determinada prova, conforme as particularidades do caso concreto. Nesta última, não recai sobre a parte o ônus da prova de todos os fatos controvertidos, mas apenas daquele que puder provar de modo mais fácil. Assim, discordamos veementemente dos casos em que a parte, alegando assédio moral, pede a inversão do ônus da prova, transferindo todo o encargo probatório para a Administração Pública. A inversão total, aplicável, sim, às relações de consumo, se aplicada em todas as ações de assédio moral em face da Administração Pública, com a falsa premissa de hipossuficiência probatória pelo autor, acabará por transferir toda a prova dos fatos para a ré, em nítida afronta às regras processuais e em desrespeito à justiça no caso concreto.

Se o autor, por exemplo, afirma que o assediador possui um histórico de assédio sendo pessoa que reiteradamente se utiliza dessa prática, pode o juiz, com base em seus poderes instrutórios, determinar a juntada de eventuais processos administrativos contra o mesmo. Nesses casos, obviamente a Administração está na posse da coisa ou do instrumento probatório, sendo o único que dispõe da mesma e, aí, deverá trazê-lo aos autos eis que a presunção de veracidade não é admissível em face da Fazenda Pública, dada a indisponibilidade do direito em litígio. Mas em muitas situações a

Administração não pode provar simplesmente porque não está em posição privilegiada em relação ao material probatório. Se o autor alega que foi ameaçado verbalmente de maneira reiterada. Está o réu em melhor condição de provar que não foi? A prova testemunhal é que elucidará esses fatos e a testemunha poderá ser trazida tanto pelo autor como pelo réu.

Não se pode, pois, permitir que a inércia e indiligência do onerado o beneficie pela dificuldade de obtenção da prova, onerando a Administração com a prova da verdade real. A parte que deduz certa alegação de fato normalmente está em posição de maior proximidade com as fontes de prova, possuindo, assim, melhores condições de provar. Situar-se em melhores condições não se traduz, de modo algum, com maior comodidade na produção de certa prova por um litigante em relação ao outro.

Deve-se lembrar que há duas condições para a dinamização do ônus da prova, quais sejam, a elevada dificuldade na prova a quem incumbiria o ônus segundo as regras clássicas e melhores condições da parte contrária nessa mesma prova que, para a parte inicialmente onerada é impossível ou extremamente difícil. Reitera-se que a Administração possui controle de alguns meios de prova tais como os documentos oriundos de seus sistemas informatizados, mas não de todos os fatos que acontecem no âmbito de suas repartições. Veja-se que, se a prova estiver em poder do autor, este terá o ônus de fornecer os elementos necessários aos autos. Claro que é a luz do caso concreto que essa situação deverá ser verificada.

5 CONCLUSÃO

O assédio moral se caracteriza pelo abuso cometido geralmente por pessoa hierarquicamente superior em relação a seus subordinados e pode acarretar danos de natureza psicológica ou física pela exposição a situações vexatórias, incômodas e humilhantes. Para que seja configurado, deve ser de natureza grave e se prolongar no tempo de modo a gerar um dano no assediado. Para a sua caracterização em juízo devem ser provados o assédio, a intenção de prejudicar o assediado assim como as sequelas, ou seja, o abalo moral e a situação vexatória.

O novo Código de Processo Civil ampliou as ideias de ativismo judicial, cooperação, efetividade e fundamentação. Previu-se a expressa possibilidade de dinamização do ônus da prova quando em relação à parte adversa, a outra parte tiver informações específicas sobre o ocorrido, conhecimentos técnicos ou maior possibilidade em demonstrar os fatos. Além disso, a parte contrária deverá estar em situação de excessiva dificuldade na produção das provas. Com base nessas novas possibilidades constatamos um crescimento das ações visando o reconhecimento de assédio moral em face do Poder Público

com o expresse pedido de inversão do ônus probatório já na petição inicial. Todavia, a dinamização é medida excepcional para evitar o comodismo instrutório, devendo, pois, ser sempre analisada à luz do caso concreto e no momento das fases saneadora e instrutória. Relembramos que o artigo 373 do Código de Processo Civil vigente estabelece requisitos que são cumulativos, ou seja, não são excludentes o que nos leva a concluir que é imperioso ser demonstrado, em caso de dinamização contra a Fazenda Pública, que esta tem melhores condições de fazer a prova, o que na maioria dos casos não ocorre que a responsabilidade nesses casos é subjetiva e não objetiva.

Deve ser lembrado ainda que a iniciativa probatória do magistrado com a determinação de provas que entender importantes e eliminando as provas que entender protelatórias acabou por minimizar a necessidade da dinamização do ônus da prova.

Desse modo, conclui-se pela excepcionalidade da dinamização do ônus da prova nos casos de assédio moral no serviço público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. STJ. *RMS 38.025/BA* – Rel. Min. Sérgio Kukina, 1º T., j. em 23/09/2014 – DJe 01/10/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=38025&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>>. Acesso em: 28 set. 2016.

BRASIL. STJ. *Recurso Especial N. 1.286.466/RS*, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 03/09/2013, DJe 18/09/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+1286466&b=ACOR&p=true&l=10&i=5>>. Acesso em: 21 set. 2016.

BRASIL. STJ. *REsp 1286704/SP*. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 28/10/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1286704&b=ACOR&p=true&l=10&i=6>>. Acesso em: 27 set. 2016.

BRASIL. STJ. *Resp, 883.656/RS* – Rel. Herman Benjamin – 2º T., j. em 09/03/2010 – DJe 28/02/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=883656&b=ACOR&p=true&l=10&i=7>>. Acesso em: 28 set. 2016.

BRASIL. STJ. *Recurso Especial N. 1399825/MG*, Rel. Mauro Campbell Marques, julgado em 05/02/2015. Publicado em DJe 12/02/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+1286466&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>>. Acesso em: 21 set. 2016.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: set. 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: set. 2016.

CABRAL, Bruno Fontenele e Debora Dantas Cambussu. *Breves considerações sobre a prova diabólica (probatio diabolica ou devil's proof)*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21525/breves-consideracoes-sobre-a-prova-diabolica-probatio-diabolica-ou-devil-s-proof>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

CAMBI, Eduardo. *Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova)*. Direito Probatório. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.).

CARPES, Arthur Thompsen. Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil. In: *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.).

CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. A dinamização da produção probatória. In: *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.).

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. revisada e completamente reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

FIORELLI, José Osmir. *Assédio moral: uma visão multidisciplinar*. José Osmir Fiorelli, Maria Rosa Fiorelli, Marcos Julio Olivé Malhadas Junior. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Meio ambiente do trabalho em face do direito ambiental brasileiro*. Disponível em: <http://www.nima.puc-rio.br/aprodab/artigos/celso_antonio_pacheco_fiorillo.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.

GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015. Coleção Liebman/ coordenação de Tereza Arruda Alvin Wambier, Eduardo Talamini.

HIRIGOYEN, Marie France. *Molestie morali – la violenza perversa nella famiglia e nel lavoro*. Traduzione di Monica Guerra. Giulio Einaudi editore s. p. a. Torino. 2015.

ITALIA. *Codice de Procedura Civile*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/news/2015/01/02/della-tutela-dei-diritti-delle-prove>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

LANES, Júlio Cesar Goulart. POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como único destinatário da prova (?). In: *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.).

LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariiedade judicial e fundamentação da sentença. In: *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.).

LOURENÇO, Haroldo. *Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÈTODO, 2015.

MINASSA, Alexandre Pandolpho. *Assédio moral no âmbito da Administração Pública Brasileira*. Leme – SP: Habermann, 2012.

MACÊDO, Lucas Buril de, PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed. revista e atualizada. Bahia: Jus Podivm, 2016.

NUNES, Guilherme de Paula Nascente. Notas sobre o saneamento compartilhado. In: *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.).

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; Wyzkowski, Adriana; Barros, Rodolfo Pamplona Filho, Adriana Renato da Costa Lino de Goes. *Assédio Moral laboral e direitos fundamentais*. 2. ed. ampliada e revista. São Paulo: LTr, 2016.

_____. Noções Conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 10, n. 1149, 24 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8838>>. Acesso em: 20 set. 2016.

SILVA, Bruno Campos. Os deveres-poderes instrutórios do juiz no sistema recursal. In: *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.).

SILVA, Leda Maria Messias da. *O assédio moral na administração pública: um livro em prol da extinção dessa praga*. Leda Maria Messias da Silva, Lanaria da Silva. São Paulo: LTr, 2015.

SILVEIRA, Bruna Braga da. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC – 2015. In: *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.).

STRECK, Lenio. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: *Direito Probatório*. Coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016. 1104 p. (Coleção Grandes Temas no Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.).

TEIXEIRA, João Luis Vieira. *O assédio moral no trabalho: conceito, causas e efeitos, liderança versus assédio, valoração do dano e sua prevenção*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2016.

WIKIPÉDIA. *Desenvolvido pela Wikimedia Foundation*. Apresenta conteúdo enciclopédico. Disponível em: <<https://en.wikipedia.org/wiki/Whistleblower>>.

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A CONTAGEM DOS PRAZOS NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

***THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE AND TIME COMPUTATION
IN THE BRAZILIAN SUPREME COURT***

Ricardo Cravo Midlej Silva

Advogado da União lotado no Núcleo de Informações Presidenciais da Consultoria-Geral da União, órgão da Advocacia-Geral da União - Pós-graduado em Ciência Política pelo Instituto de Cooperação e Assistência Técnica - ICAT/AEUDF e em Direito Disciplinar na Administração Pública pela Universidade de Brasília

SUMÁRIO: Introdução; 1 O advento do novo Código de Processo Civil e a contagem dos prazos processuais; 2 Contagem em dias úteis e juizados especiais; 3 A contagem dos prazos no Supremo Tribunal Federal; 4 Contagem dos prazos durante o recesso e as férias; 5 Perspectiva para 2017; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: Antes mesmo do início da vigência do novo Código de Processo Civil brasileiro, muitas de suas disposições já causavam celeuma na comunidade jurídica. Um dos pontos de divergência verificados foi exatamente a questão da inovadora contagem dos prazos processuais tão-só em dias úteis, em contraposição ao direito processual pretérito, em que os prazos eram contínuos e não se interrompiam nos feriados. Ao mesmo tempo em que os advogados afinal celebravam o sucesso do antigo anseio de desfrutar do repouso semanal livres do curso dos prazos sob sua responsabilidade, parte da magistratura denunciava o prejuízo da medida para a garantia constitucional da celeridade e da razoável duração do processo, especialmente no caso do rito processual do microsistema dos juizados especiais. Entretanto, a vivência prática e, sobretudo, estudos promovidos pelo Ministério da Justiça e pelo próprio Conselho Nacional de Justiça parecem demonstrar que o simples cômputo apenas dos dias úteis na contagem dos prazos processuais não causará impacto significativo no tempo de tramitação de cada processo, cuja morosidade se deve, o mais das vezes, ao chamado “tempo morto” em que o processo fica estático à espera de providências a cargo da burocracia do fórum. Portanto, o novo Código de Processo Civil, cujas disposições, a par dos valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, presidirão o ordenamento, a disciplina e a interpretação de todo o processo civil, aplica-se integralmente à contagem dos prazos em todos os juízos e tribunais, na ausência de lei especial com ele incompatível – até mesmo nas ações referentes ao controle abstrato de constitucionalidade das leis, de competência do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Código. Processo Civil. Prazos. Contagem. Suspensão. Normas. Controle Abstrato. Constitucionalidade.

