

# Publicações da Escola da AGU

---

## II Curso O Processo Civil na Itália e no Brasil: uma visão comparada

---

volume 10 - n. 02 - Brasília-DF, abr./jun. 2018

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 10	n. 02	p. 1-208	abr./jun. 2018
------------------------------	----------	-------	-------	----------	----------------

# 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

Maria Aparecida Araujo de Siqueira

## DIREÇÃO GERAL DA AGU

Maria Aparecida Araujo de Siqueira	Secretária-Geral de Consultoria
Sérgio Eduardo de Freitas Tapety	Procurador-Geral da União
Fabrício da Soller	Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos	Consultor-Geral da União
Leonardo Silva Lima Fernandes	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
Júnia Cristina França Santos Egídio	Secretária-Geral de Administração
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor-Geral da Advocacia-Geral da União

## ESCOLA DA AGU

Diogo Palau Flores dos Santos	Diretor
Douglas Henrique Marin dos Santos	Coordenador Geral de Ensino
Andrea Maria Nogueira Cajueiro	Coordenadora-Geral Administrativa

## EDITOR RESPONSÁVEL

Diogo Palau Flores dos Santos

## CONSELHO EDITORIAL

Douglas Henrique Marin dos Santos: Escola da AGU Ministro Victor Nunes Leal  
Ana Paula Ferreira Serra: Procuradora Federal de Campinas  
Katarine Keit Guimarães Fonseca de Faria: Advogada da União  
Letícia Nunes Sampaio: Procuradora Federal de Minas Gerais  
Liliana Saraiva de Oliveira: Procuradora Federal do Maranhão

**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.

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral, a partir do ano IV, n° 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 .....	1
Do Surgimento do Instituto da Mediação como Forma Alternativa de Solução de Conflito e da sua Presença no Ordenamento Jurídico Brasileiro e Italiano <i>The Advent of the Mediation Institute as an Alternative Form of Conflict Resolution and its Presence in Brazilian and Italian Legal Systems</i> <i>Adriana Brandão Wey</i> .....	7
Novas Possibilidades de Conciliação na Administração Pública: lei da arbitragem, lei da mediação e CPC/2015 <i>New Possibilities for Conciliation in the Public Administration: arbitration law, mediation law and CPC/2015</i> <i>Ana Paula Ferreira Serra</i> .....	19
Pode Haver Estabilidade de Tutela Satisfativa Antecedente Contra a Fazenda Pública? <i>There is Provisional Protection Against Public Power?</i> <i>Ana Paula Sanzovo de Almeida Prado</i> .....	33
A Responsabilidade Processual Agravada. Artigo 96, Código de Processo Civil Italiano <i>Aggravated Procedural Responsibility. Article 96, Italian Civil Procedure Code</i> <i>Clovis Martins Ferreira</i> .....	43
O (nem tão) Novo Processo de Execução Civil no Brasil e o Sistema Italiano: o descolamento entre os dois modelos? <i>The (not so) New Procedure of Civil Enforcement in Brazil and the Italian System: separation between the two models?</i> <i>Erik Noleta Kirk Palma Lima</i> .....	59
O Princípio da Duração Razoável do Processo: uma breve incursão nas experiências brasileira e italiana <i>The Reasonable Time Principle in Judicial Proceedings: a brief analysis of the brazilian and italian experiences</i> <i>Fabricio Duarte Tanure</i> <i>Rodrigo Moura Duarte</i> .....	73
A Mediação pela Advocacia Geral da União <i>Mediation by the Union's General Advocacy</i> <i>Fernanda dos Santos Ricciarelli</i> .....	97

Revisitando o Tema “Juiz Instrutor”: uma análise da atividade instrutória ex officio à luz dos princípios estruturantes do CPC/2015- consagração do juiz gestor e do modelo de processo cooperativo? <i>Revisiting the Theme “Instructor Judge”: an analysis of the judge’s investigatory activity in the light of the structuring principles of CPC/2015- consecration of the managing judge and the cooperative process model?</i> Katarine Keit Guimarães Fonseca de Faria .....	109
Poderes Probatórios do Juiz no Brasil e na Italia: perfis comparados <i>Probationary Power of the Judge in Brazil and Italy: compared profiles</i> Letícia Nunes Sampaio Priscila Seifert Viana .....	123
Princípios Processuais Constitucionais do Brasil e da Itália: a garantia ao devido Processo Legal nas decisões judiciais <i>The Procedural Law Principles Inserted in the Brazilian and in the Italian Constitutions: the guarantee of the due process of law in the judicial decisions</i> Liliana Saraiva e Oliveira .....	137
O Princípio da Obrigatoriedade de Motivação no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: exigência de legitimidade das decisões judiciais <i>Principle of Motivation in the New Brazilian Civil Procedure Code: requirement for legitimacy of judicial decisions</i> Marcella Barbosa de Castro .....	151
O Sistema Judiciário Italiano Comparado ao Brasileiro: alguns apontamentos <i>The Italian Judicial System Compared to the Brazilian One: some notes</i> Murilo Albertini Borba .....	167
A Recepção do Direito Romano na Europa e a sua Importância para a Tutela Provisória Prevista no Código de Processo Civil Brasileiro <i>The Reception of Roman Law in Europe and its Importance for the Interim Protection Provided for in the Brazilian Civil Procedure Code</i> Roberta Terezinha Uvo Bodnar .....	181
Limites do Poder-Dever do Juiz na Produção da Prova <i>Limits of Power-Duty of Judge in Production of Evidence</i> Rosária Aparecida Maffei Vilares .....	197

## APRESENTAÇÃO

É com muita satisfação e sentimento de orgulho e de dever cumprido que colocamos à disposição da sociedade jurídica brasileira esta edição da Publicação da Escola da AGU que significa a compilação, em único volume, de artigos apresentados no II Curso O Processo Civil na Itália e no Brasil: uma visão comparada, oferecido pela Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, fruto do Acordo de Cooperação firmado entre a AGU e a Università degli Studi di Roma Tor Vergata, com o apoio da Internacional Experience, ocorrido no período de 13 a 17 de novembro de 2017, na cidade de Roma (Itália).

Evento este que concentrou as inteligências luminares do universo jurídico traduzindo o que de mais recente existia e a sinalização do que estava por vir no mundo jurídico do Direito Processual Civil; uma singela homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover que nos deixou recentemente órfãos.

Restam, por fim, nossos agradecimentos a todos os que, direta ou indiretamente, contribuíram para o sucesso do citado curso e a realização desta obra.

Ana Paula Ferreira Serra

Katarine Keit Guimarães Fonseca de Faria

Leticia Nunes Sampaio

Liliana Saraiva de Oliveira



---

# DO SURGIMENTO DO INSTITUTO DA MEDIÇÃO COMO FORMA ALTERNATIVA DE SOLUÇÃO DE CONFLITO E DA SUA PRESENÇA NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO E ITALIANO

---

*THE ADVENT OF THE MEDIATION INSTITUTE AS AN  
ALTERNATIVE FORM OF CONFLICT RESOLUTION AND ITS  
PRESENCE IN BRAZILIAN AND ITALIAN LEGAL SYSTEMS*

*Adriana Brandão Wey*

*Procuradora Federal atuante no Subnúcleo de Tribunais do Núcleo de Matéria  
Administrativa da Procuradoria Regional Federal da 3ª Região – PRF3. Bacharel em  
Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do conceito de conflito e de jurisdição; 2 Da crise na prestação jurisdicional; 3 Do conceito de mediação; 4 Da mediação na novo Código de Processo Civil Brasileiro. Lei 13.150/15; 5 Da mediação na Itália; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A crise do Poder Judiciário tem provocado a obstrução das vias de acesso à justiça. Nesse cenário, surgiu a criação de meios de solução de conflitos, substitutivos jurisdicionais, para garantir a igualdade material ao acesso à justiça. Entre os meios de *Alternative Dispute Resolution* – ADL, destacamos a mediação. O Brasil contempla a mediação como meio alternativo de solução de conflitos, em especial, na Resolução nº 125/2010 e Código de Processo Civil (Lei nº 13.140/15). A Itália reconhece a prática mediativa para se obter a conciliação, no âmbito civil e comercial, por força do Decreto Legislativo nº 28/2010 e pelo Código de Processo Civil italiano. A mediação, nos dois países, é reconhecida como meio alternativo e eficaz para solucionar conflitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso à Justiça. Meios Alternativos de Resolução de Conflito. Mediação. Mediação no Brasil e na Itália.

**SUMMARY:** The crisis of the Judiciary has caused the obstruction of the access roads to justice. In this scenario, the creation of means of conflict resolution, substitutive jurisdictional, appeared to broaden and guarantee material equality to access to justice. Among the Alternative Dispute Resolution - ADL, we highlight mediation. Brazil considers mediation as an alternative means of conflict resolution, in particular, in Resolution 125/2010 and Code of Civil Procedure (Law 13.140 / 15). Italy recognizes the mediation practice in order to obtain conciliation, in the civil and commercial sphere, by virtue of Legislative Decree No 28/2010 and the Italian Code of Civil Procedure. Mediation in both countries is recognized as an effective means of resolving conflicts.

**KEYWORDS:** Access to Justice. Alternative Means of Conflict Resolution. Mediation. Mediation in Brazil and Italy.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo demonstrar a evolução no surgimento do instituto da mediação, enquanto meio alternativo de resolução de conflitos - *Alternative Dispute Resolution* – ADL, como instrumento para ampliar e garantir a igualdade material no acesso à justiça.

Esta pesquisa assinala que o referido instituto surge como resposta diante da grave crise que assola o Poder Judiciário, na tentativa de garantir o acesso à Justiça de forma mais eficiente, cumprindo assim o verdadeiro papel da prestação jurisdicional.

Por fim, analisa a figura da mediação no sistema jurídico civil brasileiro e italiano, para, então, atingir as conclusões que ordena o motivo do trabalho.

### 1 DO CONCEITO DE CONFLITO E DE JURISDIÇÃO

A palavra “conflito” deriva do latim *conflictus* e significa choque, embate, combate. O conflito é uma contingência da condição humana, uma vez que faz parte de sua psicologia buscar permanentemente satisfazer as suas motivações e, como o homem é um ser social, no seu convívio em sociedade, com outros homens que certamente também buscam satisfazer suas motivações, surgem inevitavelmente conflitos de expectativas, valores ou de interesses comuns. Assim, todo relacionamento humano carrega consigo, implicitamente, a possibilidade de existência de um conflito.

Existem numerosos autores de diferentes áreas que oferecem muitos conceitos relativos ao conflito; todos apresentam enfoques distintos originários de determinadas crenças e valores. De forma mais simples pode-se defini-lo como um conjunto de propósitos, métodos ou condutas divergentes, que acabam por acarretar um choque de posições antagônicas, em um momento de divergências entre as pessoas, sejam físicas, sejam jurídicas. O choque de posições citado é fruto da conscientização de que a situação vivenciada pela pessoa a deixa desconfortável e a faz solicitar a outra a possibilidade de mudança. Mudança é toda e qualquer modificação da realidade vivenciada naquele momento. Não há conflito sem mudança. A mudança, ou a perspectiva dela, conduz ao conflito, ainda que nem toda mudança ocasione um conflito. (SAMPAIO, 2017, p. 30)

Instaurado o conflito, o Direito surge como a solução imediata de prevenção ou solução do mesmo, com a finalidade de manutenção da estabilidade social, dentro dos parâmetros ditados pelos próprios membros da sociedade.

Excetuando-se raríssimos casos admitidos na legislação nacional de autotutela, como por exemplo, na legítima defesa da propriedade, regulado

pelo § 1º do artigo 1210 do Código Civil Brasileiro <sup>1</sup>, o Estado trouxe para si, com o intuito de busca da paz social, o poder-dever de entregar a tutela jurisdicional à sociedade, materializada através da sentença judicial, em substituição à vontade das partes. É a chamada jurisdição.