ABSTRACT: Even before the new Brazilian Code of Civil Procedure came into force, many of its provisions were already sparking heated debates among the legal community. One of the controversies was precisely on the innovative computation of procedural time periods which only counts working days, as opposed to the previous rules that commanded the computation of every day, including intermediate Saturdays, Sundays, and legal holidays. While lawyers celebrated a long-awaited right to enjoy their weekends with no filing times running, part of the judiciary denounced the measure as a detriment to the celerity principle and to the constitutional right to trial within a reasonable time, particularly in the microsystem of the special courts' procedures. Nonetheless, practical experience and, above all, studies conducted by the Ministry of Justice and by the National Council of

Justice appear to demonstrate that counting only working days in the computation of filing times will not significantly impact the total length of the proceedings, the delay of which is generally caused by “idle time” due to the lack of bureaucratic action from the tribunals. Hence, in the absence of a specific law stating otherwise, the provisions of the new Code of Civil Procedure, alongside the fundamental values and standards established in the Constitution, will govern the discipline and interpretation of civil procedure in general, including the computation of filing times on all levels of judiciary – even on abstract constitutional review proceedings under the jurisdiction of the Supreme Court.

KEYWORDS: Code. Civil Procedure. Filing Times. Computation. Suspension. Standards. Abstract Review. Constitutionality.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata do advento do novo Código de Processo Civil e, especificamente, da alteração da forma de contagem dos prazos processuais fixados em dias – contínuos, não se interrompendo nos feriados, de acordo com o Código de Processo Civil revogado, Lei n.º 5869, de 11 de janeiro de 1973; computados somente os dias úteis, conforme a Lei n.º 13.105, ora em vigor – e sua repercussão em todos os juízos e tribunais, com ênfase nas ações perante o Supremo Tribunal Federal, relativas ao controle abstrato de constitucionalidade. O escopo da pesquisa é demonstrar que a regra geral é a plena e abrangente aplicação do novo Código aos prazos processuais civis, não havendo margem para a ultratividade da regra anterior, de contagem em dias contínuos e ininterruptos.

1 O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A CONTAGEM DOS PRAZOS PROCESSUAIS

O advento do novo Código de Processo Civil, com o início da vigência da Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, significou uma extraordinária mudança de paradigmas para todos aqueles que têm o processo civil como instrumento de trabalho – advogados, magistrados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, os auxiliares da Justiça.

Um desses novos paradigmas – e dos que causaram grandes polêmicas – diz respeito à contagem dos prazos processuais em dias, em que, de acordo com o art. 219, *caput*, do Código de Processo Civil vigente, “*computar-se-ão somente os dias úteis*”.

Resultado das instâncias, perante o Parlamento, de advogados e, sobretudo, da Ordem dos Advogados do Brasil, a contagem desses prazos processuais em dias úteis teve por inspiração assegurar a possibilidade do gozo, também pelos advogados, dos feriados e do descanso semanal reconhecido como direito a todo o trabalhador, urbano ou rural, pela Constituição (art. 7.º, inciso XV).

Muito embora os críticos da mudança atribuam a semelhante opção legislativa um atraso de meses na conclusão de cada processo, o fato é que, nas simulações apresentadas para evidenciar a virtual ampliação do tempo de duração dos feitos, a demora se deve, em muito maior grau, à dilatação dos prazos para os procedimentos internos dos cartórios e para a realização de diligências oficiais – muitos dos quais passaram de 48 horas para 5 dias – que, propriamente, ao cômputo apenas dos dias úteis para o transcurso dos prazos processuais.

Existem, por outro lado, estudos do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério da Justiça os quais demonstrariam que o cômputo dos prazos em dias não teria impacto significativo na duração da marcha processual, diante do “tempo morto” do processo nos escaninhos do Poder Judiciário¹ 2.

A propósito, remanesce na doutrina, ainda a esta altura, incerteza quanto a se as novas disposições do Código de Processo Civil acerca dos prazos e sua contagem alcançariam os processos eleitorais, trabalhistas, administrativos e, *especialmente*, dos Juizados Especiais.

O art. 15 do novo Código estabelece que, “*na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente*” (sem grifos, no original). Já no art. 1.º da Lei n.º 13.105 estatui-se, em genérica e abrangente disposição, que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, *observando-se as disposições deste Código*” (originalmente sem grifos).

No que concerne à aplicabilidade da nova regra de contagem ao processo penal, o Supremo Tribunal Federal já entendeu que o cômputo apenas dos dias úteis não se pode empregar naquele processo, onde a questão é disciplinada pelo art. 798, *caput*, do Código de Processo Penal, segundo o qual todos os prazos serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado (HC n.º 134554, Min.

1 MACHADO, Marcelo Pacheco. *Prazos nos juizados especiais em dias corridos*. Jota, 21-6-2016, 9h. Disponível em: <<http://jota.info/colunas/novo-cpc/prazos-nos-juizados-especiais-em-dias-corridos-nao-esperavamos-por-esta-fonaje-21062016>>.

2 ROQUE, André Vasconcelos. *As armadilhas dos prazos no novo CPC*. Jota, 7-9-2015, 6h37. Disponível em: <<http://jota.info/colunas/novo-cpc/as-armadilhas-dos-prazos-no-novo-cpc-07092015>>.

CELSO DE MELLO, DJe-123, de 14-6-2016). Registrou o Ministro relator, ao julgar, que idêntica decisão havia sido adotada no Habeas Corpus n.º 127409 (Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe-163, de 3-8-2016).

2 CONTAGEM EM DIAS ÚTEIS E JUIZADOS ESPECIAIS

Especificamente no que toca ao processo nos Juizados Especiais, subsiste o raciocínio antes *en passant* desenvolvido: não é a contagem em dias úteis que irá colocar em risco a *celeridade*, um de seus critérios orientadores (art. 2.º, Lei n.º 9.099, de 26-9-1995). Note-se, por sinal, que as leis disciplinadoras dos Juizados Especiais não contêm disposições específicas concernentes à forma de contagem dos prazos processuais – assim a criar situação propícia à incidência supletiva das prescrições correspondentes do Código de Processo Civil.

Entretanto, essa questão parece longe, ainda, de resolver-se, na jurisprudência. Nem mesmo o Superior Tribunal de Justiça, que se ocupou, de modo louvável, de editar enunciados administrativos tendentes a dirimir controvérsias relativas à aplicação do novo Código de Processo Civil, logrou elucidar definitivamente a questão. Seu Enunciado Administrativo n.º 4 traz a seguinte orientação:

Nos feitos de competência civil originária e recursal do STJ, os atos processuais que vierem a ser praticados por julgadores, partes, Ministério Público, procuradores, serventuários e auxiliares da Justiça a partir de 18 de março de 2016, deverão observar os novos procedimentos trazidos pelo CPC/2015, sem prejuízo do disposto em legislação processual especial.

Há, todavia, algumas diretrizes já divulgadas, de observância recomendável pelos advogados, de acordo com o Juizado Especial perante o qual atuem. O Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), por exemplo, editou enunciados para esclarecer quais disposições do novo Código de Processo Civil não são aplicáveis àqueles Juizados. Assim, conforme o Enunciado (Cível) 165, “*nos Juizados Especiais Cíveis, todos os prazos serão contados de forma contínua*” (XXXIX Encontro - Maceió-AL). Já consoante o Enunciado 13 (da Fazenda Pública), “*a contagem dos prazos processuais nos Juizados da Fazenda Pública será feita de forma contínua, observando-se, inclusive, a regra especial de que não há prazo diferenciado para a Fazenda Pública – art. 7.º da Lei 12.153/09*” (XXXIX Encontro – Maceió-AL).

No âmbito do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF), prevalece o conteúdo do Enunciado n.º 175, cuja redação é a seguinte:

Enunciado n.º 175 – Por falta de previsão legal específica nas leis que tratam dos juizados especiais, aplica-se, nestes, a previsão da contagem dos prazos em dias úteis (CPC/2015, art. 219)” (Aprovado no XIII FONAJEF).

A seu tempo, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), órgão oficial de formação de magistrados brasileiros criada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004, aprovou 62 enunciados durante o Seminário “O Poder Judiciário e o Novo CPC”, realizado em agosto de 2015. Entre eles, o de n.º 45: “A contagem dos prazos em dias úteis (art. 219 do CPC/2015) aplica-se ao sistema de juizados especiais”.

Finalmente, o Fórum Permanente de Processualistas Civis publicou os Enunciados 415 e 416:

415. (arts. 212 e 219; Lei 9.099/1995, Lei 10.259/2001, Lei 12.153/2009) Os prazos processuais no sistema dos Juizados Especiais são contados em dias úteis.

416. (art. 219) A contagem do prazo processual em dias úteis prevista no art. 219 aplica-se aos Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública.

Porém, conquanto em antagonismo ao decantado princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5.º, inc. LXXVIII, CR-1988) bem pudessem ser ponderados outros postulados de idêntica estatura, tais como o já mencionado descanso semanal dos operadores do Direito e mesmo a indefectível *dignidade da pessoa humana*, o fato é que a Ordem dos Advogados do Brasil – principal fiadora do cômputo apenas dos dias úteis na contagem dos prazos processuais –, como que a descrever da prevalência da tese segundo a qual as novas regras do Código de Processo Civil acabariam por influenciar os demais ritos processuais, apressou-se em propor anteprojeto de lei que visa a acrescentar a aplicação subsidiária do novo Código no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública no que concerne à contagem dos prazos processuais.

Fruto da encampação da ideia da Ordem pelo Deputado Federal ARNALDO FARIA DE SÁ, o Projeto de Lei n.º 6465, de 2016, “altera a redação do artigo 219, da Lei n.º 13.105/2016, para acrescentar parágrafo que dispõe sobre a aplicação subsidiária do Novo Código de Processo

Civil no âmbito dos juizados especiais, no que concerne à contagem dos prazos processuais”.

Espera-se, não obstante, que o Superior Tribunal de Justiça acabe por afirmar a carga normativa do novo Código de Processo Civil como hoje se encontra, bastante para orientar a contagem dos prazos no âmbito dos juizados especiais. Seria lastimável abdicar de uma situação de todo favorável à aplicação do novo Código ao microsistema dos juizados, mediante aquela desnecessária proposição legislativa – sujeita, além disso, à incerta liturgia do Congresso Nacional –, quando nada mais seria preciso que *perceber o novo com boa vontade e a lente correta, nova e desembaçada*, para usar expressões de ROGERIO LICASTRO TORRES DE MELLO³, de resto apoiado em concitação de Lenio Streck e Dierle Nunes.

3 A CONTAGEM DOS PRAZOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

E como se dá a contagem dos prazos nos processos de competência originária e exclusiva do Supremo Tribunal Federal – em particular nas ações diretas de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental?

Assim como ocorre com os processos de natureza civil cuja lei de regência não compreende a forma de contagem dos prazos processuais, mas unicamente seu termo inicial, todo o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado com observância das disposições do novo Código de Processo Civil (art. 1.º, Lei n.º 13.105). As Leis n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999 (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) e n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (arguição de descumprimento de preceito fundamental) limitam-se a dispor sobre o processo e julgamento das ações ali discriminadas, sem estabelecer regras específicas de contagem de prazos.

Desse modo, tais processos devem, salvo melhor juízo, sujeitar-se às normas do Código de Processo Civil, cujo art. 219 prescreve o cômputo somente dos dias úteis, na contagem dos prazos em dias, fixados por lei – qualquer lei processual civil – ou pelo juiz.

Aliás, raciocínio em sentido diverso, ou seja, que os prazos contidos nas Leis disciplinadoras do controle abstrato de inconstitucionalidade continuam a reger-se pela regra dos dias corridos, demandaria juízo prévio no sentido da ultratividade (indevida) de dispositivo revogado pelo novo Código de Processo Civil – qual seja o art. 178 da Lei n.º 5.869, de 1973,

3 MELLO, Rogério Licastro Torres de. Contagem de prazos nos juizados especiais deve obedecer regra do novo CPC. *Consultor Jurídica*, 31-3-2016, 6h07. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-31/contagem-prazos-juizados-especiais-obedecer-cpc>>.

que dispunha ser contínuo o prazo estabelecido pela lei ou pelo juiz, “não se interrompendo nos feriados”. Em outros termos, faltaria à subsistência da regra de contagem em dias corridos o indispensável fundamento legal válido, visto que expungido do mundo jurídico o único diploma legal idôneo para dessa maneira regular o cômputo dos prazos no processo civil. A norma processual civil apta a disciplinar a espécie – reitere-se – é o art. 219 da Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015.

Contudo, até o encerramento do ano forense de 2016, não era assim que vinha procedendo a Secretaria Judiciária do Supremo Tribunal Federal. Desde a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, inúmeras certidões lançadas nas páginas de acompanhamento processual do sítio eletrônico da Corte, relativas ao controle concentrado de constitucionalidade, evidenciavam a manutenção da contagem em dias contínuos para o decurso dos prazos – chamaram a atenção para tal circunstância, principalmente, os lançamentos que certificavam, nos moldes da regra antecedente, ora a não prestação de informações pelas autoridades responsáveis pela edição da lei ou ato normativo em questão, ora a ausência das manifestações requeridas das partes e instituições atuantes no processo.

Esse evento alerta, por outro lado, para a natureza dos prazos assinados no âmbito do controle abstrato de normas. Não seriam eles “prazos processuais”, assim de acordo com a restrição imposta pelo parágrafo único do art. 219 para o cômputo tão-só dos dias úteis?² A partir da premissa de que possuem caráter processual todos os prazos previstos em leis processuais e que tenham repercussão no processo, isto é, concorram para a efetivação da tutela jurisdicional do Estado, afigura-se elementar a classificação da quase totalidade dos prazos previstos nas Leis n.º 9.868 e n.º 9.882, de 1999, como *processuais*.

Semelhante conclusão está em harmonia com a noção de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY⁴, para quem “por ato processual entende-se aquele que deva ser praticado *no, em razão do ou para o* processo [...]”.

Na dicção de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e ARTHUR MENDES LOBO⁵, a dúvida se um prazo é processual ou não deve resolver-se positivamente, se a previsão legal é de concessão de tempo para a prática de determinada conduta pela parte ou por seu advogado, dentro do processo – advertindo aqueles autores, entretantes, que essa solução deve ser construída por acordo da comunidade jurídica:

4 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 808.

5 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LOBO, Arthur Mendes. Prazos processuais devem ser contados em dias úteis com novo CPC. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 7 mar. 2016, 6h11.

Na dúvida se o prazo é material ou processual, deve-se entender como processual, já que previsto para ser praticada determinada conduta pela parte ou por seu advogado dentro do processo. Realizado o ato, o mesmo deverá ser informado no processo gerando consequências na marcha processual? Se a resposta for positiva, então se trata de um prazo processual e, como tal, deve ser contado em dias úteis.

Esta solução deve ser construída a partir de um acordo na comunidade jurídica. Se houver discussão quanto ao termo final dos prazos processuais, por filigranas jurídicas ou vaidade intelectual, principalmente quanto à classificação de um prazo como material ou processual, teremos uma enorme insegurança jurídica com consequências incalculavelmente nefastas para o jurisdicionado.

Há situações em que não se têm dúvidas a respeito de certo prazo ser material, e portanto deverá ser contado em dias corridos. É o caso, por exemplo, de prazo prescricional, prazo decadencial ou um prazo para pagar o preço de uma mercadoria em um contrato de compra e venda. Sim, nestes casos não há dúvida de que se refere à pretensão ou a direito material, porque sua contagem, a obrigação a ser cumprida ou o ônus obrigacional, independem da existência de um processo.

Porém, se um prazo é previsto em uma norma processual, ainda que não integrante do novo CPC, este deve ser contado, sim e sempre, em dias úteis, ainda que se possa eventualmente dizer, com bons argumentos, que, no fundo, se trataria de um prazo material, de modo a evitar confusão e insegurança jurídica.

E, de fato, desde o primeiro prazo previsto nos processos atinentes ao controle abstrato de constitucionalidade – para informações dos órgãos ou autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (Lei n.º 9.868) e para informações dos órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado (Lei n.º 9.882) – identifica-se nitidamente a natureza processual de que se reveste, porquanto destinado a processo que redundará no julgamento de uma ação. Esse, portanto, e todos os prazos que se sucedem no processo, cujo escopo seja o julgamento da ação ou arguição, deverão contar-se conforme a regra introduzida pelo art. 219 do Código de Processo Civil de 2015.

E não se diga, na linha de pensamento de certa doutrina, que as informações dos órgãos ou autoridades consistiriam em atos a serem praticados por *partes* ou *interessados*, e não por advogados, o que lhes retiraria a índole postulatória apta a qualificar como processual o prazo respectivo. Como é de conhecimento geral, as informações requeridas

no controle abstrato não são elaboradas e apresentadas diretamente pelas autoridades responsáveis pelo diploma legal ou ato questionado, mas pelos correspondentes órgãos jurídicos, tais como a Advocacia-Geral da União⁶ e a Advocacia do Senado Federal⁷ – o que evidencia, uma vez mais, o caráter *processual* de tais manifestações e a intangibilidade tópica da regra do cômputo exclusivamente dos dias úteis.

4 CONTAGEM DOS PRAZOS DURANTE O RECESSO E AS FÉRIAS

Outra controvérsia relativa à contagem dos prazos no controle abstrato de normas tem referência com o período de recesso ou de férias forenses. As duas leis sob exame, Leis n.º 9.868 e n.º 9.882, nada dispõem acerca do tema. Já o novo Código de Processo Civil estabelece, no art. 220, que se suspende o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive – sem, contudo, caracterizar o período como de recesso ou férias.

A propósito, a Lei Complementar n.º 35, de 14 de março de 1979 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional – estatui que os membros dos Tribunais gozarão de férias coletivas, no período de 2 a 31 de janeiro e de 2 a 31 de julho (art. 66, § 1.º – não aplicável aos tribunais de segundo grau, após a Emenda Constitucional n.º 45, de 2004⁸).

Por sua vez, a Lei n.º 5.010, de 30 de maio de 1966, que organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências, preceitua em seu art. 62 serem “feriados na Justiça Federal, inclusive nos Tribunais Superiores”, *além dos fixados em lei*, “os dias compreendidos entre 20 de dezembro e 6 de janeiro, inclusive”, entre outros. Esse mesmo período, compreendido entre os dias 20 de dezembro e 6 de janeiro, inclusive, é tratado como *recesso* pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 78, § 1.º). O parágrafo 2.º do art. 78 do Regimento Interno determina que se suspendam os trabalhos do Supremo Tribunal Federal durante o recesso e as férias, bem como nos sábados, domingos, feriados e nos dias em que o Tribunal assim o decretar. E o art. 85 elucida que “nenhuma publicação terá efeito de citação ou intimação, quando ocorrida durante o recesso ou as férias do Tribunal”.

No tocante ao processo eletrônico, o Supremo Tribunal Federal dispunha, até a Resolução n.º 417, de 20 de outubro de 2009, que ficavam “suspensos, no e-STF, os prazos processuais no recesso forense do Supremo Tribunal Federal e feriados, sendo permitido aos usuários, mesmo nesse

6 V. Lei Complementar n.º 73, art. 4.º, incisos V e VII.

7 V. Resolução n.º 73, de 1994, do Senado Federal.

8 V. art. 93, inciso XII, da Constituição da República.

período, o encaminhamento de petições e a movimentação de processos”. A Resolução atualmente em vigor, de n.º 427, que regulamenta o processo eletrônico no âmbito do Supremo Tribunal Federal, limita-se a assentar que “a suspensão dos prazos processuais não impedirá o encaminhamento de petições e a movimentação de processos eletrônicos”, e que “os pedidos decorrentes dos atos praticados durante a suspensão dos prazos processuais serão apreciados após seu término, ressalvados os casos de urgência” (art. 15, e parágrafo único, da Resolução n.º 427, de 20 de abril de 2010).

Disso tudo se infere que os prazos processuais não correm durante o período de recesso e de férias, no Supremo Tribunal Federal, ainda que o Presidente da Corte ou o Ministro relator delibere despachar nos autos de processo de controle concentrado de constitucionalidade – ou que um despacho proferido no curso do ano forense seja publicado apenas durante o recesso ou as férias. As óbvias ressalvas se encontram no art. 13, inciso VIII, do Regimento Interno, segundo o qual são atribuições do Presidente do Tribunal “decidir questões urgentes nos períodos de recesso ou de férias”, e nas disposições que, no controle abstrato, permitem ao Relator ou ao Presidente conceder medida cautelar ou liminar, nas hipóteses que discriminam (art. 10, Lei n.º 9.868; art. 5.º, § 1.º, Lei n.º 9.882). Não por outra razão, aliás, o parágrafo 4.º do art. 105 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal esclarece que “ficam inalterados, durante os recessos forenses e as férias do Tribunal, os prazos determinados pela Presidência, no exercício da competência prevista no art. 13, VIII, deste Regimento Interno” – após o *caput* do mesmo artigo dispor que “não correm os prazos nos períodos de férias e recesso, salvo as hipóteses previstas em lei ou neste Regimento”. Note-se que, quando o Supremo Tribunal Federal quis instituir exceção a essa regra, fê-lo explicitamente, como se observa no art. 214 do Regimento Interno⁹.

Parece confirmar todo o raciocínio desenvolvido até aqui o conteúdo das Portarias n.º 112, de 14 de junho de 2016; n.º 264, de 2 de dezembro de 2016; e n.º 276, de 19 de dezembro de 2016, editadas pelo Diretor-Geral da Secretaria do Supremo Tribunal Federal, consoante noticiado no sítio eletrônico da Corte Suprema^{10 11 12}.

Na única oportunidade, aparentemente, em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal pôde enfrentar essa questão da contagem do

9 “Art. 214. No processo de extradição, não se suspende no recesso e nas férias o prazo fixado por lei para o cumprimento de diligência determinada pelo Relator ou pelo Tribunal.”

10 “Recesso forense suspende prazos processuais do STF de 4 a 29 de julho”. Sítio eletrônico do STF, 1.º de julho de 2016.

11 “Prazos processuais no STF ficam suspensos até 31 de janeiro”. Sítio eletrônico do STF, 20 de dezembro de 2016.