Jurisdição é o poder-dever conferido ao Estado de revelar o direito incidente sobre determinada situação concreta trazida a seu exame, efetivando a solução jurídica encontrada a respeito. Sendo manifestação do *imperium* inerente ao Estado, que se funda diretamente na soberania, outro atributo estatal, a jurisdição tem como instrumento próprio de agir a coerção, utilizável frente a resistências descabidas de seu exercício regular. (DELGADO, 2002, p. 665).

A principal função da prestação jurisdicional é a busca da paz social e a estabilidade das relações sociais, através de um processo judicial justo e tempestivo, em atendimento ao princípio constitucional da efetividade e em última instância, em obediência ao direito fundamental do cidadão de acesso à justiça, de acordo com art. 5º, XXXV e LXXVIII<sup>2</sup>, ambos da CF.

A essa altura, nos cabe analisar, ainda que brevemente, a atual crise na prestação jurisdicional.

## 2 DA CRISE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A prestação jurisdicional brasileira está enfrentando uma intensa crise de efetividade, pois de uma lado, há a pressão da sociedade que clama por uma celeridade processual para que a prestação seja efetiva e de outro lado, uma sobrecarga excessiva de processos, o que acaba provocando uma crise de desempenho e a consequente perda de credibilidade do Poder Judiciário.

De acordo com o Prof. Araken de Assis, são três as causas da ineficiência da prestação jurisdicional. Vejamos as suas palavras:

- 
- 1 Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.  
§ 1o O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se *por sua própria força*, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse. (grifo nosso)
  - 2 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito  
LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Em primeiro lugar, os órgãos judiciários se encontram desparelhados para cumprir sua missão. É o que se pode chamar *crise da oferta*. Ademais, à estrutura já precária, dentro da concepção tradicional, aporta número excessivo de conflitos, que se caracterizam pela natureza inteiramente nova. Eles discrepam do gabarito anterior em decorrência do direito ou do interesse posto em causa, das pessoas que tomaram a iniciativa processual, antes desprovidas de efetivo acesso à Justiça e da aplicação, nos últimos anos, de planos financeiros conjunturais. É o que se designará *crise da demanda*. E, por fim, os operadores da cena judiciária, onde o juiz desempenha o papel central, se revelam, com alarmante frequência, alheados da realidade contemporânea, seja nos seus melindrosos aspectos sociais, seja na recepção das próprias modificações legislativas. [...] Trata-se, então, *da crise ideológica*.<sup>3</sup>

Ou seja, podemos resumir as causas da ineficiência da prestação jurisdicional, na falta de material tecnológico do Judiciário, fruto de uma escolha política governamental de utilização de dinheiro público; na existência de uma legislação processual que prestigia um enorme número de recursos, em que se pese a reforma do Código de Processo Civil de 2015, que reduziu esse contingente, como por exemplo, a extinção dos embargos infringentes, e uma formação cultural consubstanciada em um grande apelo aos conflitos judiciais e à busca da sensação de segurança jurídica embutida na decisão judicial.

O aspecto cultural da busca de uma solução jurídica como forma de resolução dos conflitos traz como consequência o aumento cada vez maior de demandas sob a égide do Poder Judiciário, gerando um congestionamento da máquina judiciária e em última análise, de todas as instâncias, desde as ordinárias, como também os Tribunais Superiores e até o Supremo Tribunal Federal, sem contar ainda, que, alcançada a almejada sentença de conhecimento transitada em julgado, dá-se início à famigerada fase de execução, também conhecida pela sua morosidade processual.

Nesse cenário de ineficácia na prestação jurisdicional, em razão dos motivos explanados acima, surge a ideia da utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, como forma colaborativa à função estatal do Poder Judiciário, o que propiciaria uma solução mais adequada aos conflitos e, com o tempo, uma mudança na mentalidade dos litigantes, no que diz respeito ao apego exagerado à busca de uma sentença.

Assim, nesse contexto, surge o fenômeno da mediação como umas das formas alternativas de resolução de conflitos.

---

3 ASSIS, Araken de. Direito comparado e a eficiência do sistema judiciário. *Revista do Advogado*, n. 43, p. 9-25, jun. 1994.

### 3 DO CONCEITO DE MEDIAÇÃO

O termo “mediação” deriva do latim “medius, médium” que, na língua portuguesa, significa meio. Existem muitas definições encontradas na literatura jurídica nacional e internacional. A título exemplificativo, Bernardo Simonetti, estudioso do tema no direito italiano descreve o termo mediação como “*procedura, in apparenza informale, nella quale due più parti com l’aiuto di un terzo neutrale (mediatore) cercano una soluzione del conflitto, che possa essere soddisfacente per tutte le parti.*”<sup>4</sup> (SIMONETTI, 2016, p.16)

Carlos Eduardo de Vasconcelos, na sua obra Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas, assim define tal instituto:

Mediação é método diagonal de solução ou transformação de conflitos interpessoais que os mediandos escolhem ou aceitam terceiro(s) mediador(es), com aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo, a começar pelas apresentações, explicações e compromissos iniciais, sequenciando com narrativas e escutas alternadas dos mediandos, recontextualizações e resumos do(s) mediador(es), com vistas a se construir a compreensão das vivências afetivas e materiais da disputa, migrar das posições antagônicas para a identificação dos interesses e necessidades comuns e para o entendimento sobre as alternativas mais consistentes, de modo que, havendo consenso, seja concretizado o acordo. (VASCONCELOS, 2017, p. 60)

Pois bem: a mediação é um dos métodos existentes nos chamados Métodos de Resolução Adequada de Disputas (RAD) ou Sistema Multiportas de Resolução de Conflitos. Esses métodos são considerados alternativos por se constituírem em opções ao sistema tradicional de justiça. A mediação surgiu de uma tendência liberal em todo o mundo, diante das dificuldades apresentadas pela solução judicial, especialmente a morosidade, incapaz de alcançar uma resolução de conflitos de maneira rápida, eficaz e eficiente.

Apenas a título informativo, nos chamados métodos de Resolução Adequada de Disputas (RAD) ou Sistema Multiportas de Resolução de Conflitos existem outras espécies de busca de composição amigável, além da mediação, quais sejam, conciliação, negociação, arbitragem, *dispute boards*, *mini trials*, *med-Arb*. Esse trabalho, concentrar-se-á na figura da mediação.

Há várias escolas de mediação, como a chamada escola de mediação facilitativa (ou tradicional de Harvard), a escola de mediação avaliativa (ou conciliação), a mediação transformativa e a mediação circular-normativa (ou narrativa). Esses modelos não são estanques, pois dependendo das circunstâncias

<sup>4</sup> Em tradução livre: “um procedimento, aparentemente informal, em que duas ou mais partes com a ajuda de um terceiro neutro (mediador) procuram uma solução para o conflito, que possa ser satisfatório para todas as partes”

e da natureza dos conflitos e da vontade dos mediados, a escolha da escola a ser adotada por ser alterada durante a condução do processo de mediação.

Em resumo, a mediação é um método de resolução de conflitos, em que um terceiro independente e imparcial, denominado mediador, coordena encontros com as partes conflitantes, para que as próprias partes possam analisar qual seria a melhor opção de solução em face do conflito já existente.

O mediador auxilia as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo, indicada para as hipóteses em que se deseja preservar ou restaurar vínculos.

Acrescente-se, por fim, que o mediador tem a autoridade apenas de condução do processo e não da decisão do processo que cabe apenas aos próprios mediados.

#### **4 DA MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. LEI 13.150/15**

O instituto da mediação encontra-se normatizado no ordenamento jurídico pátrio na Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, na Lei nº 13.150/15, que instituiu o novo Código de Processo Civil e na Lei nº 13.140/15, a chamada lei da mediação. Esse conjunto legislativo contempla os meios alternativos adequados à solução de conflitos, no âmbito judicial e extrajudicial.

Observe-se que esse artigo restringir-se-á à análise do instituto da mediação normatizado no Novo Código de Processo Civil, não obstante existam outros meios alternativos de solução de conflitos também contemplados pela legislação nacional, como o da conciliação e não obstante, existam outras normas jurídicas, tais como a Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça e a Lei nº 13.140/15, a chamada lei da mediação.

Pois bem: no novo Código de Processo Civil é possível identificar claramente a preocupação do legislador brasileiro em contemplar meios de alternativos de solução de conflitos. Logo no início, ao tratar do Princípio da Inafastabilidade, traz o novo CPC a ideia de que é dever do Estado tentar promover a solução consensual, devendo os métodos alternativos de solução de conflitos serem estimulados pelos juízes, advogados, defensores públicos e membros do *Parquet*<sup>5</sup>.

5 Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º .....

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

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensuais de conflito deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Para esse mesmo entendimento conduz o disposto no artigo 165 do citado Código:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Imprescindível se ressaltar a importância de harmonização entre a utilização da mediação como forma alternativa de solução de litígios com as garantias processuais, sob pena de se correr o risco de alcançar a pacificação social com sacrifício de dispositivos de natureza eminentemente indisponíveis. Essa é exatamente a inteligência do texto do artigo 166 do Código de Processo Civil<sup>6</sup>.

Um dos artigos mais significativos nessa seara é o artigo 334 do Código Processual<sup>7</sup> que prevê a obrigatoriedade de designação de audiência de conciliação ou de mediação, onde o réu não será citado para se defender e sim para participar de uma audiência de mediação, demonstrando a escolha legislativa de indução à resolução alternativa do conflito.

Nesse artigo percebe-se claramente a intenção pragmática do legislador em diminuir a sobrecarga judicial, utilizando-se de seu poder oficial, na tentativa de redução/solução de demandas, na medida que obriga a tentativa de mediação.

Por fim, cumpre salientar que a preocupação do Novo Código de Processo Civil é com a mediação judicial. O texto não veda a mediação prévia ou a extrajudicial, apenas opta por não a regular, deixando claro que os interessados podem fazer uso dessa modalidade recorrendo aos profissionais liberais.

## 5 DA MEDIAÇÃO NA ITÁLIA

A Itália, apresentando problemas semelhantes aos do Brasil, no sentido de enfrentamento de crise de efetividade do Poder Judiciário, motivada pelo intuito de redução de contencioso judicial, e ainda, seguindo uma tendência dos países anglo-saxões, onde se inseriu as formas alternativas

6 Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

7 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.

de resolução de conflitos , introduziu em seu ordenamento jurídico uma série de normas que regulamentaram a utilização dessas novas técnicas.

A mediação judicial já estava prevista no Código de Processo Civil de 1886 italiano e foi mantida pelo atual código, de 1940, que estipula a tentativa de mediação no curso do processo.

Colocando em prática as decisões da União Europeia que incentivam o uso e a divulgação desses novos métodos, a Itália, por força da Diretiva 2008/52/CE (emitida pela Comissão do Parlamento Europeu), editou a Lei nº 69, de 18 de junho de 2009, que, dentre outras disposições em matéria de desenvolvimento econômico e disposições no Código de Processo Civil, versou a respeito da mediação em seu artigo 60. Exercendo a delegação outorgada pela lei, o Governo, em 04 de março de 2010, editou o Decreto Legislativo nº 28, a fim de regular a mediação em matéria civil e comercial relativas a direitos disponíveis.<sup>8</sup>

O legislador contemplou o instituto da mediação<sup>9</sup> como meio de solução de conflitos , no âmbito judicial e extrajudicial, com a participação do mediador, cujo resultado é a conciliação<sup>10</sup>, ou seja, o acordo amigável que soluciona um conflito, o que revela forte influência com a proposta da escola de Harvard.

Ocorre , porém, que o instituto sofreu grande impacto quando a Corte *Costituzionale* italiana declarou a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo n. 28, de 4 de março de 2010, por excesso de delega legislativa, ou seja, entendeu-se que Decreto excedeu a esfera de sua competência quando estabeleceu a obrigatoriedade da mediação. A Corte entendeu que a finalidade do legislador era incentivar medidas alternativas para resolução de conflitos, com o objetivo de reduzir o contencioso judicial, e nesse contexto, era descabida a obrigatoriedade da mediação, devendo ser aceita apenas se fosse facultativa.