12 “Plantão da Presidência no recesso analisa apenas casos urgentes”. Sítio eletrônico do STF, 22 de dezembro de 2016.

prazo para informações, no período de recesso – ainda antes da edição da Lei n.º 9.868 –, prevaleceu a tese da suspensão do prazo até a reabertura do expediente. O acórdão então prolatado adotou a seguinte ementa:

- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INFORMAÇÕES: PRAZO. É DE SE TER COMO FICANDO SUSPENSO O PRAZO PARA PRESTAÇÃO DAS INFORMAÇÕES, NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE, DURANTE OS PERÍODOS DE FÉRIAS E RECESSO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, TENDO EM VISTA O DISPOSTO NO ART. 105 DO SEU REGIMENTO INTERNO, COMECANDO OU CONTINUANDO A FLUIR OS PRAZOS, NO DIA DA REABERTURA DO EXPEDIENTE (PARAGRAFO 1 DO ART. 105). PODERÃO, ENTRETANTO, SER ATÉ DISPENSADAS AS INFORMAÇÕES, PELO RELATOR, 'AD REFERENDUM' DO TRIBUNAL, EM CASO DE URGENCIA (PARAGRAFO 2 DO ART. 170 DO RI). (ADIn 136 QO-CE, Min. ALDIR PASSARINHO, DJ de 30-3-1990)

Importa consignar que a publicação da Lei n.º 9.868, em 1999, nada trouxe de inovador em relação às questões postas em debate naquele precedente. A Lei, como visto anteriormente, não versou a forma de contagem dos prazos processuais na ação direta de inconstitucionalidade, senão apenas a sua fixação em dias.

É razoável predir, pois, que, uma vez diante de idêntica controvérsia, a Suprema Corte irá ratificar o que deliberado naquela sessão, na ausência de inovação legislativa que possa interferir nas premissas tidas na ocasião como relevantes.

Assim, ainda que, no curso de recesso ou férias, o Presidente da Corte adote o rito previsto no art. 12 da Lei n.º 9.868¹³, “em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica”, e ademais acentue o caráter urgente e prioritário da requisição de informações às autoridades responsáveis pela lei ou ato impugnado, isso, em princípio, não aparenta possuir força impositiva suficiente para ilidir a regra geral da suspensão dos prazos no período – salvo inequívoca e fundamentada disposição nesse sentido, no despacho respectivo. É que o tratamento dos casos de urgência, e de excepcional urgência, encontra-

13 “Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.”

se no art. 10 daquela Lei¹⁴, cuja redação já compreende, em si, o conceito de “risco de perecimento do direito durante o referido período” (Portaria 264/2016, de 2 de dezembro de 2016, do S.T.F.) – em harmonia, de resto, com o teor do inciso I do art. 215 do Código de Processo Civil¹⁵.

5 O COMEÇO DO CURSO DOS PRAZOS NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

O último dos tópicos a versar é o dia do começo da contagem do prazo para prestação das informações pelos órgãos ou autoridades das quais emanou a lei ou ato normativo impugnado (art. 6.º, Lei n.º 9.868); pela autoridade ou órgão responsável pela omissão inconstitucional (art. 12-G, Lei n.º 9.868); ou pelas autoridades responsáveis pela prática do ato questionado (art. 6.º, Lei n.º 9.882). Talvez influenciada pela redação do parágrafo único do art. 6.º da Lei n.º 9.868¹⁶, a Secretaria Judiciária do Supremo Tribunal Federal costuma iniciar a contagem correspondente, em qualquer caso (ADIn, ADC, ADPF, ADO), “do recebimento do pedido” ou da solicitação do relator (art. 6.º, Lei n.º 9.882¹⁷), e não da juntada aos autos do aviso de recebimento ou do mandado cumprido, de acordo com o art. 231 do novo Código de Processo Civil¹⁸. Parece lógico que a indicação do recebimento do pedido ou solicitação

14 “Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 1o O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

§ 2o No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3o Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.”

15 “Art. 215. Processam-se durante as férias forenses, onde as houver, e não se suspendem pela superveniência delas:

I - os procedimentos de jurisdição voluntária e os necessários à conservação de direitos, quando puderem ser prejudicados pelo adiamento;

II - a ação de alimentos e os processos de nomeação ou remoção de tutor e curador;

III - os processos que a lei determinar.”

16 “Art. 6o O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.”

17 “Art. 6o Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.”

18 “Art. 231. Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo:

I - a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação ou a intimação for pelo correio;

II - a data de juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça;

[...]”

sugere apenas o evento a partir do qual se iniciará a contagem – em contraste, por exemplo, com a data de assinatura do despacho ou decisão respectiva. O dia do começo da contagem, entretanto, há de ser um daqueles enumerados no art. 231 do Código de Processo Civil.

Não será outra a conclusão, a partir do que prescreve o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, o art. 104 reza que os prazos no Tribunal corram “da publicação do ato ou do aviso no *Diário da Justiça*, salvo o disposto nos parágrafos seguintes”. O parágrafo 2.º do artigo, por seu turno, esclarece que os prazos somente começam a correr a partir do primeiro dia útil após a intimação. O parágrafo 3.º, subsequente, estabelece que “as decisões ou despachos designativos de prazos podem determinar que estes corram da intimação pessoal ou da ciência por outro meio eficaz”. E o último parágrafo que ora importa, o § 4.º, define que “os prazos marcados em correspondência postal, telegráfica ou telefônica correm do seu recebimento [...]”. Ocorre que tanto o parágrafo 3.º como o parágrafo 4.º fazem expressa remissão, entre suas notas, ao art. 241 do Código de Processo revogado, que trata, exatamente, de quando começa a correr o prazo da citação ou intimação efetuada pelo correio ou por oficial de justiça. Releva acentuar, no ponto, que, assim como dispõe, hoje, o art. 231 do novo Código de Processo Civil, o art. 241 do Código Buzaid, alterado pela Lei n.º 8.710, de 1993, ditava que, quando a citação ou intimação fosse pelo correio ou por oficial de justiça, o prazo começaria a correr da data da juntada aos autos do aviso de recebimento ou do mandado cumprido.

Ao que parece, o Supremo Tribunal Federal jamais arrostou, ao menos publicamente, essa questão do começo do curso dos prazos no controle concentrado de normas. Há, no entanto, a lançar luzes sobre o tema, o enunciado da Súmula n.º 710 da Corte, cuja redação é a seguinte: “No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem.”

O raciocínio *contrario sensu* leva à dedução de que nos processos de natureza não penal, quando nada no processo civil, os prazos devem contar-se, forçosamente, da data da juntada do mandado de citação ou intimação cumprido, ou da data da juntada do aviso de recebimento.

E nessa direção tem apontado, efetivamente, a jurisprudência do Pretório Excelso. A título de exemplo, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 750082, o Ministro relator, CEZAR PELUSO, consignou não ser aplicável a processos de natureza criminal a Lei n.º 8.710, de 1993,

Que estabeleceu que, para intimações feitas por via postal, se inicia a contagem do prazo com a juntada aos autos do aviso de recebimento, dando nova redação ao art. 241, inc. I, do CPC. Continua em vigor o art. 798, § 5.º, do CPP, em relação aos processos de natureza criminal

(Súmula 710) (AI 750082 AgR-PR, Segunda Turma, Min. CEZAR PELUSO, DJe-022 de 5-2-2010).

Fora da seara processual penal, a mesma Segunda Turma entendeu, ao apreciar, em 5 de abril de 2016, o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 892732-SP, que, nos casos de intimação pessoal realizada por oficial de justiça, a contagem do prazo recursal ou eventual certificação de trânsito em julgado começa a partir da juntada aos autos do mandado devidamente cumprido, por exigência do art. 241, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973 (ARE 892732-SP, red. p/ o acórdão Min. DIAS TOFFOLI, DJe-097 de 13-5-2016). E certamente tal não se deu por algum pretensão influxo do novo Código de Processo Civil. Afinal, em 21 de maio de 2002, a Primeira Turma já interpretara que “segundo dispõe o art. 38 da LC 73/93 combinado com o 241, II, do CPC, o termo a quo do prazo recursal da União é a juntada aos autos do mandado de intimação de seu Procurador devidamente cumprido” (AI 303044 AgR-ED-MG, Min. ELLEN GRACIE, DJ de 2-8-2002).

6 CONCLUSÃO

Como se vê, o fato novo é a Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, o Código de Processo Civil cujas disposições, agora em vigor, nortearão como será ordenado, disciplinado e interpretado todo o processo civil. Com o advento do Código de 2015, toda a legislação processual civil preexistente deverá por ele informar-se, no que não contiver de especial e incompatível com suas prescrições.

E um dos padrões por ele introduzidos diz com o cômputo somente dos dias úteis na contagem dos prazos processuais em dias, o que vem propiciar aos agentes do processo o exercício do constitucional direito ao repouso semanal (art. 7.º, XV). A par disso, presta homenagem às férias, outro direito constitucional de todo o trabalhador, a previsão da suspensão do curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive (art. 220 do novo CPC).

A antiga prática de contagem dos prazos em dias contínuos e ininterruptos, constante no revogado Código de Processo Civil de 1973, não subsiste exatamente por ausência de fundamento legal válido que a legitime.

Logo, em qualquer juízo ou tribunal, como não poderia deixar de ser, a problemática relativa aos prazos no processo civil deverá submeter-se às determinações do novo Código, quanto ao cômputo dos dias, ao início da contagem, ao dia do começo, à forma, às causas suspensivas e interruptivas, à disciplina do recesso e das férias.

REFERÊNCIAS

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Prazos nos juizados especiais em dias corridos*. Jota. Disponível em: <<http://jota.info/colunas/novo-cpc/prazos-nos-juizados-especiais-em-dias-corridos-nao-esperavamos-por-esta-fonaje-21062016>>. Acesso em: 21 jun. 2016

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Contagem de prazos nos juizados especiais deve obedecer regra do novo CPC*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-31/contagem-prazos-juizados-especiais-obedecer-cpc>>. Acesso em: 31 mar. 2016

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ROQUE, André Vasconcelos. *As armadilhas dos prazos no novo CPC*. Jota. Disponível em: <<http://jota.info/colunas/novo-cpc/as-armadilhas-dos-prazos-no-novo-cpc-07092015>>. Acesso em: 07 set. 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 380 a 400.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e LOBO, Arthur Mendes. *Prazos processuais devem ser contados em dias úteis com novo CPC*. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-07/prazos-processuais-contados-dias-uteis-cpc>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

A GARANTIA DA NÃO-SURPRESA NO DIREITO ITALIANO E NO DIREITO BRASILEIRO

*THE GUARANTEE OF THE NON-SURPRISING DECISION IN
ITALIAN LAW AND IN BRAZILIAN LAW*

Sarah Rangel Veloso

Procuradora Federal

Pós-graduada em Direito Público pela PUC-Minas

Graduada em Direito pela UFMG

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Princípio do Contraditório e a Garantia da Não-Surpresa; 2 A Garantia da Não-Surpresa no *Codice di Procedura Civile* Italiano; 3 A Garantia da Não-Surpresa no Novo Código de Processo Civil Brasileiro; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo analisa a evolução sofrida pelo princípio do contraditório à luz do moderno processo civil e do Estado Democrático de Direito. Do conceito estático de bilateralidade da audiência e de paridade de armas, evoluiu-se para o conceito dinâmico, no qual a garantia de igualdade formal e de participação fictícia e aparente das partes mostra-se insuficiente. O princípio do contraditório dinâmico preocupa-se com a participação efetiva das partes, atribuindo-lhes capacidade de influenciar na decisão judicial. Nesse contexto, surge a garantia da não-surpresa, que impõe, ao juiz, o dever de ouvir as partes antes de decidir sobre questões de ordem pública, sejam elas de fato ou de direito. Essa garantia será estudada no ordenamento jurídico italiano e brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Princípio do Contraditório. Decisão-Surpresa. Sistemas Italiano e Brasileiro

ABSTRACT: This article analyzes the evolution of the right to be heard in light of the modern civil procedure and the Democratic State of Law. From the static concept of a bilateral relationship and the “equality of arms”, it has been progressed to the dynamic concept, in which the guarantee of the formal equality and the unreal participation of the interveners demonstrate not to be enough. The right to be heard, in its dynamic concept, worries about real participation of the interveners, giving them capacity to influence the exercise of the decisional power. In this context, there is the guarantee of the non-surprising decisions, which obligate the judge to hear the interveners before deciding about public order rules, *de facto or de jure*. This guarantee will be studied both in Italian and in Brazilian Systems, by this article.