Diante dessa decisão, houve uma diminuição de casos de mediação no primeiro semestre de 2013, em razão de um clima de incerteza e insegurança em torno da credibilidade do instituto. Porém, em agosto de 2013 foram aprovadas novas modificações no Decreto Legislativo n. 28 de 2010 que restabeleceram a obrigatoriedade da tentativa de mediação, que a partir de 20 de setembro de 2013 voltou a ser aplicada.

Com a adoção da mediação no sistema jurídico italiano, o legislador objetiva incentivar a mediação, como forma alternativa de resolução de

---

8 Artigo 2º, Decreto Legislativo nº 28/2010.

9 Artigo 1º, Decreto Legislativo nº 28/2010.

10 O acordo constitui título executivo para fins de execução forçada e inscrição em hipoteca judicial (artigo 12, Decreto nº 28/2010).

conflito e reduzir a sobrecarga de trabalho no Poder Judiciário, garantindo assim a efetividade na prestação jurisdicional.

## 6 CONCLUSÃO

Tanto no Brasil como na Itália existe a cultura de que o único caminho pela busca da solução da lide é através do Poder Judiciário. Ocorre que tal fato leva o sistema judicial pátrio ao exaurimento, incapaz de atender a todos os direitos, interesses e necessidades dos cidadãos.

Nesse ambiente de crise do poder Estatal e da conseqüente ineficácia da prestação jurisdicional, surge a necessidade de utilização de novos instrumentos para resolução de conflitos, os chamados meios alternativos de resolução de conflitos - *Alternative Dispute Resolution* – ADL, na tentativa de garantir uma ordem jurídica justa e de construir uma cultura de pacificação social.

A mediação, enquanto uma das espécies dos meios alternativos de resolução de conflitos, é reconhecida pela legislação brasileira e italiana, no âmbito judicial e extrajudicial, quando a questão litigiosa versar sobre direitos disponíveis.

Em que se pese a resistência em superar o paradigma cultural da busca da justiça através do pronunciamento judicial, não se pode deixar de reconhecer que a mediação representa uma revolução nos hábitos da cultura jurídica e deve ser reconhecida como mais uma forma legítima de solução de conflitos no Estado Democrático de Direito.

O desafio a partir de agora, não é mais o de inserir a mediação no ordenamento brasileiro e italiano, mas sim de zelar para que todas as garantias constitucionais no procedimento sejam cumpridas, proporcionando aos litigantes a possibilidade de construção de uma solução que atenda aos seus interesses, aumentando a sensação de justiça e, por conseqüência, as chances de cumprimento espontâneo das obrigações.

## REFERÊNCIAS

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos?* Brasiliense (Edição Digital), 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. *Revista LTr*; São Paulo, v. 66, n. 6, p. 665, jun. 2002.

---

SIMONETTI, Bernardo. *Mediazione Civile e Commerciale*. Seconda Edizione, Dei Giuridica. 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 5. ed. Método, 2017.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 28, n. 110, p.141-158, abr./jun. 2003.

PISANI, Andrea Proto. Appunti su mediazione e conciliazione. *Revista de Processo*, ano 35, n. 187, set. 2010.



---

# NOVAS POSSIBILIDADES DE CONCILIAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: LEI DA ARBITRAGEM, LEI DA MEDIAÇÃO E CPC/2015

---

*NEW POSSIBILITIES FOR CONCILIATION IN THE PUBLIC  
ADMINISTRATION: ARBITRATION LAW, MEDIATION LAW  
AND CPC/2015*

*Ana Paula Ferreira Serra  
Procuradora Federal (PSF/ Campinas)  
Graduada na Universidade de São Paulo*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Referências Legais à Conciliação e Transações na Administração Pública; 2 Referências Jurisprudenciais à Conciliação na Administração Pública; 3 Inovações Trazidas pela Lei da Arbitragem; 4 Inovações Trazidas pela Lei de Mediação; 5 Inovações Trazidas pelo CPC/2015; 6 Vedação Expressa no Direito Processual Pública à Transação; 7 Direito Comparado. Vedação no Direito Italiano; 8 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** No presente artigo se pretende descrever as possibilidades de conciliação na Administração Pública. Apesar de ainda existirem muitas vozes afirmando não ser possível a transação, sempre que estiver envolvido, em algum dos lados, a Administração Pública, as novas legislações nos mostram o contrário. Ademais, percebe-se, na prática, que a conciliação, no âmbito público, visa, sobretudo, à economia aos cofres públicos e a uma maior celeridade na resolução dos conflitos. Elencamos as referências legais e jurisprudenciais relativas à conciliação no direito brasileiro. Tecemos, ainda, algumas referências às recentes inovações e às vedações expressas no Direito Processual Civil. Por fim, fizemos uma pequena comparação do instituto da conciliação, entre o Direito Brasileiro e o Direito Italiano, o qual não permite a transação quando envolver direito indisponível.

**PALAVRAS-CHAVE:** Conciliação. Transação. Administração Pública. Possibilidades. Aspectos Legais.

**ABSTRACT:** This article intends to describe the possibilities of conciliation in the public administration. Although there are still many voices saying that is no possible the conciliation, whenever you are involved, in some of the sides, the public administration, the new legislation shows us to the contrary. In addition, we see in practice, the conciliation, in the public sphere, intending, mainly, the economy to the public coffers. We list the legal and jurisprudential references regarding conciliation in Brazilian law. We have also made some references to recent innovations and prohibitions expressed in Brazilian civil procedural law. In the end, we made a small comparison of the conciliation institute, between Brazilian law and Italian Law, which does not allow the conciliation when to involve right unavailable.

**KEYWORDS:** Conciliation. Transaction. Public Administration. Possibilities. Legal Aspects.

## INTRODUÇÃO

Em muito divergem sob o ponto de vista conceitual a lei, a doutrina e a jurisprudência, quando se trata de definir o que seja a conciliação.

Para uma parte dos processualistas brasileiros e estrangeiros, o conceito de conciliação é amplo, como um gênero, no qual se inserem outras espécies de formas extintivas do processo judicial, quais sejam, transação, renúncia, reconhecimento do pedido e desistência do processo. Para Couture, conciliação é o gênero e a transação é espécie. Sempre que se transige se concilia; nem sempre que se concilia se transige.<sup>1</sup>

De outro lado, assim como Bacellar, Carlos Alberto Carmona define conciliação como um processo técnico que pertence à forma autocompositiva. Para eles, conciliação é o mecanismo de autocomposição assistida por terceiro. Nesse sentido, a transação é o resultado da conciliação, quando as partes chegam a um consenso.

A divergência doutrinária e legal também existe quanto à faculdade ou não das partes buscarem a conciliação, como meio de solução de controvérsias.

Segundo Mancuso, a conciliação é a busca de alternativas ou equivalentes para a resolução de conflitos, sendo que para outros autores, como Carlos Alberto Carmona, o correto seria denominar arbitragem de meio adequado de solução de litígios.<sup>2</sup>

Seguindo essa linha de raciocínio, a leitura apressada do artigo 334 do CPC sugere essa mesma interpretação, uma vez que, ainda de acordo com esse mesmo artigo, o não comparecimento injustificado de qualquer das partes à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça.

A interpretação do artigo supra referido, como sendo a conciliação meio adequado de solução de conflitos, pode levar a um abuso do poder judiciário, na medida em que o magistrado tentará forçar a transação entre as partes, intimidando-as, através da obrigatoriedade do comparecimento à audiência, e impondo, inclusive, multa.

O fato é que, se qualquer meio de autocomposição não for considerado como meio alternativo de solução de conflitos, poderá ser tido como inconstitucional, ferindo o princípio da inafastabilidade da tutela (art. 5º, XXXV, da CF), não querendo isto dizer que o Judiciário deva ser o receptor necessário de toda e qualquer contenda.

1 COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo 1, item n. 4, p. 230.

2 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. Versão, atualizada e ampliada, São Paulo: Atlas, 2009. p. 31

A conciliação, no âmbito judicial, tem se mostrado a melhor maneira de solução de conflitos, diante da expansão da conflituosidade. A sobrecarga do judiciário hoje não mais se sustenta, levando a crer, equivocadamente, que esse poder é incapaz de solucionar as controvérsias que lhe são impostas.

A conciliação, como possibilidade de solução rápida da conflituosidade, mostra-se capaz de proporcionar a real efetividade social, efetividade essa exigida da Administração Pública em sentido lato.

Em que pese a existência do princípio da indisponibilidade do interesse público, a transação, quando envolve a Administração Pública, é possível, desde que preservado o interesse coletivo.

Contudo, a possibilidade de transação envolvendo o interesse público não tem aceitação unânime no direito brasileiro. Sendo indisponível o interesse público, defensores dessa corrente afirmam que, por ser a coletividade titular do interesse, não há como exercer o direito de disposição.

Mas deve-se atentar para o fato de que, dentre os interesses públicos, existem os direitos e interesses patrimoniais públicos, que admitem a transação. Mas atentando-se sempre para o fato de que a disponibilidade não pode ser em favor do administrador, uma vez que esse é gestor da coisa pública.

Como exemplo, tem-se o caso da remissão tributária, quando o crédito é de valor ínfimo. Direito cujo titular é a Administração, e há uma transação em relação a ele, vez que o exercício desse direito se mostraria ineficiente.

Podemos ainda citar exemplo no âmbito previdenciário. Erros às vezes ocorrem quando da análise administrativa de pedido de concessão de benefícios. Uma vez constatada a falha, a melhor solução da controvérsia acaba sendo a conciliação, seja através da transação judicial, oferecendo acordo ao segurado jurisdicionado, seja através do reconhecimento do pedido. Como já constatado, levar adiante demandas desse naipe só gera gastos maiores aos cofres públicos, enfraquecendo a credibilidade da Administração perante o judiciário e perante a sociedade.

Em suma, transacionar no âmbito da Administração Pública não significa abdicar do interesse público. Pelo contrário. Deixando de lado a literalidade da lei, o caso concreto mostrará o caminho para a solução da lide, sempre levando em conta atender o interesse coletivo.

## **1 REFERÊNCIAS LEGAIS À CONCILIAÇÃO E TRANSAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Aqui se nota uma alternatividade entre conciliação e transação, fazendo pensar que uma pode não estar conceitualmente contida na outra.

Na conciliação, pode ou não haver concessões recíprocas entre as partes, devendo essa existir quando se fala em transação.

A legislação civil, a começar pelo Código Civil, admite a transação, o que o faz em seu artigo 842, estabelecendo a forma como deve ser concretizado o negócio jurídico, com o escopo a extinguir direitos obrigacionais em litígio mediante consenso das partes. A capacidade para transacionar está ligada à capacidade jurídica plena e à disponibilidade do bem objeto da transação.

Já o Código de Processo Civil, em seu artigo 3, incentiva os meios autocompositivos de resolução de conflitos, citando a conciliação e a mediação.

Especificamente no âmbito da administração pública, algumas Leis possuem autorizações genéricas, tais como o parágrafo único do artigo 10 da Lei 10.259/2001, e artigo 8<sup>a</sup>, da Lei 12.153/2009, dependendo de atos normativos.

Os artigos 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup> da Lei 9.469/1997, com a redação dada pela Lei 13.140/2015, autorizam o AGU, o procurador-geral da União, o procurador-geral federal, o procurador-geral do Banco Central do Brasil e os dirigentes máximos das empresas públicas, a autorizar acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios.

O fraco amparo legal à possibilidade de transação, quando envolve a Administração Pública, faz com que o profissional, normalmente o advogado público, não se sinta, muitas vezes, confortável para realizar transações, já que em regra, ele se encontra totalmente sozinho quando da sua atuação.