KEYWORDS: Civil Procedure. Right to be Heard. Surprising Decision. Brazilian and Italian Systems.

INTRODUÇÃO

A mitologia grega conta-nos a história de um bandido de nome Proscuto, que vivia na serra de Elêusis. Esse bandido recebia os viajantes em sua casa e os acomodava em uma cama de ferro. Se o viajante fosse alto demais para a cama, ele cortava-lhe as pernas, de modo a ajustá-lo ao comprimento do leito. Se, caso contrário, o viajante fosse demasiado pequeno, Proscuto o esticava, para que o leito fosse totalmente ocupado. Entretanto, o bandido da mitologia grega mantinha, em segredo, duas camas, sendo que sempre havia uma que não se ajustava ao viajante, de modo a permitir-lhe cometer suas atrocidades com todos aqueles que passavam por sua casa. Suas maldades foram praticadas até que Teseu, seu último hóspede, percebendo as artimanhas de Proscuto, prendeu-o ao lado de sua própria cama de ferro, e lhe cortou a cabeça e os pés, matando-o com seu próprio veneno.

Essa história da mitologia grega pode ser utilizada como metáfora para simbolizar o solipsismo judicial, doutrina filosófica na qual a única realidade existente para o juiz é a sua própria realidade pessoal. No solipsismo, a figura do juiz confunde-se com a figura do próprio Direito, sendo que a aplicação das normas jurídicas ocorre conforme suas concepções pessoais. Isto implica dizer que o magistrado tenta sobrepôr autoritariamente suas próprias medidas com base exclusivamente em sua realidade, assim como Proscuto tentava ajustar seus hóspedes às medidas de sua cama.

Para o magistrado que atua com base no solipsismo, a realidade do processo corresponde à sua preconcepção da verdade dos fatos, pouco importando os argumentos e as provas produzidas pelas partes no curso do processo. O contraditório aqui não passa de uma formalidade, pouco ou nada influenciando a decisão judicial.

Nesse sentido, o princípio do contraditório está sendo reinterpretado com base nos ditames democráticos, impondo vários deveres não só às partes, mas também aos juízes, de modo a coibir qualquer forma de solipsismo judicial, conforme tentaremos demonstrar neste estudo.

Diante desse contexto evolutivo do princípio do contraditório, exsurge a garantia da não-surpresa, que impõe ao juiz o dever de consultar as partes antes de conhecer, de ofício, qualquer questão, seja ela de fato ou de direito, ou de requalificar a controvérsia, não podendo inovar no processo sem antes abrir possibilidade às partes de influenciar sua decisão.

O ordenamento jurídico italiano prevê expressamente a proibição da sentença chamada de “terza via” introduzida pela minirreforma trazida pela Lei 69/2009, que incluiu o parágrafo 2.º ao art. 101 do Codice di Procedura Civile, impondo ao juiz a obrigação de realizar o contraditório sobre as questões por ele reconhecidas, de ofício, como fundamento de suas decisões.

Essa regra foi formalmente incluída no art. 101 do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. Entrementes, muitos serão os desafios enfrentados pelo Direito Processual Civil Brasileiro para a consolidação da proibição da não-surpresa na *praxis* jurisdicional.

Por meio do estudo do direito comparado, mais especificamente, do direito processual civil italiano, o presente trabalho tentará aclarar os limites dessa nova regra, trazendo à baila uma reflexão que poderá contribuir para seu fortalecimento em nosso ordenamento jurídico.

1 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A GARANTIA DA NÃO-SURPRESA

O princípio do contraditório ilumina todo o sistema processual. Mas nem sempre foi assim no ordenamento jurídico brasileiro. As Constituições de 1824, 1891 e 1934 não previam referido princípio. A Constituição de 1937 foi a primeira a prever o princípio do contraditório, em seu art. 122, §11. Entretanto, essa previsão limitava-se ao direito processual penal, tendo sido essa limitação repetida pelas Constituições de 1946 e 1967.

A Constituição Federal de 1988 previu o princípio do contraditório no inciso LV do art. 5.º, estendendo sua aplicação ao processo civil e ao processo administrativo: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Contradizer significa exprimir-se contrariamente, em sentido oposto. A interpretação literal do termo utilizado não condiz com a real amplitude do significado atribuído ao princípio do contraditório.

O princípio do contraditório estático é o direito de bilateralidade da audiência, a garantia de realização da obrigação de noticiar e de informar as partes, a fim de que as mesmas exteriorizem suas manifestações.

Entretanto, esse conceito estático, mostra-se insuficiente à luz do Estado Democrático de Direito e da moderna processualística. O respeito ao contraditório estático garante apenas uma igualdade formal entre os sujeitos do processo e uma participação fictícia e aparente. Deve-se interpretar o princípio do contraditório em seu sentido dinâmico. Segundo Comoglio, garantias em sentido dinâmico são:

[...] quegli strumenti giurisdizionale che siano specificamente previsti – avanti ad organi di giustizia costituzionale od Internazionale – per assicurare condizioni efetive di godimento a qualsiasi diritto ‘atribuito’ o ‘riconosciuto’ da quelle norme fondamentali.¹

1 COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionale e “giusto processo”* (modelli a confronto). Disponível em: <http://www.judicium.it/old_site/news/garanzie_gisuto_processo.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático no processo.

Há muito que a democracia não se refere tão-somente à sua forma representativa, estendendo seu conceito à democracia participativa e deliberativa. Nesse contexto, a decisão deve ser vista como objeto e resultado de um debate argumentativo pluralista. (CABRAL, 2005, p. 454).

O vigor democrático do princípio do contraditório eleva sua função de controle da jurisdição:

[...] a imperatividade proveniente da norma constitucional constringe o juiz a curvar-se diante dela, a respeitar seu conteúdo, a observá-la em atenção aos seus novos matizes, o que em última análise quer significar mais segurança jurídica, transparência e previsibilidade, garantia no sentido de que se encontra vedada a produção de decisões em desatenção à dialética processual.²

O princípio do contraditório baseia-se no pressuposto de que uma questão debatida é melhor decidida que uma questão não debatida. Logo, quando o juiz levanta qualquer questão, ainda que o faça de ofício, deve ele colocá-la para ser discutida por ambas as partes e, somente depois de analisar seus argumentos, decidir.

O princípio do contraditório pode ser analisado em duas dimensões.

A primeira delas é a dimensão formal, conteúdo mínimo do princípio do contraditório. Trata-se da possibilidade de a parte ser ouvida, de participar do processo.

A segunda dimensão é a substancial e trata-se do “poder de influência” (MARINONI, 2000, p. 258-259). Para sua concretização, não basta a abertura de possibilidade de manifestação da parte. É preciso, de fato, permitir que a mesma influencie na tomada de decisões do magistrado.

Segundo Mallet, o processo não é apenas forma de solução de conflitos. É forma intrínseca e ontologicamente bilateral de solução de conflitos, com garantia de participação das partes na formação do convencimento do julgador.³

Há, inclusive quem defina o processo a partir do contraditório, como é o caso de Fazzalari, que afirma só existir processo quando:

in una o più fasi dell'iter di formazione di um atto è contemplata la partecipazione non solo – ed ovviamente – del suo autore, ma anche

2 STRECK, Lenio; DELFINO, Lúcio (et al). *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. Consultor Jurídico, 23.12.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

3 MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, jan./dez. p. 390, 2014.

dei destinatari dei suoi effetti, in contraddittorio”. [...] “dov’è assente il contraddittorio – cioè la possibilità, prevista dalla norma, che esso si realizzi – ivi non c’è processo.”⁴

Logo, se em um determinado processo, somente é dado às partes a possibilidade de falar no processo, sem que essa participação implique em reais condições de influenciar o juiz na prolação de seus atos decisórios, o princípio do contraditório resta violado. Para que o princípio do contraditório seja garantido, é preciso que a parte tenha condições de intervir no conteúdo da decisão. O exercício do poder do Estado não pode ser arbitrário e a sua legitimidade deriva do procedimento participativo.

Cabral (2005, p. 450) bem definiu a extensão do conceito:

[...] il contraddittorio assume attualmente limiti più estesi, vedendo ampliata la sua concezione, come si vedrà, nel senso di comportare il dovere di collaborazione delle parti e quello di una partecipazione attiva del giudice al dibattito giudiziario. Inoltre, avendo come cornice la concezione di democrazia partecipativa e deliberativa, il principio del contraddittorio può essere definito come diritto d’influenzare l’esercizio del potere dello Stato.

Ainda segundo esse autor, a *ratio* do princípio do contraditório é permitir a possibilidade de reagir ou prevenir posições processuais desfavoráveis, gravitando no binômio informação-reação. Busca-se a simetria entre os sujeitos processuais, além de assegurar a possibilidade de efetivar diálogos e de exercer diversas formas de controle, reações e escolhas dentro do processo.

É importante ressaltar que o cânone constitucional do contraditório não elimina nem atenua o princípio *iura novit curia*. Remanesce o poder-dever do juiz de individualizar a norma aplicável à causa, sem estar vinculado à qualificação jurídica dada pelas partes. A garantia do contraditório incide no momento e no modo com que o exercício desse poder-dever deve acontecer.⁵

Na jurisprudência norte-americana, é pacífica a vinculação do contraditório à garantia do *due process of law*. Hans Smith adverte que “*the due process of law clauses of the Fifth and Fourteenth Amendments require that a defendant be given adequate notice of the institution of proceedings against him*”.⁶

4 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1983. p. 62-63.

5 COSTANTINO, Roberta. *Principio del contraddittorio e decisioni della “terza via”*. Disponível em: <<http://www.contabilita-pubblica.it/Archivio11/Dottrina/Costantino.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2017.

6 SMITH, Hans. Constitutional guarantees in civil litigation in the United States of America. In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (Org.) *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 449.

Como corolário do princípio do contraditório, há o princípio da cooperação. Segundo THEODORO JÚNIOR e al. (2015, p. 70), todos os sujeitos processuais devem atuar com responsabilidade, na construção dos pronunciamentos judiciais e em sua efetivação. Não há que se falar em relação de submissão entre os sujeitos processuais, mas sim de interdependência.

A interpretação moderna desse princípio não se trata mais da subserviência das partes perante o juiz, impondo às mesmas a obrigação de colaborar com o magistrado. Também aqui não se está a falar da visão romântica do processo, que parte do pressuposto de que as partes colaboram para que ao final do processo seja proferida a decisão mais correta para o caso concreto, ainda que contrária a seu interesse. Sabe-se que o ambiente processual é um ambiente propenso a comportamentos não cooperativos, permeado por uma animosidade latente. “Esta utópica solidariedade processual não existe (nem nunca existiu): as partes querem ganhar e o juiz quer dar vazão à sua pesada carga de trabalho.” (THEODORO JÚNIOR e al., 2015, p. 70).