## **2 REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS À CONCILIAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A jurisprudência pátria vem reconhecendo que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser mitigado, quando a solução a ser dada atenderá da melhor maneira os interesses públicos:

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimização deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático probatória, que é vedado nessa instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso Extraordinário não conhecido (RE nº 253.885, Relato(a): Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, julgado em 04.02.2002, DJ, 21 jun. 2002 pp – 00118 Ement Vol 0207404 pp 00796)

Vale ainda mencionar que a Suprema Corte também já enfrentou questões em que se reconheceu que há direitos que, não se revelam, por si só, indisponíveis. Transcrevemos a ementa sobre o tema:

Administrativo. Mandado de Segurança. Permissão de área portuária. Celebração de clausula compromissória. Juízo arbitral. Sociedade de economia mista. Possibilidade. Atentado.

[...]

5. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relaciona-se a direitos indisponíveis.

6. A doutrina do tema sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF, in litteris: “Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, a Administração.” Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado.

Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como ‘Caso Lage’, no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos.

A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF e de extrema importância porque reconheceu especificamente ‘a legalidade do juízo arbitral’, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda’. Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min. Amaral Santos.

Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes, e recomendável, posto que privilegia o interesse público. “(in “Da Arbitrariedade de Litígios Envolvendo Sociedades de economia Mista e da Interpretação de Clausula Compromissória”, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro/dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, esclarece as páginas 398:399).

7. Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como “disponíveis”, porquanto de natureza contratual ou privada.

8. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”. Lições de Cernelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.

9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do trabalho alheio.

10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede e contrato administrativo.

12. As sociedades de economia mista encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, par. Primeiro, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a incoerência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres.

13. outrossim, a ausência de óbice na estipulação da arbitragem pelo Poder Público encontra supedâneo na doutrina clássica do tema, verbis: [...] Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim, como o juiz no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade. O interesse público não se confunde com o mero

interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça.” (No sentido da conclusão Dalmo Dallari, citado por Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni ourado, em artigo intitulado “Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista”, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, no. 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, à página 418).

[...]

(MS nº. 11.308.DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09.04.2008, DJe, 19 de maio 2008).

### 3 INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI DA ARBITRAGEM

A Lei 9.307/96, que dispõe sobre a Arbitragem, sofreu alterações pela Lei 13.129/15, ampliando o âmbito de aplicação da arbitragem.

No que tange especificamente à Administração Pública, o que antes poderia gerar dúvidas sobre a possibilidade de transação envolvendo pessoa pública, a nova redação legal encerrou qualquer discussão.

Assim dispõe a referida lei:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

[...]

§ 3º A arbitragem que envolva a Administração pública será sempre de direito e respeitara o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

#### 4 INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI DA MEDIAÇÃO

A Lei 13.140/2015, também conhecida como Lei da Mediação, trouxe inovações no âmbito da conciliação, quando envolver órgão público.

Em que pese a referida Lei apenas disciplinar o procedimento da mediação, deve-se aplicar, por extensão, à conciliação.

Os meios alternativos de resolução de conflitos, entre eles a conciliação, foram previstos no Código de Processo Civil, de modo que deve ser feita a interpretação sistemática, uma vez ausente o procedimento detalhado da conciliação na legislação processual.

Segundo Limongi França, “a interpretação não se restringe tão somente aos estreitos termos da lei, pois conhecidas são suas limitações para o bem exprimir do direito, o que, aliás, acontece com a generalidade das formas de que o direito se reveste”.<sup>3</sup>

No que tange à Administração Pública, grandes avanços ocorreram, com a possibilidade de criação de câmaras de conciliação:

Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

§ 1o O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

§ 2o A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3o Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

3 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem Mediação e Conciliação*. 7. ed. p. 285, Forense.

§ 4o Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

§ 5o Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Art. 33. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei.

Parágrafo único. A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

Art. 34. A instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública suspende a prescrição.

§ 1o Considera-se instaurado o procedimento quando o órgão ou entidade pública emitir juízo de admissibilidade, retroagindo a suspensão da prescrição à data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito.

§ 2o Em se tratando de matéria tributária, a suspensão da prescrição deverá observar o disposto na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

## 5 INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO CPC/2015

Uma das principais inovações trazidas pelo novo CPC foi a designação de audiência de conciliação em todos os processos.

A importância dada pelo legislador à prevalência de autocomposição foi tamanha que, se não houver demonstração expressa, por ambas as partes, de que não há interesse na audiência de conciliação, essa será designada, sendo a presença das partes obrigatória.

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.

§ 2o Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3o A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4o A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5o O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6o Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7o A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§ 8o O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 9o As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

## 6 VEDAÇÃO EXPRESSA NO DIREITO PROCESSUAL PÚBLICO À TRANSAÇÃO

A lei que prevê o procedimento especial da *Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa* é a única norma expressa a vedar a transação de interesses públicos ou envolvendo o Direito Processual Público.<sup>14</sup>

O art. 17, quando trata do rito, prevê:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

Tal norma, em confronto com as demais normas que tratam de procedimentos especiais que envolvem ou não a Administração, ou com outras e, ainda, em confronto com o Código de Processo Civil, permite identificar campo no qual o legislador desejou impedir a composição de interesses.

A *contrario sensu*, não havendo impedimento legal, deve-se interpretar que o Direito Processual Brasileiro permite a conciliação, de forma ampla, exceto quando a norma proíbe, como em caso de ação civil pública por improbidade.

## 7 DIREITO COMPARADO. VEDAÇÃO NO DIREITO ITALIANO

No sistema processual italiano, a faculdade de se utilizar a conciliação é limitada às causas onde não há direito indisponível e onde não versem matéria de Direito do Trabalho, Previdência e Assistência Social: “La facolta del trasferimento in arbitrato e limitata alle cause che non hanno

<sup>14</sup> Para um conceito de Direito Processual Público ver: SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público: uma perspectiva metodológica, *Direito Processual Público: A Fazenda pública em juízo*, item n. .

ad oggetto diritti indisponibili e che non vertono in matéria di lavoro, previdenza ed assistenza sociale.”<sup>5</sup>

Essa limitação existente no Direito Italiano dificulta a autocomposição, principalmente no que tange às causas previdenciárias, onde a solução da controvérsia exige uma solução mais rápidas, já que na maioria das vezes estamos diante de pessoas necessitadas, seja por idade avançada, carentes de recursos, ou enfermas.

## 7 CONCLUSÃO

A conciliação no direito brasileiro tem ampliado seu leque de atuação, ajudando a desafogar o judiciário, levando aos jurisdicionados uma prestação mais rápida e mais eficaz.

A pratica vem demonstrando que a legislação pátria, quando bem utilizada, tem ampliado a possibilidade de conciliação inclusive e, sobretudo, no âmbito da administração pública.

A conciliação permite que, ao invés da demora que impera no processo judicial, haja uma solução rápida, com possibilidade de extinção imediata da lide, mantendo a autonomia das partes. A presteza da solução de conflitos traz benefícios para ambas as partes envolvidas no litígio, e particularmente economia aos cofres públicos, mormente nos casos em que esse sai vencido.

A conciliação ainda preserva a garantia constitucional de acesso à justiça, levando ao jurisdicionado uma maior confiança no estado.

## REFERÊNCIAS

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.).

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *A resolução dos conflitos e a função jurisdicional no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

---

<sup>5</sup> GIORDANO, Rosaria; VACCARI, Massimo; MASONI, Roberto. *Arbitrato deflattivo, negoziazione assistita e mediazione*. Milano: Giuffrè Editore, 2016. p. 7.

ROCHA, Eliana Pires. *Conciliação: justiça consensual nos Juizados Federais, Juizados Especiais Federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Org. Jefferson Carús Guedes.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público: uma perspectiva metodológica, *Direito Processual Público: A Fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000. Coords. Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas do Direito Processual Civil*, 9. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1984.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução dos conflitos no Brasil, *Mediação e gerenciamento do processo*. São Paulo: Atlas, 2007. Coord. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe.

SACAVONE Junior, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GIORDANO, Rosaria; VACCARI, Massimo; MASONI, Roberto. *Arbitrato deflattivo, negoziazione assistita e mediazione*. Milano: Giufre Editore, 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINELLI, Dante P.; ALMEIDA, Ana Paula de. *Negociação e Solução de Conflitos*. São Paulo: Atlas, 2014.

---

# PODE HAVER ESTABILIDADE DE TUTELA SATISFATIVA ANTECEDENTE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA?

*THERE IS PROVISIONAL PROTECTION AGAINST PUBLIC  
POWER?*

---

*Ana Paula Sanzovo de Almeida Prado  
Procuradora Federal – PSF Bauru*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A estabilidade da tutela satisfativa concedida em caráter antecedente; 1.1 Requisitos da estabilidade; 1.2 Providências para “desestabilização”; 1.3 Finalidade; 1.4 Dificuldade; 1.5 Direito comparado italiano; 2 Incursões sobre a tutela provisória em face da Fazenda Pública; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho trata da estabilização da decisão concessiva de tutela antecipada, inovação do Código de Processo Civil de 2015, e um instituto inspirado em leis estrangeiras. As tutelas provisórias teriam como função constitucional harmonizar direitos fundamentais em tensão: segurança jurídica de um lado, efetividade da tutela jurisdicional de outro. Voltam-se à duração razoável do processo. A tutela satisfativa requerida de modo antecedente e deferida, não confrontada pela parte contrária, se estabiliza (sem fazer coisa julgada). Essa estabilidade existe no direito italiano. Ao final, o texto pondera sobre a nova disciplina legal e o panorama jurisprudencial da tutela provisória dada contra a Fazenda Pública.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tutela Provisória. Tutela Satisfativa. Tutela Antecedente. Estabilização. Fazenda Pública.

**ABSTRACT:** The present work deals with the stabilization of the concessionary decision of early protection, innovation of the Code of Civil Procedure of 2015, and an institute inspired by foreign laws. The provisional guardianships would have as constitutional function to harmonize fundamental rights in tension: legal security on the one hand, effectiveness of the judicial protection of another. They go back to the reasonable length of the procedure. The satisfactory protection required in an antecedent and deferred way, not confronted by the opposing party, stabilizes (without doing anything judged). This stability exists in Italian law. In the end, the text deals with the new legal discipline and the jurisprudential discipline of provisional protection given against the Public Power.

**KEYWORDS:** Temporary Protection. Satisfactory Protection. Previous Protection. Stabilization. Public Power.

## INTRODUÇÃO

Processo exige tempo! O Código de Processo Civil de 2015 adotou o modelo constitucional de processo, explicitando princípios, como o da efetividade, em seu art. 4º: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

De fato, é previsão do art. 5º da Constituição da República de 1988, em seu inciso XXXV, a inafastabilidade da jurisdição. Há, assim, o direito ao processo.

A tutela provisória dá maior efetividade ao processo. Sem ela, o ônus seria sempre do autor, podendo o réu sentir-se estimulado a utilizar mecanismos para retardar o desfecho do processo. Com ela, o Judiciário pode afastar ameaça que, em razão da demora, o provimento jurisdicional possa sofrer.

O CPC tratou então da tutela provisória em sua Parte Geral, dedicando um livro próprio. Define, no art. 294, que pode fundamentar-se na urgência ou na evidência. E o parágrafo único do dispositivo acrescenta que “a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”.

Ao contrário do que ocorria no sistema anterior, do CPC de 1973, não há mais a possibilidade de processo cautelar autônomo.

Nos dias atuais, o deferimento de tutela provisória ocorre em processo de conhecimento ou de execução, seja em caráter antecedente (preparatório), seja incidentalmente. O gênero “tutela provisória” pode ser fundada na urgência (e ser satisfativa ou cautelar) ou ser fundada na evidência.

Apontam-se procedimentos especiais que preveem a concessão de tutela provisória própria, como a ação de alimentos, por exemplo.

As tutelas provisórias são fungíveis, ficando o juiz autorizado a conceder a medida que entender mais adequada ao caso concreto, a teor do art. 297 do CPC. Trata-se, na verdade, de um “poder-dever”.

Provisória é a tutela em que a cognição do juiz não é exauriente, mas sumária, calcada em verossimilhança ou em evidência, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo. Afasta o perigo a que está sujeito o provimento final, seja antecipando os efeitos da sentença (satisfativa), seja adotando uma medida protetiva (cautelar) ou, ainda, redistribui o ônus da demora na solução do processo quando o direito é evidente.

Todas são examinadas em cognição superficial (o juiz nem sempre terá ouvido todos os litigantes e colhido todas as provas para o seu pronunciamento). Na ocorrência de alterações fáticas, dá-se a mudança de sua decisão. Ao final, são substituídas por um provimento definitivo.

A eficácia da tutela provisória é conservada na pendência do processo, a menos que seja revogada ou modificada, sempre por decisão fundamentada. Na hipótese de improcedência do pedido ou extinção do processo sem resolução de mérito, ela se torna ineficaz.

A tutela provisória não está sujeita à preclusão nem à coisa julgada material, como a decisão proferida em cognição exauriente.

De fato, três características essenciais marcam a tutela provisória:

- Sumariedade da cognição – julgador decide a partir de um juízo de probabilidade;
- Precariedade – a princípio, conserva sua eficácia ao longo do processo, mas pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo;
- Inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada, por ser fundada em cognição sumária e precária.

Tanto a tutela antecipada quanto a cautelar são úteis para afastar uma situação de perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação. A tutela cautelar não antecipa os efeitos da sentença, mas determina uma providência que protege o provimento, que será dado ao final. É tutela satisfativa a concessão liminar da pretensão do autor, condenatória, constitutiva ou declaratória.

A tutela de evidência será sempre incidental, nunca antecedente. Mas a de urgência poderá ser incidental ou antecedente.

A satisfativa, de forma antecedente, segue o art. 303 do CPC. Assim, o autor formula apenas o pedido de antecipação, apresentando uma exposição sumária da lide, do direito que se busca realizar e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Uma vez deferida a tutela antecipada, a inicial deve ser aditada para complementação da argumentação, juntada de novos documentos e confirmação do pedido de tutela final, em 15 dias, ou outro prazo fixado pelo juízo.

## **1 A ESTABILIDADE DA TUTELA SATISFATIVA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE**

O *caput* do art. 300 do CPC traz os requisitos para concessão da tutela de urgência: *fumus boni iuris* (probabilidade do direito) e *periculum in mora* (perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo). Ao magistrado cabe aplicar o princípio da proporcionalidade para análise das situações. Aplica-se a “regra da gangorra”:

quanto maior o “periculum” demonstrado, menos “fumus” se exige para a concessão da tutela pretendida, pois a menos que se anteveja a

completa inconsistência do direito alegado, o que importa para a sua concessão é a própria urgência, ou seja, a necessidade considerada em confronto com o perigo da demora na prestação jurisdicional.” (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 498).

O CPC só prevê a possibilidade de tutelas antecedentes de urgência, podendo ser cautelares ou satisfativas.

É possível o requerimento da tutela de urgência antecedente inclusive no procedimento dos Juizados.

O autor pode formular “petição inicial” simplificada, requerendo a antecipação da tutela satisfativa, demonstrando o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Uma vez deferida, abre-se a possibilidade para aditamento, a fim de se cumprir todos as exigências legais. No aditamento, o autor confirma o pedido principal, indicando as provas que pretende produzir.

Ocorre citação e intimação para a audiência, e também da tutela antecipada deferida, abrindo-se ao réu a possibilidade de recorrer dessa decisão por meio de agravo de instrumento.

Na hipótese de deferimento da tutela, mas não realizado o aditamento pelo autor, o processo será extinto sem resolução do mérito, cessando-se a eficácia da medida antecipatória concedida.

### 1.1 REQUISITOS DA ESTABILIDADE

A novidade do art. 304 no sistema processual brasileiro permite a estabilização da tutela antecipada. É a possibilidade de a decisão, baseada em cognição sumária e sem força de coisa julgada, produzir e manter os seus efeitos, independentemente da continuidade do processo de cognição plena, já que as partes ficaram satisfeitas, conformadas.

A conduta das partes, quando deferida a tutela antecipada antecedente, repercutirá no prosseguimento do processo e estabilidade da medida.

A estabilização, até mesmo por interpretação literal, serve tão somente à tutela antecipada (satisfativa), não valendo para a cautelar (é nesse sentido o enunciado n. 420 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Na tutela cautelar adota-se uma providência protetiva temporária, que deve ser eficaz até o julgamento do pedido principal. A Professora Teresa Arruda Alvim exemplifica com o arresto: “Como se justifica que tal medida subsista por tempo indeterminado, retirando o bem da disposição do devedor, sem permitir, entretanto, a satisfação do direito material do credor?” (Primeiros comentários ao novo CPC, p. 511).

Existe posicionamento doutrinário de que se deva conferir maior eficácia possível ao instituto, admitindo-se a estabilização da tutela antecipada deferida incidentalmente, e até mesmo da tutela de evidência.

Apesar de o dispositivo do art. 303 estampar providência recursal para estabilizar ou não a tutela antecipada, a doutrina ensina que qualquer forma de oposição (contestação, reconvenção) deve ter o condão de evitar a extinção do processo.

De se destacar que mesmo diante da ausência de resistência do réu, se o autor não aditar a petição inicial, ocorrerá a extinção do processo, com a perda da eficácia da tutela antecipada deferida.

### 1.2 PROVIDÊNCIAS PARA “DESESTABILIZAÇÃO”

A tutela antecipada estável só pode ser alterada por decisão de mérito se uma parte demandar contra a outra, no prazo decadencial de dois anos, contado da ciência da extinção do processo.

Há entendimento de que essa nova demanda reabre a discussão do processo extinto, com aprofundamento da cognição, e não altera a distribuição originária do ônus da prova.

Escoado o prazo de dois anos, não há impedimento de que qualquer das partes, respeitados os prazos prescricionais, ingresse com nova demanda, com cognição exauriente, que diga respeito ao mesmo bem da vida discutido na ação que foi extinta, repercutindo assim na antecipação de tutela estável.

De se mencionar a conclusão do enunciado n. 33 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “não cabe ação rescisória nos casos estabilização da tutela antecipada de urgência.”

### 1.3 FINALIDADE

A estabilidade possibilita ao interessado a satisfação de sua pretensão, sem a instauração de um processo de cognição exauriente, quando o adversário não se opõe, pela via recursal, à medida deferida.

É uma tentativa de solucionar mais rapidamente o conflito.

Exemplos doutrinários que trazem utilidade seriam: fornecimento de próteses em relação a plano de saúde; autorização para participar em concurso público; fornecimento de medicamento pela Fazenda Pública.

Vislumbra-se vantagem para réu ficar silente, permitindo a estabilização da tutela: a diminuição do custo do processo (por aplicação analógica do art. 701, *caput* e § 1º, do CPC, não pagaria as custas processuais e pagaria apenas 5% de honorários advocatícios sucumbenciais).

#### 1.4 DIFICULDADE

A doutrina aponta hipoteticamente problema como na hipótese de o réu recorrer e o recurso não ser conhecido. Entende-se que só o recurso intempestivo não impediria a estabilização.

#### 1.5 DIREITO COMPARADO ITALIANO

É novidade do atual sistema das tutelas provisórias a estabilidade instituída pelo art. 304 do CPC. Foi incorporada ao nosso ordenamento por influência francesa.

Esse instituto existe no direito italiano, em que não há revelia se réu citado não contesta a ação, seguindo-se com a fase instrutória; também não há julgamento antecipado; por isso é importante abreviar o processo com a estabilização.

A opção feita pelo novo CPC, em consonância com o direito italiano, de ausência de coisa julgada, se justifica por se tratar de decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, sujeita à confirmação.

### 2 INCURSÕES SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Nas disposições finais e transitórias do CPC, art. 1059, há expressa previsão: “À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.”

O código sintetizou o quadro de restrições legais à tutela provisória, cautelar ou satisfativa (liminar ou não), contra o Poder Público:

- a impugnação, em primeira instância, de ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária do tribunal – ressalvados a ação popular e a ação civil pública;
- medida que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação;
- a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

O STF coloca fora da vedação verbas previdenciárias (enunciado de sua súmula 729). O STJ também tem afastado as normas proibitivas

da tutela provisória contra o Poder Público em casos excepcionais, como no REsp n. 109.743-RS, REsp n. 275.649-SP, REsp 420.954-SC, dentre outros, que revelem o estado de necessidade e a exigência de preservação da vida humana.

De se ponderar que a imposição de trânsito em julgado conferida por emenda constitucional (art. 100, § 5º, CF), para a expedição de precatório, afronta o direito fundamental à tutela preventiva e efetiva. A esse respeito, a doutrina ensina que não se pode confundir trânsito em julgado com coisa julgada.

A antecipação provisória dos efeitos da tutela contra o Poder Público, para pagar quantia, determinada por decisão interlocutória (cognição sumária e inapta a fazer coisa julgada) é possível, corolário do direito de acesso à justiça.

Realmente, a jurisprudência caminha nesse sentido (DIDIER Jr., 2016, p. 652):

No julgamento do REsp n. 834.678-PR, há imposição de pagamento imediato de pensão provisória de cunho indenizatório pelo município, para custeio de despesas médicas e terapêuticas de menor, acometido de encefalopatia grave e irreversível devido à vacina aplicada em posta de saúde;

Na STA 223 AgR/PE, o STF determinou que Estado de Pernambuco pague despesas necessárias à realização de cirurgia de implante de marcapasso diafragmático muscular em benefício do autor, tetraplégico em razão de assalto ocorrido em via pública, para que seja imediatamente devolvida a capacidade de respirar independentemente de respirador mecânico.

Para obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa em face do Poder Público, até mesmo porque não há exigência do precatório, não haveria restrições à concessão da tutela provisória. Entretanto, há algumas particularidades, como em ação possessória contra o Poder Público, não é possível a concessão de tutela provisória sem sua prévia oitiva (art. 562, p. único, CPC).

Em específico, na hipótese de concessão de tutela antecipada antecedente, poderia ser alegada a impossibilidade de imposição do efeito material da revelia quando são indisponíveis os interesses do ente público, para tentar afastar algo mais grave, o efeito da ausência de recurso.

No entanto, semelhante à estabilidade, pode ser apontado o que acontece na ação monitória, em que o juiz expede mandado de pagamento, entrega de coisa, cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer e, se não houver oposição da parte contrária por meio de embargos, há conversão em título executivo judicial.

O CPC/15, em seu art. 701, § 4º, prevê expressamente a possibilidade de ação monitória em face do ente público, o que já estava sumulado pelo

Superior Tribunal de Justiça, em seu enunciado de nº 339. Assim, a ausência de manifestação (embargos) da Fazenda conduz à imediata formação do título judicial. Seria uma tutela de evidência, dada a expedição do mandado monitório respaldado num documento escrito comprobatório da dívida.

Como já mencionado, na concessão da tutela antecipada não é necessária evidência, bastando a mera aparência, aliada à urgência. Nesse enfoque, o sistema admitiria a estabilização em face da Fazenda Pública.

O regramento da ação monitória não dispensa a aplicação do art. 496 do CPC, que trata da remessa necessária.

Entendimento há de que a sentença que extingue o processo declarando a estabilização, sendo contrária ao ente público, deveria ser confirmada pelo tribunal, nos moldes do art. 496 do CPC.

### 3 CONCLUSÃO

A concessão de tutelas provisórias constitui ampliação do acesso à justiça e mecanismo de fortalecimento da efetividade da prestação jurisdicional.

Até porque existe lei que disciplina, é possível tutela provisória em face do Poder Público, só não é nas hipóteses igualmente previstas na lei, e que devem ser compreendidas à luz da interpretação que lhes é dada pelos tribunais.

A estabilização da tutela antecipada é uma generalização da técnica monitória no processo civil brasileiro e, agora no CPC, há regra expressa permitindo o uso dessa técnica em face da Fazenda Pública.

A prática nos dirá sobre os contornos desse novo instituto.