O que temos hoje é a chamada teoria normativa da participação, uma releitura democrática do princípio da cooperação, que impõe a obrigatoriedade de abertura para a argumentação das partes, com garantia de possibilidade de exercerem influência sobre as decisões, proibição da surpresa e inibição de atos praticados de má-fé. Exige-se um comportamento das partes objetivamente vinculado à boa-fé:

A visão que o Estado Democrático oferta à jurisdição afastou-se completamente do padrão liberal e social, tornando os litigantes partes ativas do método judicial de composição de litígios. Não apenas se passou a conferir-lhes poder de influir efetivamente na construção do provimento final, como se impôs ao juiz o dever de levar em consideração a colaboração das partes no ato de julgar.⁷

Nesse sentido, o contraditório deixou de ser um diálogo apenas entre as partes, para abranger também os magistrados, uma vez que o CPC trouxe a proibição de o juiz julgar matéria que não fora posta em discussão pelas partes, ainda que se tratassem de matérias conhecíveis *ex officio*.

Portanto, a nova concepção democrática do princípio da participação impõe deveres não somente para as partes, mas também para o juiz. Cabe a ele cumprir o dever de esclarecimento; prevenir as partes do risco de frustração de seus pedidos pelo uso inadequado do processo (dever de prevenção); auxiliar as partes na superação de dificuldades que obstaculizem o exercício

7 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 92.

de seus direitos e faculdades (dever de auxílio) e, por fim, de consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, ainda que de ordem pública, assegurando a possibilidade de influência de suas manifestações na formação dos provimentos jurisdicionais (dever de consulta).

O principal fundamento da comparticipação é o contraditório como garantia de influência e não surpresa. (THEODORO JÚNIOR et al., 2015, p. 92)

A decisão do juiz baseada em elementos estranhos àqueles debatidos no curso do processo, sejam eles de fato ou de direito, ainda que se trate de matéria de ordem pública, é chamada pela doutrina e pelos tribunais, principalmente os europeus, de “decisão-surpresa”, “decisão solitária” ou, ainda, “sentença de terceira via”.⁸ Essa decisão, em virtude da atual concepção do contraditório, é considerada inadmissível.

Mesmo se tratando de matéria de ordem pública, a qual pode ser reconhecida pelo magistrado de ofício, ainda que exclusivamente de direito, impõe-se a observância do contraditório e da ampla defesa, com a exigência de prévia submissão da questão à manifestação das partes. Nesse sentido, Vittorio Denti: “*le questioni pregiudiziali rilevate d’ufficio non possono essere decise, se il giudice non le ha previamente sottoposte al contraddittorio delle parti. La violazione di questo dovere dà luogo a nullità della decisione*”.⁹

Significa que o princípio do contraditório não é integralmente satisfeito pelo mero dizer e contradizer das partes. É preciso que o que foi dito “gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia”.¹⁰

De Cristofaro pondera que:

Se impone así al juez no ignorar los alegatos de las partes, sino darles respuesta, por lo tanto el contradictorio exige que las decisiones no sean el fruto de una valoración ‘solitaria’ del juez sobre cuestiones que las partes no hayan tenido posibilidad de debatir. Y para ambos supuestos el instrumento que tiene el operador judicial para su control – y del respeto de los principios procesales – lo ofrece la motivación

8 GRADI, Marco. *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”* p. 826 e ss.

9 DENTI, Vittorio. *Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio*. Dall’azione al giudicato. Padova: CEDAM, 1983. p. 62-63.

10 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 103.

de la decisión, que se posiciona como instrumento indispensable para verificar el contradictorio.¹¹

A seguir, estudaremos mais detalhadamente a garantia da não-surpresa no direito italiano e no direito brasileiro.

2 A GARANTIA DA NÃO-SURPRESA NO CODICE DI PROCEDURA CIVILE ITALIANO

No Direito italiano, o princípio do contraditório está previsto no art. 111, § 2.^o¹² da Constituição. A garantia do contraditório é um princípio fundador do chamado “giusto processo”. Segundo Chiarloni: “Il processo é giusto nella misura in cui sai strutturato in modo da garantire nei limiti del possibile la giustizia del risultato”¹³. É evidente a correlação do princípio do contraditório e do direito de ampla defesa previsto no art. 24¹⁴ da Constituição Italiana, sendo que o primeiro é instrumento para a realização do segundo.

Colacionamos abaixo decisão da Corte Costituzionale que faz referência ao contraditório:

Il sistema processuale, posto che l'esigenza di soddisfare il contraddittorio attiene alla tutela di diritti fondamentali, modella il diritto di replica in funzione di tale esigenza, avendo presente non un contraddittorio astratto e puramente ipotetico ma quello che attraverso le deduzioni delle parti viene in concreto a delinearsi come correlativo allo specifico oggetto della controversia. (Corte Costituzionale, sent. n. 321/2007).

O *Codice di Procedura Civile* prevê, no art. 101, sob a rubrica de *Principio del contraddittorio*:

Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa. Se ritiene di porre a fondamento della decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità,

11 DE CRISTOFARO, Marco. La motivación de las decisiones judiciales. *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*. 19.12.2014, Disponível em: <<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?Hash=b7dc26db3337e923381faf28a67cc3a4>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

12 “Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.”

13 CHIARLONI. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”. *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 569 ss.

14 “Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.”

um termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione.

Esse dispositivo foi incorporado ao Código de Processo Civil Italiano pela minirreforma ocorrida em 18 de julho de 2009, albergada pela Lei 69/2009. Essa mesma regra já estava prevista no art. 183, §4.^{o15}, do CPC e no art. 384, §3^{o16}, do CPC, introduzido pela reforma de 2006. Mas ambos os dispositivos eram objeto de interpretação restritiva. O descumprimento, pelo juiz, da regra do primeiro dispositivo não gerava nenhuma consequência. Quanto ao segundo dispositivo, sua interpretação quedava-se circunscrita às questões de mérito decididas pela Corte de Cassação, com exclusão das questões passíveis de serem conhecidas, de ofício, pelo magistrado. Implicitamente, sustentava-se que uma determinada questão pudesse ser resolvida da mesma maneira, tanto quando fosse previamente discutida pelas partes em contraditório, tanto quando fosse solitariamente decidida pelo juiz.

Ora, esse entendimento vai em sentido totalmente oposto ao que prelecionam os arts. 24 e 111 da Constituição Italiana, ao proclamarem inviolável o direito de defesa e ao prescreverem que cada processo deve se desenvolver com o contraditório das partes.

Para Grasso, a obrigação do juiz de submeter à discussão das partes questões reveláveis de ofício, antes de proferir a decisão, possuía como fundamento o “principio della leale collaborazione fra le parti e il giudice”¹⁷, a fim de salvaguardar a correta e efetiva aplicação do contraditório.

Segundo Carnelutti, o princípio do contraditório possui como fundamento a igualdade entre as partes, igualdade esta que é violada quando o juiz aventa uma questão não submetida à luz do contraditório, assumindo a postura de defensor da parte que se beneficia da referida decisão.¹⁸ Comungando desse entendimento, Picardi afirma que: “Il contraddittorio in senso forte ha una funzione compensativa delle inegualianze che, per la natura delle cose, esistono fra le parti [...]; esso comporta che il processo assicuri reciprocità ed ugualianza [...].”¹⁹

15 “Nell’udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d’ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione.”

16 “Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d’ufficio, la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione.”

17 GRASSO, E. La collaborazione nel processo civile. *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 607 ss.

18 CARNELUTTI, F. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

19 PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milão: Giuffrè, 2006. p.212.

Com relação às questões que podem ser levantadas de ofício pelo juiz, temos os fatos e as normas. Não é possível saber *ex ante* se a questão a ser reconhecida de ofício pelo juiz trata-se de questão de fato ou de direito. Portanto, o comportamento do juiz deve ser o seguinte: sinalizar a questão e ouvir a parte, ao final do qual poderá se saber se a questão pode ser qualificada de direito (porque as partes levantaram apenas questões de interpretação e aplicação da norma) ou de fato (porque as partes levantaram questões atinentes à existência de fato histórico relevante ou fatos impeditivos de direito).

Nesse caso, o art. 101, §2.º, CPC, prevê que o juiz deverá fixar um prazo para que a parte apresente “memoriais”. Se os argumentos da parte disserem respeito apenas a questões de direito, o juiz poderá manter a causa na fase decisória, e decidi-la levando em conta as ponderações da parte. Caso contrário, se os argumentos da parte disserem respeito a questões de fato, é necessário retornar à fase instrutória²⁰.

Comoglio (2006, p. 758) alerta que o juiz fica obrigado a “provocare preventivamente il contraddittorio pieno delle parti su ogni questione, di fatto o di diritto, avente incidenza decisória, che egli ritenga di rilevare d’ufficio, riservandosi poi di porla a fondamento della successiva sua pronuncia.”

Para Gradi, não se deve interpretar o art. 101 do CPC Italiano de maneira restritiva. Segundo o autor, é preciso conferir às partes a possibilidade de realizar, totalmente, sua própria defesa, no tocante às novas questões levantadas pelo magistrado. Nesse sentido, a norma inclui o direito de alegar fatos novos, de apresentar novos documentos, de requerer novos meios de prova, de modificar a demanda e exceções já formuladas, entre outras. Defende o autor que, ainda que o dispositivo previsto no art. 101, §2.º, CPC, refira-se apenas a memoriais sobre as questões postas de ofício pelo juiz, não se pode furtar as partes de praticar todas as atividades de defesa decorrentes daquelas alegações. Não há sentido em permitir que as partes reajam às questões levantadas pelo juiz, por meio de memoriais, sem, posteriormente, permitir o cumprimento dos atos necessários à comprovação das alegações deduzidas nesta peça processual. Somente assim pode-se dizer que o efetivo contraditório foi respeitado, pois, consentir uma defesa incompleta equivale, pelo menos em alguns casos, a não consentir defesa alguma.²¹

No direito italiano, atualmente, a sentença de “terza via” é considerada nula, consequência expressamente prevista no art. 101, §2.º, CPC. Segundo

20 LUISO, Francesco P. *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/83/Luiso,%20terza%20via.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

21 GRADI, Marco. *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”*, p. 834.

Luiso, “la nullità della sentenza costituisce lo strumento indispensabile per il raggiungimento dello scopo che il legislatore si è preferito.”²²

Entretanto, nem sempre foi assim. A doutrina dividia-se entre aqueles que entendiam ser a decisão-surpresa nula e aqueles que defendiam ser a declaração de nulidade da decisão-surpresa mera formalidade.²³

Segundo Luiso:

[...] se la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza recente già propendevano per la tesi della nullità della sentenza, il testo di riforma sembra avallarla in modo pieno ed incondizionato. La riconduzione dell’attività dell’indicare le questioni sotto l’egida del contraddittorio ha sottratto terreno al principio della collaborazione tra giudice e parti. La menzione espressa della nullità ha reso superfluo il ricorso alla categoria delle nullità ‘virtuali’ od ‘extraformali’ o all’argomento dello ‘scopo’ degli atti processual.²⁴

Por outro lado, Chiarloni, apesar de entender que o juiz possuía a obrigação de submeter as questões reconhecíveis de ofício ao debate pelas partes, defendia que seu descumprimento não gerava nulidade da decisão; tratava-se apenas de “illicito deontológico”. Para o autor, reconhecer a nulidade da decisão-surpresa não passava de um caso de formalismo de garantias.²⁵

Posteriormente, Chiarloni alterou seu entendimento, no sentido de defender a declaração da nulidade da decisão de “terza via” em concreto, mas não por meio de uma análise em abstrato.²⁶ Isto é, a parte, ao alegar que teve seu direito de defesa violado, necessitaria comprovar que a violação ocorreu no caso concreto.