### REFERÊNCIAS

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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.



---

# A RESPONSABILIDADE PROCESSUAL AGRAVADA. ARTIGO 96, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ITALIANO

*AGGRAVATED PROCEDURAL RESPONSIBILITY. ARTICLE 96,  
ITALIAN CIVIL PROCEDURE CODE*

---

*Clovis Martins Ferreira*  
*Pós-graduado lato sensu em Direito Administrativo*  
*Procurador Federal.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Noções gerais da Responsabilidade Agravada; 2 Primeiro parágrafo do artigo 96; 2.1 Sucumbência; 2.2 Má-fé e culpa grave; 3 Segundo parágrafo do artigo 96; 3.1 Inexistência do direito; 3.2 Ausência de normal prudência; 4 Aspectos formais para a condenação pelos dois primeiros parágrafos; 5 Terceiro parágrafo do artigo 96; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Este artigo apresenta aspectos gerais sobre a responsabilidade processual agravada prevista no artigo 96 do Código de Processo Civil italiano, como uma das formas utilizadas para se combater o abuso do processo. A norma possui três parágrafos que serão analisados separadamente, evidenciando os seus elementos, pressupostos formais e características. O primeiro parágrafo trata da lide temerária, caracterizada pela culpa grave e/ou má-fé na atuação como autor ou réu no processo de conhecimento. Por sua vez, o segundo parágrafo trata do abuso processual na fase executiva ou em provimentos cautelares, caracterizado pela declaração da inexistência do direito da tutela requerida e ausência da normal prudência no seu requerimento. Por fim, o terceiro parágrafo concede ao juiz o poder de condenar, de ofício, a parte sucumbente à uma quantia de dinheiro equitativamente determinada em favor da parte vitoriosa em qualquer dos casos previstos nos parágrafos anteriores. Representa uma sanção de caráter público. Esse estudo do instituto italiano é uma pequena contribuição sobre o problema do abuso do processo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Código de Processo Civil Italiano. Artigo 96. Responsabilidade Processual Agravada. Abuso do Processo.

**ABSTRACT:** This article presents general aspects about the aggravated procedural liability provided for in article 96 of the Italian Code of Civil Procedure as one of the ways used to combat procedural abuse. The rule has three paragraphs that will be analyzed separately, showing its elements, formal assumptions and characteristics. The first paragraph deals with the vexatious proceeding, characterized by grave guilt or bad faith in acting as an author or defendant in the discovery process. In turn, the second paragraph deals with procedural abuse in the executive phase or in precautionary measures, characterized by the declaration of the lack of the right to protection required and absence of normal prudence in its application. Finally, the third paragraph gives the judge the power to condemn, ex officio, the losing party to an amount of money determined equitably in favor of the prevailing party in any of the cases in the preceding paragraphs. Represents a sanction of public character. This study of the italian institute is a small contribution on the problem of procedural abuse.

**KEYWORDS:** Italian Civil Procedure Code. Article 96. Aggravated Procedural Responsibility. Procedural Abuse.

## INTRODUÇÃO

A ideia de que a “justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta” (BARBOSA, 1920), retratada no famoso discurso Oração aos Moços para os alunos da Faculdade de Direito de São Paulo, ainda hoje ressoa como mote para que se busque a propalada duração razoável do processo.

A professora Lima (2005, p. 103) elucida bem o conceito de qualidade de prestação jurisdicional:

[...] a qualidade da atuação jurisdicional é diretamente proporcional à celeridade com que é prestada. E, portanto, processo justo (e capaz de satisfazer os escopos da jurisdição preconizados pela doutrina mais abalizada, isto é, de promover a pacificação social e fazer atuar a vontade da lei) é aquele que propicia ao jurisdicionado solução adequada em tempo razoável. Vale dizer, modernamente, não se pode atribuir o valor justiça a um processo no qual foi entregue ao autor o bem jurídico que lhe era devido por disposição legal, mas, tão somente após enorme lapso de tempo.

Assim, o constante aumento da quantidade de processos que aportam os Tribunais das Cortes Brasileiras e Italianas, a cada ano, torna-se um problema preocupante, pois, implica num dispêndio de recursos e afeta, inarredavelmente, a duração razoável do processo.

A Itália, inclusive, já foi condenada na Corte Europeia de Direitos do Homem por violação do direito à razoável duração do processo no chamado caso Capuano (SCHENK, 2008, p. 187 ss).

Por tal razão, a administração da justiça deve ser eficiente e previdente a fim de se evitar a utilização inadequada do sistema judiciário. Leia-se por inadequada a utilização da máquina estatal de justiça para fins escusos, como, protelar o exercício do direito alheio, ou provocar danos à esfera patrimonial de outro (TARUFFO, 1999, p. 157). Nesses casos, ocorre o chamado abuso do processo, ou seja, o ato ou comportamento processual praticado com uma finalidade diversa, ilegal, errônea ou imprópria da prevista para o ato ou comportamento, sendo, assim, abusivo (TARUFFO, 2009, p.154).

Com o intuito de contribuir com esse tema deveras importante, o presente estudo objetiva abordar, de forma superficial, mas pragmática, um instituto processual do direito italiano que visa reprimir a má conduta dentro do processo.

Em contraste, ao que estipula o Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 80<sup>1</sup>, onde temos uma disciplina casuística de hipóteses para

1 Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

considerarmos a ocorrência de litigância de má-fé, o Código de Processo Civil italiano preferiu uma abordagem mais genérica para caracterizá-la (MOREIRA, 1931, p. 19 ss).

Nesse sentido, o presente artigo propõe-se a estudar os aspectos gerais, características e pressupostos do instituto italiano denominado *Responsabilità Aggravata* previsto no artigo 96 do Código de Processo Civil italiano. Trata-se de uma ferramenta que busca desestimular o abuso do processo.

A disciplina normativa da responsabilidade processual agravada está dividida em três parágrafos. O primeiro trata da responsabilidade por danos decorrentes da lide temerária, ou seja, a parte atua, em juízo, com dolo ou culpa grave. Necessita de requerimento da parte interessada para ser declarada e tem natureza ressarcitória.

O segundo parágrafo aborda a responsabilidade por danos decorrentes da imprudente agressão da esfera patrimonial do outro, seja por medidas cautelares ou execução. A inexistência do direito e a falta de normal prudência são os seus requisitos. Também necessita de provocação da parte e tem natureza de ressarcir danos.

O terceiro e último parágrafo, introduzido pelo legislador italiano por meio da Lei número 69, de 18 de junho de 2009, revela uma inovação em relação aos dois primeiros parágrafos, pois tem natureza de sanção como será visto adiante.

O estudo do referido instituto processual se mostra importante, pois a utilização de quaisquer métodos a fim de desestimular a utilização do processo para fins escusos auxilia a busca da diminuição na quantidade de processos em prol da celeridade da resolução das demandas.

## 1 NOÇÕES GERAIS DA RESPONSABILIDADE AGRAVADA

O artigo 96 do Código de Processo Civil<sup>2</sup> italiano está previsto no Livro 1 de Disposições Gerais, Título 3 das Partes e dos Defensores,

---

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

### 2 Tradução livre:

Art. 96. Responsabilidade Agravada.

Quando resultar que a parte vencida tenha atuado ou resistido em juízo com má-fé ou culpa grave, o julgador, por requerimento da parte contrária, a condenará, além das custas, ao ressarcimento de danos, que liquidará, inclusive de ofício, na sentença.

O julgador que reconhecer a inexistência do direito pela qual se tenha levado a termo um provimento cautelar, ou transcrito uma demanda judicial, ou inscrito uma hipoteca judicial, ou pelo que se tenha iniciado ou realizado a execução forçada, condenará, por requerimento da parte prejudicada, ao ressarcimento dos

Capítulo 4 das Responsabilidades das partes pelas despesas e por danos processuais. Eis o seu texto:

Art. 96. Responsabilità aggravata.

Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza.

Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente.

In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata.

O primeiro aspecto a se considerar é a distinção da responsabilidade agravada da responsabilidade pelas despesas processuais prevista nos artigos antecedentes do código de rito italiano.

O artigo 91, primeiro parágrafo, estipula a sucumbência como único critério para responsabilidade pelas despesas processuais. Percebe-se, assim, uma evidente responsabilidade objetiva, sem perquirir qualquer atribuição de valor (elemento subjetivo) ao comportamento processual do sucumbente.

A razão de ser da responsabilidade pelas despesas processuais nos é revelada por Calvosa (1954, p. 382) como consequência de um comportamento do sucumbente, pois esse tornou o processo necessário, seja por resistir ao exercício do direito da parte detentora da razão, seja por exercer o direito de ação de forma infundada.

Confirma esse entendimento, a regra prevista no artigo 92, parágrafo segundo, daquele código, onde está prevista a compensação das despesas em caso de sucumbência recíproca. Ora, se não se pode atribuir ao sucumbente a necessidade de se recorrer ao Judiciário, nada mais justo que cada parte arque com as suas despesas dentro do processo.

---

danos ao autor ou ao credor exequente que tenha atuado sem a normal prudência. A liquidação dos danos far-se-á conforme o parágrafo precedente.

Em qualquer caso, quando o tribunal decidir, mesmo ex officio, sobre as custas previstas no artigo 91, pode igualmente ordenar à parte vencida que pague, a favor da outra parte, uma quantia equitativamente determinada.

Outro ponto de observação é a distinção entre a responsabilidade agravada e aquela por ato ilícito prevista no artigo 2.043 do Código Civil italiano.

O juiz federal Francisco Silva Neto (2005, p.32) explicita a controvérsia doutrinária e consigna que a Corte de Cassação italiana<sup>3</sup> se posicionou pelo entendimento de que o artigo 96 tem um regramento completo sobre a responsabilidade processual, logo inaplicável o artigo 2.043 para esses casos.

Em outra oportunidade, a Corte de Cassação pontuou sobre a autonomia da responsabilidade agravada e a classificou como espécie do gênero da responsabilidade aquiliana, como nos dá notícia Bartoloni e Dubolino (2005, p. 376):

L'art. 96 c.p.c. che disciplina tutti i casi di responsabilità risarcitoria per atti o comportamenti processual, si pone con carattere di specialità rispetto all'art. 2043 c.c., di modo che la responsabilità processuale aggravata, pur rientrando concettualmente nel gener dela responsabilità per fatti illeciti, ricarde interamente, in tutte le sue ipotesi, sooto la disciplina dell'art. 96 cit., né è configurabile um concorso, anche alternativo, tra i due tipi di risponsabilità. \*Cass. Civ., sez. III, 17 ottobre 203, n. 15551

Esse é o mesmo entendimento defendido por Pajardi, como nos noticia Silva Neto (2005, p. 30).

Vamos, então, ao regramento da responsabilidade agravada prevista no artigo 96 do código processual.

## **2 PRIMEIRO PARÁGRAFO DO ARTIGO 96**

A leitura do primeiro parágrafo revela os pressupostos para caracterizar a conduta ilícita, quais sejam: a sucumbência (elemento objetivo) e a culpa grave ou a má fé (elemento subjetivo), estabelecendo:

Quando resultar que a parte vencida tenha atuado ou resistido em juízo com má-fé ou culpa grave, o julgador, por requerimento da parte contrária, a condenará, além das custas, ao ressarcimento de danos, que liquidará, inclusive de ofício, na sentença.

---

3 A Corte de Cassação italiana poderia ser comparada ao Superior Tribunal de Justiça no Brasil.

## 2.1 SUCUMBÊNCIA

Para a aplicação da responsabilidade processual agravada é necessária a sucumbência total da parte que praticou o ato ou comportamento ilícito processual. Assim, estabeleceu a Corte de Cassação em 2001, como nos notícias Bartoloni e Dubolino (2005, p. 376):

La responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c. integra una particolare forma di responsabilità processuale a carico della parte soccombente che abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, con la conseguenza che non può farsi luogo all'applicazione di detta norma quando non sussista il requisito della totale soccombenza per essersi verificata soccombenza reciproca. \*. Cass. Civ., sez. I, 2 marzo 2001, n. 3035. Soc. Costruzioni Generali E. Auletta Sas. c. Ciliento ed altri.