Durante algum tempo, a Corte de Cassação manteve-se contrária à nulidade da sentença-surpresa, entendendo irrelevante a falta do contraditório sobre questões tardiamente conhecidas de ofício. Argumentava-se o fato de o

22 LUISO, Francesco P., *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/83/Luiso,%20terza%20via.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

23 Nel primo senso, v., in particolare, F.P. Luiso, *Questione rilevata di ufficio e contraddittorio*, cit., 1363 ss.; L.P. Comoglio, «Terza via» e processo «giusto», cit., 755 ss.; E. Fabiani, *Rilievo d’ufficio di «questioni» da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, cit., 3176 ss.; nel secondo, S. Chiarloni, *La sentenza della «terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, cit., 1363 ss.; E.F. Ricci, *La sentenza della «terza via» e il contraddittorio*, cit., 750 ss.

24 LUISO, Francesco P. *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/83/Luiso,%20terza%20via.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

25 CHIARLONI, S. *Questioni rilevabili d’ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”*. *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 569 ss.

26 Id. *La sentenza “della terza via” in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* *Giur. it.* 2002; 1363 ss.

art. 183, § 2.º (substituído pelo § 3.º e, posteriormente, pelo §4.º) trazer apenas uma faculdade ao juiz de submeter à discussão a questão conhecida *ex officio*.²⁷

Posteriormente, a sanção da nulidade passou a ser uma consequência abraçada pela Corte de Cassação italiana, em decisão à época considerada “rivoluzionaria” no sentido de considerar “nulla la sentenza che si fonda su una questione rilevata d’ufficio e non sottoposta dal giudice al contraddittorio delle parti”.²⁸ Nesta decisão a Corte declarou a nulidade da decisão impugnada na qual o juiz havia conhecido uma questão de nulidade ou inexistência de um ato administrativo sem submetê-la à discussão entre as partes.

Na mesma diretriz, coloca-se esta decisão da Corte de Cassação proferida em 2005:

La violazione del dovere di collaborazione, integrata dalla mancata segnalazione delle questioni che il giudice ritiene di sollevare d’ufficio, determina, nel caso in cui si tratti di questioni che aprono nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale, nullità della sentenza per avere violato il diritto di difesa delle parti (art. 24 Cost.), privandole dell’esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria. (Corte di Cassazione, Sez. III civ., Sentenza n. 16577, decisão de 05.08.2005).

Uma outra decisão da Corte de Cassação, também de 2005, afirma que a não submissão das questões reconhecíveis de ofício, ao contraditório das partes, conduz à violação do dever de colaboração do juiz com as partes, dever esse intrínseco a sua posição de terceiro na relação processual.²⁹

Os meios para a impugnação da sentença de “terza via” são o “appello”, caso a decisão seja uma “sentenza di primo grado” e o “ricorso in cassazione”, caso a decisão seja uma “sentenza di appello”.

A impugnação da sentença “a sorpresa” por meio de “apello” deve ser acompanhada dos atos processuais que a parte não teve oportunidade de praticar em primeiro grau³⁰. Seu acolhimento não implica em devolução do processo ao juízo de primeiro grau, mas no desenvolvimento dos atos processuais pretendidos, perante o segundo grau. A prática desses atos seria impedida, em

27 Cass., 10 agosto 1953, n. 2694, in Foro it. 1954, I, 1276 ss.

28 Cass., sez. I, 21 novembre 2001, n. 14637.

29 Cass., 31 ottobre 2005, n. 21108.

30 “Non può, infatti, essere pronunciata la nullità per inosservanza di atti del processo – si legge nella motivazione della richiamata pronunzia – se la nullità non è comminata dalla legge: una disposizione in tal senso manca nell’art. 183 cod. proc. civ. come sanzione dell’omessa indicazione alle parti delle questioni rilevabili di ufficio”. (Corte de Cassação, n. 15.705, 07/2005).

sede de segundo grau de jurisdição, pela preclusão prevista no art. 345³¹, CPC. Entretanto, o dispositivo excepciona esta regra caso a parte demonstre que não teve oportunidade de produzir referidos atos na primeira instância, de modo a se prestigiar o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Diante da Corte de Cassação, a possibilidade de se declarar a nulidade da sentença impugnada é um pouco limitada, considerando que diante desta Corte não é cabível instrução probatória. Se a impugnação trazer questão de fato, a Corte deve cassar a decisão e enviá-la ao juízo *a quo* para prolação de uma nova. Por outro lado, se a impugnação versar sobre questão de direito, a Corte de Cassação pode cassá-la e pronunciar decisão substitutiva.

Para Luiso existe mais uma diferença entre a alegação de nulidade em “appello” e em “ricorso in cassazione”. Em ambos os casos, a parte deve deduzir a nulidade, bem como apresentar os argumentos que teria apresentado caso o juiz tivesse obedecido a determinação de ouvi-la, ou seja, se tivesse sido aberto o contraditório. Entrementes, caso a questão posta seja de fato, no “appello” essa última atividade deve ser feita integralmente, qual seja, a parte deve produzir a prova da alegação aduzida, por meio de documentos, ou ainda, requerer a produção de provas. Lado outro, no “ricorso in cassazione”, a parte apenas apresenta suas alegações, devendo a atividade instrutória ser realizada perante o juízo *a quo*.³²

Na hipótese de a Corte de Cassação pronunciar decisão nula, em desobediência ao estabelecido no art. 101, CPC, é cabível a “revocazione”, prevista no art. 391-bis, CPC.

Se, de outra maneira, nenhuma das partes alega a nulidade do provimento jurisdicional proferido em descumprimento ao art. 101, CPC, isso revela a irrelevância da nulidade naquela hipótese.

No direito italiano impõe-se a exigência de se demonstrar efetivo prejuízo com a quebra do contraditório, “[...] che la nullità del procedimento possa riflettersi sulla sentenza, qualora la questione rilevata sia ininfluyente ai fini della decisione, oppure quando risulti che la mancata rilevazione della stessa avrebbe comunque condotto allamedesima decisione”.³³ Ou seja, o sucumbente deve demonstrar concretamente que teve seu direito de defesa violado, não sendo possível

31 “Nel giudizio d’appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono essere dichiarate inammissibili d’ufficio.

Possono tuttavia domandarsi gli interessi, i frutti e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa. Non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d’ufficio. Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio.”

32 LUIISO, Francesco P. *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/83/Luiso,%20terza%20via.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

33 GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. cit., p. 840.

apenas a alegação em abstrato. Ao alegar o vício de nulidade da decisão-surpresa, a parte deve especificar qual atividade de defesa ela fora impedida de realizar por conta do vício *in procedendo*. Isto implica dizer que, segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial italiano prevalente, não basta a alegação *in abstrato* de ofensa ao direito de defesa ou de prejuízo *in re ipsa*.

Caso contrário, o vício é sanável. Segundo Gradi, esta solução pode ser inferida do art. 156³⁴, CPC, que rechaça o formalismo inútil, e pelo art. 157, §2.³⁵, CPC. Conforme art. 159, §1.³⁶, CPC, a nulidade do procedimento não se reflete na sentença, quando a questão conhecida de ofício pelo juiz, sem observância do contraditório, não tenha influência sobre a decisão ou quando a ausência do conhecimento da questão, *ex officio*, culmine na mesma decisão. Por outro lado, o art. 159, §2.³⁷, CPC, preleciona que o vício que recair apenas sobre um capítulo da sentença não deve culminar em sua nulidade integral, segundo o princípio *utile per inutile non vitiatur*.³⁸

3 A GARANTIA DA NÃO-SURPRESA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A leitura do contraditório como garantia de influência já havia sido realizada em vários países europeus.

Na Alemanha, o art. 103, §1.º, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha que prevê a “pretensão de audiência jurídica” foi interpretado pelo Tribunal Constitucional Federal como uma proibição de o tribunal não decidir com base em fatos e provas que não haviam sido submetidos ao exame das partes. O juiz teria o dever de provocar o debate preventivo entre os demais sujeitos processuais.³⁹

Na França, o art. 16 do Nouveau Code de Procédure Civile prevê que:

Le juge doit, em toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. [...] Il ne peut fonder sa décision

34 “Non puo’ essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge. Puo’ tuttavia essere pronunciata quando l’atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo. La nullità non puo’ mai essere pronunciata, se l’atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato.”

35 Soltanto la parte nel cui interesse è stabilito un requisito puo’ opporre la nullità dell’atto per la mancanza del requisito stesso, ma deve farlo nella prima istanza o difesa successiva all’atto o alla notizia di esso.

36 “La nullità di un atto non importa quella degli atti precedenti, né di quelli successivi che ne sono indipendenti.”

37 “La nullità di una parte dell’atto non colpisce le altre parti che ne sono indipendenti.”

38 GRADI, Marco. *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”*. op. cit., p. 839.

39 WALTER, Gerhard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco, *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, p. 734, jul./set. 2001.

sur les moyens de droit qu'il ' relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.

Na Áustria, um dos pontos da reforma processual civil de 2002, foi a proibição da decisão-surpresa, no §182 a.

Também o Código de Processo Civil português de 2013, houve essa previsão no art. 3.3.⁴⁰

Mesmo antes da aprovação do novo CPC brasileiro, a doutrina especializada já havia definido a proibição da decisão-surpresa como um desdobramento da garantia do contraditório^{41 42} e da cláusula do devido processo legal.⁴³ Até mesmo a jurisprudência já havia sinalizado entendimento consoante a proibição da decisão-surpresa, ao determinar a oitiva do embargado, em caso de embargos de declaração com possíveis efeitos infringentes.⁴⁴

Com o novo CPC de 2015, essa proibição foi expressamente prevista pelo art. 10, *in verbis*:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.⁴⁵

O novo CPC teve como premissa o princípio da cooperação para idealizar uma nova forma de cognição, permeada na ideia de que um debate bem construído pode culminar em decisões melhor elaboradas. Tem-se observado que decisões fundadas em debates densos provocam diminuição da duração do processo, por serem alvo de um número reduzido de recursos ou por reduzir a chance de seu acatamento.

40 "O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem."

41 BUENO, Cássio Scarpinella. *Projetos de novo código de processo civil comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 44.

42 "Embora os princípios processuais possam admitir exceções, o do contraditório é absoluto, e deve sempre ser observado, sob pena de nulidade do processo. A ele se submetem tanto as partes como o próprio juiz que haverá de respeitá-lo mesmo naquelas hipóteses em que procedem o exame e deliberação de ofício acerca de certas questões que envolvem matéria de ordem pública" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 49 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I, n. 24, p. 32).

43 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24.3, p. 225, 2010.

44 STF – 1.ª T., RE ED n. 144.981/R, Rel. Min. Celso de Mello, julg. Em 11.04.95 in DJU de 08.09.95, p. 28.362 e STF – 2.ª T., HC n. 74.735/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. Em 11.03.97 in DJU de 16.05.97, p. 19.951. No processo do trabalho, cf. OJ-SDI I n. 142, do Tribunal Superior do Trabalho.

45 Regra equivalente encontra-se no art. 101 do CPC italiano, conforme se verá mais adiante.

O órgão jurisdicional não pode decidir com base em um argumento não posto pelas partes no processo, sem antes submeter a questão à discussão das partes. Trata-se de exercício democrático e cooperativo do poder jurisdicional. Neste sentido, evita-se uma decisão-surpresa. Isso porque, conforme preleciona Cunha:

O Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos seus órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para aplicação das normas jurídicas.⁴⁶

Segundo THEODORO JÚNIOR e al. (2015, p. 101):

Os princípios constitucionalizados do processo exigirão do juiz que mostre de forma ostensiva como formou sua decisão: ele não pode decidir questões de ofício sem consulta prévia às partes; não pode citar leis/precedentes/súmulas sem mostrar como elas se aplicam ao caso; não pode fazer ‘ponderações’ de princípios sem igualmente mostrar sua pertinência às especificidades dos autos.