Parte da doutrina critica esse posicionamento por não estar expresso no texto legal o pressuposto da sucumbência total, além de implicar numa restrição não prevista para a aplicação do instituto (CATAPANO, 2013, p. 47).

Ora, se o instituto procura desestimular um ato ou comportamento processual ilícito, a interpretação que restringe o seu âmbito de aplicação se mostra contraproducente. O temor de ser punido deve ser presente para que a *ratio* do instituto seja efetiva.

## 2.2 MÁ-FÉ E CULPA GRAVE

O elemento subjetivo é o fator de maior dificuldade de caracterização, pois o ânimo do agente não deixa rastros evidentes. Para evidenciá-lo se faz necessária uma incursão em fatores objetivos que o revelem.

Andrioli (1943, p. 250) explicita que a má-fé ocorre quando o litigante improbo tem consciência de não ter razão e alerta sobre a dificuldade em caracterizar esse ânimo subjetivo, sugerindo a busca de pistas, tal como, a absoluta ausência de fundamento da lide ou da defesa.

Mandrioli (1971, p. 201) observa que é direito das partes agirem ou resistirem em juízo, no entanto, para caracterizar o comportamento ilícito é necessário estar claro o intento de emulação ou procrastinatório da parte, daí sim estará revelada sua má-fé.

Por outro lado, Lima (2005, p. 122), alerta sobre a posição de Salvatore Satta que

[...] a falta de fundamento da defesa não pode ensejar automático ressarcimento de danos por responsabilidade agravada. Para tanto, afirma que a ausência de fundamento é pressuposto objetivo da

condenação (ou da rejeição da demanda), já sujeitando a parte que não tem razão aos ônus da sucumbência. Admite o autor, contudo, a dificuldade de se elaborar conceitos gerais que permitam a identificação das hipóteses de aplicação da norma que prevê a responsabilidade agravada, sobretudo em vista da pouca aplicação prática no cotidiano forense italiano.

Andrioli (1943, p. 250) entende que a culpa grave pode ocorrer mesmo naqueles casos em que se constate a ausência de consciência da temeridade da lide. Basta que se considere o seguinte: se fosse usada a diligência normal, a lide poderia ter sido evitada pela parte? Caso a resposta seja afirmativa resta caracterizada a culpa grave.

Verifica-se a dificuldade de distinção entre a má-fé e a culpa grave, o que levou a doutrina italiana a uma tendência de igualá-los (CAHALI, 1977, p. 355).

Nesse sentido, a lição de Satta (1966, p. 321):

[...] la colpa e il dolo debbono ricercarsi nella posizione del fatto, che è colposamente o dolosamente difforme dalla realtà: colposamente perché la parte avrebbe dovuto rendersi conto con un minimo di diligenza delle difformità, dolosamente perché sapeva della difformità, e ha cercato di conseguire un ingiusto profitto attraverso il processo o comunque ha voluto il danno altrui

Dessa forma, a falta de diligência mínima necessária para a aquisição de tal consciência (culpa grave) é sancionada.

De fato, a lei constitui uma responsabilidade agravada neste comportamento, isto é, uma responsabilidade que é agravada porque, sendo fundada em uma infração, envolve a obrigação de compensar todos os danos daqueles levados a participar de um julgamento sem qualquer fundamento.

### 3 SEGUNDO PARÁGRAFO DO ARTIGO 96

A condenação por responsabilidade processual agravada com base no parágrafo segundo do artigo 96 revela um ato agressivo na esfera patrimonial da outra parte, são elas: execução forçada, medidas cautelares, transcrição de uma demanda judicial e inscrição de hipoteca judicial. Os seus pressupostos são a inexistência do direito e a falta de normal prudência. Aqui estão as suas letras:

O julgador que reconhecer a inexistência do direito pela qual se tenha levado a termo um provimento cautelar, ou transcrito uma demanda

judicial, ou inscrito uma hipoteca judicial, ou pelo que se tenha iniciado ou realizado a execução forçada, condenará, por requerimento da parte prejudicada, ao ressarcimento dos danos ao autor ou ao credor exequente que tenha atuado sem a normal prudência. A liquidação dos danos far-se-á conforme o parágrafo precedente.

### 3.1 INEXISTÊNCIA DO DIREITO

A inexistência do direito da tutela realizada deve ser declarada judicialmente em qualquer dos casos descritos (provimento cautelar, transcrição da demanda judicial, inscrição de hipoteca judicial, início ou continuação de uma execução forçada).

A Corte de Cassação já configurou tal hipótese quando: i) um provimento cautelar é executado contra quem não detém legitimidade passiva; ii) inexistência do título executivo; iii) desproporção notável entre o *quantum* reconhecido e aquele pelo qual foi requerido e executado o provimento cautelar; iv) incompetência do juiz que autorizou sequestro conservativo, entre outros (BARTOLONI e DUBOLINO, 2005, p. 379 ss).

Assim, o primeiro pressuposto é a rejeição dessa proteção, ou seja, o pronunciamento judicial afirmando a sua inexistência. O segundo é a falta de normal prudência, como veremos agora.

### 3.2 AUSÊNCIA DE NORMAL PRUDÊNCIA

Lima (2005, p. 123 ss) realça a diferença de critérios para caracterizar a responsabilidade agravada do segundo parágrafo, onde se exige uma ausência de normal prudência, o que seria uma culpa leve, com a do primeiro, onde se demanda por má-fé ou culpa grave, ou seja há uma severidade maior para a prática de atos cautelares ou executivos. Lima justifica tal severidade em razão das alterações significativas que tais atos implicam no patrimônio jurídico do sujeito passivo.

Nesse sentido, Consolo (2010, p. 1064) nos noticia o seguinte entendimento da Corte de Cassação:

I comportamenti tipizzati dal c.2 sono considerati più severamente rispetto all'agire temerário di cui al c. 1: per determinar la responsabilità è sufficiente la sola colpa leve (la "normale prudenza"), non essendo necessaria la sussistenza della mala fede [C 13.5.02 n. 6808], e non essendo richiesti né il dolo né la colpa grave [C 23.2.04 n. 5734; C 12.3.02 n. 3573; C 21.2.95 n. 1861]; tale responsabilità sussiste in ipotesi di dolo e di ogni tipo rilevante di colpa, sia essa grave o lieve [C 28.11.87 n. 8872]

Andrioli (1943, p. 253) busca um critério para a medição da normal prudência quando ressalta a diferença entre a situação da parte que detém um título jurídico transitado e julgado daquele com uma sentença provisória:

Non è forse superfluo precisare ulteriormente che la normalità della prudenza va valutata in modo diverso a seconda che l'atto sia direttamente facoltizzato dalla legge ovvero sia specificamente autorizzato da un provvedimento giurisdizionale ad hoc: ad. es., la prudenza di chi agisce in base ad una sentenza passata in giudicato è meno rigorosamente valutata di quella di chi agisce in base a sentenza provisoriamente esecutiva, ma quest'ultimo deve impiegare minor diligenza di chi agisce in base a un titolo esecutivo contrattuale; alla stessa guisa, chi trascrive una domanda giudiziale deve procedere assai più guardingo di chi esegue un provvedimento di autorizzazione a sequestro conservativo.

Recentemente, a Corte de Cassação, por sua Terceira Seção na *Ordinanza n. 26515* (Itália, Corte de Cassação, 2017), pontuou sobre os critérios interpretativos do parágrafo segundo do artigo 96 para a condenação por responsabilidade agravada. Diz que se trata de hipótese ressarcitória carente de dois pressupostos: proposição de uma demanda judicial declarada infundada e o uso – sem a normal prudência – de um dos instrumentos processuais ali indicados, visando proteger, aumentar ou restaurar a garantia dos ativos do requerente.

Nessa decisão, a Corte indica alguns critérios<sup>4</sup> para se avaliar a normal prudência, tais como:

4 Eis o texto original: [...] Ad esso deve necessariamente accompagnarsi, per arrivare ad una condanna al risarcimento del danno, la valutazione della imprudenza della parte, che si sostanzia in una valutazione prognostica ex ante, ovvero ponendosi nelle condizioni della parte nel momento in cui ha agito e considerando gli elementi a conoscenza della parte, o quelli che non avrebbe potuto ignorare usando l'ordinaria diligenza e quindi considerando se, al momento di agire, l'attore fosse a conoscenza che le sue possibilità di aver ragione nel merito erano significativamente ridotte, il che avrebbe dovuto renderlo maggiormente prudente nel proporre la domanda o eventualmente sconsigliarlo dal richiederlo o azionare quel particolare tipo di tutela (concessione di un provvedimento cautelare o altro) che sapeva avrebbe prodotto un presumibile danno per il destinatario, a fronte di una incerta titolarità del diritto per il quale agiva.

Quindi, ai fini della valutazione della imprudenza, occorre prendere in considerazione, oltre all'esito della lite, che in sé non è dato sufficientemente univoco ( diversamente opinando si verrebbe indirettamente a scoraggiare in sé la proposizione delle domande giudiziali), se la tesi giuridica proposta, all'epoca dell'introduzione della domanda, apparisse del tutto infondata o minoritaria, o anche se dalla stessa ricostruzione dei fatti offerta dall'attore emergesse la palese infondatezza della sua domanda.

Un elemento estrinseco forte nel senso della palese infondatezza della domanda è costituito dalla c.d. doppia conforme, ovvero dal fatto che la domanda dell'attore sai stata conformemente rigettata all'esito del primo e poi anche del secondo grado del giudizio.

L'esistenza di eventuali esiti alterni o difformi nei precedenti gradi di giudizio può essere invece considerato indice, di per sé, di una valutazione prognostica non univoca.

- i) avaliação das chances de êxito, segundo diligência ordinária, no momento da proposição da medida, no sentido de que se o requerente sabia que suas chances de ter razão no mérito eram significativamente reduzidas, deveria ter sido mais prudente ao propô-la ou até desencorajar o pedido da tutela pois sabia que produziria um dano ao destinatário, isso em comparação a incerteza da titularidade do direito do requerente;
- ii) dupla conformidade, ou seja, a rejeição da demanda em primeiro e segundo grau de jurisdição, pois a discrepância entre eles é um indício de que a avaliação prognóstica da demanda não é unívoca.

A Corte de Cassação, no caso em tela, entendeu que o direito à servidão somente é oponível a terceiros se realizada a transcrição da demanda ao propô-la. Assim, o requerente não violou o cânone da normal prudência por ter se utilizado de um instrumento exigido legalmente para validade perante terceiros, sob pena de frustrar eventual resultado positivo perante terceiros no final da demanda<sup>5</sup>.

#### **4 ASPECTOS FORMAIS PARA A CONDENAÇÃO PELOS DOIS PRIMEIROS PARÁGRAFOS**

Por expressa disposição da norma, é necessário o pedido da parte para haver a condenação na responsabilidade processual agravada, essa não pode ser declarada de ofício, apenas a liquidação do dano tem impulso oficial (ANDRIOLI, 1943, p. 249).

Não só deve requerer, como também deverá provar a existência de um dano decorrente do comportamento processual abusivo da outra parte (BARTOLONI e DUBOLINO, 2005, p. 379).

O juiz da causa principal (do mérito) é o competente para decidir sobre a responsabilidade processual agravada, pois é a valoração de seus pressupostos estão estritamente ligados à decisão de mérito (SILVA NETO, 2005, p. 41).