A decisão-surpresa é uma decisão nula por ferir frontalmente o princípio do contraditório.

O novo CPC trouxe, em vários de seus artigos, previsões de aplicação da proibição da decisão-surpresa.

O art. 772, II impõe o dever de o juiz advertir o executado que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça, antes de punilo por esse ato.⁴⁷

Outro exemplo é o art. 77, §§1.º e 2.º do CPC⁴⁸. Ele impõe a obrigação de o juiz advertir as partes ou terceiros, na ordem ou mandado para cumprimento

46 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 61.

47 “Art. 772. O juiz pode, em qualquer momento do processo:

[..]

II - advertir o executado de que seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça;

[..]”

48 “Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

[..]

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

[..]”

da diligência, de que o comportamento recalcitrante poderá resultar na aplicação da multa. Caso não haja essa comunicação, a multa aplicada é inválida.

Neste sentido, também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 250.781/SP, rel. Min. José Delgado, DJ de 19.06.2000:

Processual Civil. Litigância de má-fé. Requisitos para sua configuração.

1. Para a condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17, do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF/1988, art. 5.º, LV); e que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa.⁴⁹

Os arts. 7.^{o50} e 927⁵¹ também encampam a regra da proibição da não-surpresa.

Há casos, porém, de postergação do contraditório para momento posterior, sendo que alguns exemplos estão previstos no art. 9.º, do NCPC⁵²

Além das hipóteses de concessão de tutela provisória liminar de urgência, de tutela provisória liminar de evidência, e de decisão que determina a expedição de mandado monitório, na ação monitória, também é possível o adiamento do contraditório em decisão que autoriza a expedição de tutela antecipada possessória, prevista no art. 562 do CPC, assim como a tutela provisória no processo de despejo (art. 59, §1.º, Lei n. 8.245/1991), e a tutela provisória no mandado de segurança (art. 7.º, III, Lei n. 12.016/2009).

Nesses casos, o contraditório é postergado considerando a ponderação legislativa entre a efetividade da decisão, diante do perigo, e o contraditório. A prorrogação do contraditório é justificada pelo objetivo de se assegurar eficácia ao processo, quando há necessidade de uma decisão rápida e também pela potencial frustração da medida, caso a outra parte tome conhecimento da demanda.

49 O art. 17 do CPC de 1973 citado no julgado corresponde ao art. 80 do CPC.

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

51 “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]§ 1o Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo.

52 “Art. 9o Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.”

É importante frisar que essas hipóteses de concessão de tutelas liminares não são exceções ao princípio do contraditório, mas sim de emprego *a posteriori* do princípio, assegurando-se a possibilidade de defesa e oposição após o pronunciamento judicial.

Como já dito alhures, o ordenamento jurídico brasileiro também prevê a vedação à decisão-surpresa no processo administrativo, conforme previsão do art. 5.º, LV⁵³, da Constituição Federal de 1988.

No plano federal, a lei que disciplina o processo administrativo, Lei n.º 9.784/1999, prevê no art. 2.º, *caput*, a obediência ao princípio do contraditório, enquanto que seu parágrafo único, inciso XII⁵⁴, dispõe que o impulso oficial do processo não deve prejudicar a atuação dos interessados. O art. 3.º, inc. III, prevê ao administrado o direito de “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”. Observa-se que essa previsão nada mais é do que a possibilidade de o administrado influenciar a decisão administrativa.

A decisão-surpresa é eivada de vício processual insanável, devendo ser declarada nula, pouco importando se a norma aplicada de ofício pelo juiz está correta ou não. A questão aqui é a violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que não foi conferido às partes o direito de influenciar o mérito da decisão jurisdicional. O vício não decorre do resultado, mas sim do meio. Ainda que o resultado final alcançado pela sentença-surpresa seja o mesmo pretendido pela parte, a decisão é nula.

Existe na jurisprudência brasileira vários acórdãos interessantes sobre o tema. Colacionamos abaixo alguns deles:

A interpretação do diploma legal processual, sob a ótica da Constituição, impõe a observação dos ditames lá postos, de modo que, em uma perspectiva neo-processual, o princípio do contraditório não seja apenas formal, mas também substancial. E dessa configuração decorre a ideia de que as partes não podem ser surpreendidas por uma decisão do magistrado que aborde questão de fato ou de direito que não foi previamente submetida ao contraditório, como na espécie, no que respeita ao valor fixado para a carta de crédito. Agravo retido

53 “[...]”

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]”

54 “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]”

XII - impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

[...]”

desprovido. Apelação provida. Sentença desconstituída. (TJ – RS, 4.º Câ. Cív., Ap. Cív. N, 70039049531, Rel. José Luiz Reis de Azambuja, julg em 04.04.2012).

O princípio da ampla defesa, portanto, é de ser tomado como a possibilidade efetiva de as partes agirem em juízo de modo a se manifestarem, preventiva e tempestivamente, acerca de todas as questões, de fato ou de direito, preliminares ou prejudiciais, de rito ou mérito, que possa influir na decisão judicial, afastando-se, assim, o *Überraschungsentscheidung*, expressão que pode ser traduzida por *decisão de surpresa* ou como *decisão que surpreende* as partes, mediante a solução de uma “questão decisiva”, não prevista nem discutida.⁵⁵

Em 2004, a Supremo Tribunal Federal, em decisão inovadora no âmbito do processo administrativo, demonstrou o início da reverberação da proibição da decisão-surpresa:

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado “Anspruch auf rechtliches Gehör” (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar [...].

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5.º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: [...] 2) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo. [...]

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtenspflicht), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas [...].” (Brasil, STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, MS 24.268/MG, 2004)

55 STJ – 6. T, Proc. HC n. 131.826-MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julg. em 17.03.2011 in DJe 04.04.2011.

A vício processual passível de nulidade deve ser alegado na primeira oportunidade que a parte possui para falar nos autos, sob pena de incidir a preclusão. Ademais, é preciso que a parte comprove o prejuízo sofrido pela violação do contraditório, considerando que não se admite postulação desprovida de interesse.

É importante mencionar que o vício de nulidade atinge as decisões proferidas em qualquer grau de jurisdição, uma vez que a observância do contraditório e da bilateralidade é obrigatória em todos os graus.

O pedido de anulação da decisão jurisdicional pode ser feito por meio do recurso cabível contra aquela decisão, ou por meio de embargos de declaração.

Por outro lado, no âmbito administrativo federal, a impugnação pode ocorrer por meio do recurso previsto no art. 56 da Lei n. 9.784.⁵⁶ Caso seja mantida a ilegalidade, é cabível mandado de segurança ou ação anulatória.

4 CONCLUSÃO

O conceito estático do princípio do contraditório, como sendo a mera garantia de bilateralidade das partes, ou seja, de igualdade formal entre os sujeitos processuais, tornou-se insuficiente no atual contexto democrático no qual se insere a processualística civil.

A interpretação do princípio do contraditório expandiu-se para impor ao juiz o dever de submeter à análise das partes qualquer questão de ordem pública, de fato ou de direito, por ele aventada pela primeira vez em um processo, garantindo, destarte, mais segurança jurídica, transparência e previsibilidade aos jurisdicionados. As partes passam a ter garantido o direito de efetivamente influenciar a decisão jurisdicional, de participar do processo de formação do convencimento do julgador.

Nesse contexto, a decisão-surpresa deve ser proibida do ordenamento jurídico, como sendo uma violação ao princípio do contraditório. Essa temática, malgrado ser uma constante na doutrina estrangeira a algum tempo, surge como novidade legislativa para nós, brasileiros, com a vigência do Novo Código de Processo Civil de 2015. O ordenamento jurídico italiano, desde 2009, prevê a proibição da sentença chamada de “terza via”.

Portanto, o estudo da proibição da decisão-surpresa no direito comparado italiano nos auxilia na árdua tarefa de concretizar a aplicação do princípio do contraditório pleno no direito brasileiro, aproveitando-se a experiência já adquirida na Itália.

⁵⁶ “Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.”

REFERÊNCIAS

BRASIL, *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017.

BRASIL, *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Projetos de novo código de processo civil comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista Di Diritto Processuale*, Milano: CEDAM, 2005, v. 2, n. 2, p. 449-464.

CARNELUTTI, Francesco, *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

CAVANI, Renzo. Contra as 'nulidades-surpresa': o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 2013, n. 218, p. 65-80.

CHIARLONI, Sergio. La sentenza "della terza via". In: *Cassazione: um altro caso di formalismo delle garanzie?* Giur. it. 2002; 1363 ss.

_____. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie". In: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 569 ss.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionale e "giusto processo"* (modelli a confronto). Disponível em: <http://www.judicium.it/old_site/news/garanzie_gisuto_processo.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*. Disponível em: <[http://www.treccani.it/enciclopedia/questioni-rilevabili-d-ufficio-e-contraddittorio_\(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto\)/>](http://www.treccani.it/enciclopedia/questioni-rilevabili-d-ufficio-e-contraddittorio_(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto)/>). Acesso em: 14 jan. 2017.

_____. "Terza via" e processo "giusto". *Rivista di Diritto Processuale*, Milano: CEDAM, 2006. ,

COSTANTINO, Roberta. *Principio del contraddittorio e decisioni della "terza via"*. Disponível em: <<http://www.contabilita-pubblica.it/Archivio11/Dottrina/Costantino.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2017.

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

DE CRISTOFARO, Marco. La motivación de las decisiones judiciales. *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*. 19.12.2014, Disponível em: <<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?Hash=b7dc26db3337e923381faf28a67cc3a4>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

DENTI, Vittorio. *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. Dall'azione al giudicato*. Padova: CEDAM, 1983.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*/Fredie Didier Jr., 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. V.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1983.

FRANÇA, *Code de Procédure Civile*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D01ADA4E54A4D4F2E88242AF9D91C200.tpdila09v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006149639&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20170115>. Acesso em: 15 jan. 2017.

GIORDANO, Andrea. *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*. Riflessioni sulle pronuncie 'a sorpresa' ala luce del nuovo art. 101 comma 2, cod. proc. civ. Disponível em: <<http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?co m=statics&option=index&cID=231>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità dela sentenza della "terza via", *Rivista di Diritto Processuale*, Milão, ano LXV, n. 4, p. 826-848, jul a agosto 2010.

GRASSO, E. La collaborazione nel processo civile. *Rivista Diritto Processuale*, p. 607 ss, 1966.

ITÁLIA, *Codice di Procedura Civile*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

LUISO, Francesco P., *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/83/Luiso,%20terza%20via.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

_____. Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza rivoluzionaria? Giustizia civile. *Rivista Mensile di Giurisprudenza*, v. LII, t. II, parte I, 2002.

MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, p. 389-414, jan./dez. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. n. 24.3.

PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milão: Giuffrè, 2006.

SMITH, Hans. Constitutional guarantees in civil litigation in the United States of America. In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (Org.) *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Milano: Giuffrè, 1973.

STRECK, Lenio; DELFINO, Lúcio (*et al*). A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. *Consultor Jurídico*, 23.12.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I, n. 24.

WALTER, Gerhard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco, *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, p. 734, jul./set. 2001.