---

<sup>5</sup> Texto original: [...] “ritenersi che non sia esigibile, ai fini di evitare una valutazione di violazione del canone id normale prudenza, che l'attore nel proporre la domanda rinunci ad eseguirne la trascrizione ove prevista come obbligatoria ai fini della eventuale opponibilità ai terzi di una pronuncia positiva, perchè in tal modo lo si verrebbe preventivamente a privare della possibilità di avvalersi un eventuale esito positivo del giudizio, non potendo opporre ai terzi interessati l'esito favorevole del procedimento e quindi a frustrare il successo di una eventuale iniziativa giudiziaria. Quindi, non costituisce elemento legittimamente apprezzabile ai fini della configurabilità di una responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c., comma 2 il fatto in sè della trascrizione della domanda giudiziale laddove la trascrizione stessa fosse prevista dalla legge come necessaria.”

Ainda, cumpre observar que é possível requerer a condenação por responsabilidade agravada tanto em sede de juízo de mérito (1º grau), de legitimidade (2º grau) ou até mesmo de cassação (BARTOLONI e DUBOLINO, 2005, p. 380).

## 5 TERCEIRO PARÁGRAFO DO ARTIGO 96

O terceiro parágrafo foi incluído pela Lei número 69, de 18 de junho de 2009, e diz “em qualquer caso, quando o tribunal decidir, mesmo *ex officio*, sobre as custas previstas no artigo 91, pode igualmente ordenar à parte vencida que pague, a favor da outra parte, uma quantia equitativamente determinada”.

Observa-se que foi concedido ao juiz o poder de condenar, de ofício, a parte sucumbente, além das custas judiciais, ao pagamento de uma quantia de dinheiro equitativamente determinada em favor da parte vitoriosa em qualquer dos casos dos parágrafos anteriores.

Assim, a primeira questão a saber é a natureza dessa condenação, se ressarcitória, como a dos dois parágrafos antecedentes, ou sancionatória. Daí, será revelado, por sua vez, a finalidade privada ou pública do instituto.

Consolo (2010, p. 1059) aponta a natureza sancionatória dessa hipótese de responsabilidade processual agravada, pois o novo instituto atribui ao juiz o poder de condenar, de ofício, o litigante temerário, a revelar o caráter de sanção em vez de um ressarcimento privado.

Isso porque, nos dois primeiros parágrafos do artigo 96 se exige um pedido da outra parte, colocando a questão como responsabilidade civil, com conseqüente perfil ressarcitório, face a necessidade de a alegação e o ônus probatório ser do requerente.

Taruffo (2017, p.154) salienta o caráter de sanção do instituto como resposta ao abuso do processo e entende que a norma atribuiu ao julgador um poder de condenar a um pagamento de uma soma equitativamente determinada, de ofício, em cada caso, o sucumbente que tenha um dos comportamentos previstos nos dois primeiros parágrafos.

A interpretação prevalente na doutrina italiana, como nos informa Taruffo (2017, p. 154), limita a aplicação da norma aos casos e pressupostos previstos nos dois primeiros parágrafos.

Quanto ao montante, em dinheiro, equitativamente determinado, Taruffo (2017, p. 155) critica a ausência de um critério e afirma o perigo que tal discricionariedade descambe para a arbitrariedade.

Em recente decisão, a Corte de Cassação, por sua Segunda Seção Civil, na Sentença n. 27623 (Itália, Corte de Cassação, 2017), reafirmou a natureza de sanção de ordem pública do instituto em tela:

La norma - come ha rilevato la dottrina più avvertita - configura una “sanzione di ordine pubblico”, dettata, con finalità di deflazione del contenzioso, nell’interesse pubblico alla repressione dell’abuso del processo e di quelle condotte processuali che determinano una violazione delle regole del giusto processo e della sua ragionevole durata.

E nesse mesmo julgamento, a Corte de Cassação italiana revelou os seus pressupostos para condenação com base nesse terceiro parágrafo do artigo 96, dispensando a caracterização do elemento subjetivo (má-fé, culpa grave ou ausência de normal prudência), ao contrário do que entende a doutrina:

6.4. - Il nuovo istituto affida al giudice il più ampio potere discrezionale, che - tuttavia - deve essere esercitato con la dovuta ragionevolezza.

Se non occorre che il giudice accerti che la parte soccombente abbia agito o resistito in giudizio con “mala fede” o con “colpa grave” (art. 96, primo comma) o “senza la normale prudenza” (art. 92 secondo comma), ciò non significa - naturalmente - che la mera infondatezza della domanda o della difesa possa comportare responsabilità ex art. 96, terzo comma, cod. proc. civ.

Il fatto che non sia più necessario l’accertamento di un profilo soggettivo di responsabilità significa semplicemente che il giudice, nel verificare la sussistenza delle condizioni per pronunciare condanna ex art. 96 terzo comma, deve prescindere dal compiere alcuna indagine sulla sussistenza dell’elemento psicologico colposo: la condanna può essere pronunciata ogni volta che “oggettivamente” risulti che si è agito o resistito in giudizio in modo pretestuoso, con abuso dello strumento processuale.

Uma hipótese para essa divergência, é a tentativa de escapar da dificuldade de se caracterizar o elemento subjetivo para que o instituto seja usado com mais frequência, sendo assim, mais efetivo na tentativa moralizante de fornecer um instrumento ao sistema de justiça italiano que desestimule o abuso do processo (TARUFFO, 2017, p. 154).

## 6 CONCLUSÃO

O estudo do instituto da responsabilidade agravada nos permite afirmar que se trata de um instrumento que busca combater o abuso do processo. Entretanto, o elemento subjetivo torna a tarefa um tanto quanto

árdua, face a dificuldade de se caracterizar tal ânimo do litigante temerário, seja ele, a má-fé, a culpa grave ou a ausência de normal prudência.

Em resposta à pouca efetividade do instituto, o legislador italiano acrescentou uma nova hipótese de responsabilidade processual agravada, concedendo ao juiz, o poder, de ofício, de decretá-la. Trouxe, assim, um caráter público para essa sanção, além de tentar objetivar a sua caracterização, de maneira a aumentar sua frequência e eficiência.

A doutrina mais autorizada (TARUFFO, 2017, p. 156) critica o uso arbitrário do novo instituto, pois, sob a invocação de se estar combatendo o abuso do processo que viola o direito à duração razoável do processo, o juiz está decidindo, não com base no que estipula a regra jurídica, mas, de forma arbitrária, caso a caso, segundo seu entendimento pessoal do que seja essa violação.

Por todo o exposto, o abuso do direito processual é uma vertente notória em nossa civilização e o estudo de práticas e instrumentos para o seu enfrentamento é imprescindível. Nesse sentido, o instituto italiano nos dá uma amostra de como o problema tem sido enfrentado e as dificuldades daí advindas. O desafio é constante e essas modestas linhas são uma pequena contribuição à causa.

## REFERÊNCIAS

ANDRIOLI, Virgilio. *Commento al codice di procedura civile*. Napoli: E. Jovene, 1943.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.pro.br/zip/aosmoccos.rtf>>.

BARTOLINI, Francesco; DUBOLINO, Pietro. *Il codice di procedura civile: commentato con la giurisprudenza*. Piacenza: La Tribuna, 2005.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Lei federal nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>.

CAHALI, Yusef Said. Responsabilidade do litigante temerário pelo dano processual. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 150-169, out./dez. 1977.

CALVOSA, Carlo. La condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milão, ano VIII, p. 378-413, 1954.

CATAPANO, Maria. *La responsabilità aggravata (art. 96 CPC)*. Napoli: Universidade de Estudos de Napoli Federico II, 2013, 214 p. Disponível em: <<http://www.fedoa.unina.it/9150>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

CONSOLO, Cláudio. *Codice di procedura civile commentato*. Milão: Ipsoa, 2010.

ITÁLIA, CORTE SUPREMA DE CASSAÇÃO. Disponível em: <<http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

LIMA, Patrícia Carla de Deus. O Abuso do direito de defesa no processo civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 122, p. 93-129, abr. 2005.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. Torino: G. Giappichelli, 1971.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Responsabilidade das partes por dano processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v.3, n. 10, p. 15-31, abr./jun. 1978.

SATTA, Salvatore. *Commentario al codice di procedura civile*. Milão: F. Vallardi, 1966.

SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 2, jan./dez. 2008.

SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. A responsabilidade processual agravada no direito italiano. *Revista do Tribunal Regional Federal: 5ª Região*. Recife, n. 60, p. 13-45, abr./jun. 2005.



---

# O (NEM TÃO) NOVO PROCESSO DE EXECUÇÃO CIVIL NO BRASIL E O SISTEMA ITALIANO: O DESCOLAMENTO ENTRE OS DOIS MODELOS?

---

*THE (NOT SO) NEW PROCEDURE OF CIVIL ENFORCEMENT  
IN BRAZIL AND THE ITALIAN SYSTEM: SEPARATION  
BETWEEN THE TWO MODELS?*

*Erik Noleta Kirk Palma Lima*

*Mestre em direito pela Universidade de Brasília (UnB), especialista pela Escola da  
Magistratura do Distrito Federal (ESMA-DF)  
Advogado da União. Procuradoria-Regional da União na 1ª Região.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Execução civil: dois modelos; 2 Descolamento entre a prática brasileira e italiana; 3 Possível intercâmbio entre os modelos; 4 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** O presente estudo busca analisar os modelos brasileiro e italiano de execução civil. Considerando o berço comum entre as duas sistemáticas, resta constatar em que medida os dois países se afastaram e o que um poderia intercambiar com o outro. Com tal escopo, a primeira parte do estudo tece as linhas gerais adotadas por Brasil e Itália nos seus respectivos Código de Processo Civil. A segunda parte do artigo se aprofunda nos caminhos diversos aplicados por cada país em relação a execução civil. A parte última se propõe a lançar possibilidades de intercâmbio identificadas entre a praxe de cada modelo, observando a realidade de cada ordenamento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Execução Civil. Brasil. Itália. Diferenças. Possibilidades.

**ABSTRACT:** The present paper aims to analyse Italian and Brazilian models of civil enforcement. Considering the common rout between the two systems, it necessary to be seen how far the two countries have moved away and what could one learn each other. Therefore, the first part of the study lays out the general guidelines adopted by Brazil and Italy in their respective Code of Civil Procedure. The second part of the paper goes deeper into how each country taken different paths in relation to civil enforcement. The last part proposes to bring new possibilities of exchange identified between the praxis of each model, observing each reality.

**KEYWORDS:** Civil Enforcement. Brazil. Italy. Difference. Possibilities.

## INTRODUÇÃO

Em que pese o direito processual civil brasileiro e italiano contarem com raízes comuns, não é incomum que, com o tempo, haja uma espécie de afastamento dos modelos. Diante da importância e domínio exercido sobre a terra, o direito romano é considerado o antecedente mais remoto de vários ordenamentos jurídicos. Com Brasil e Itália não seria diferente, observando que em ambos os países houve a adoção e aplicação (hodierna) do chamado sistema do *civil law*, ainda que hoje não se considere na forma pura.

Em verdade, a influência processual brasileira tem origem na Europa, mas não apenas na Itália. Tendo por base o tipo de colonização, o Brasil sofreu influência do direito romano, canônico e lusitano (DELLORE, Luiz et al.<sup>2017</sup>, p. 10). É claro que tanto o direito canônico quanto o direito lusitano também tiveram por fonte o direito romano, razão pela qual o tronco comum merece maior atenção.

Sendo assim, e considerando que a Itália é a maior herdeira do direito romano, inicialmente o estudo tem por objetivo tecer as nuances de cada forma como se desenvolve a execução civil no Brasil e na Itália. Ainda que de maneira apenas perfunctória, o conhecimento das sistemáticas busca capacitar o entendimento sobre os pontos de diferença entre os países citados, bem como as intersecções que podem ser estabelecidas.

A partir do conhecimento prévio da execução cível em cada ordenamento jurídico, o passo seguinte é evidenciar as diferenças. Em razão das características da presente pesquisa, foi adotada a estratégia de escolha de apenas algumas diferenças essenciais para demonstrar a premissa do afastamento dos modelos brasileiro e italiano.

Finalmente, no último tópico, o presente artigo propõe que as diversidades de cada sistema de execução civil possam significar a evolução no ordenamento correlato. É salutar que cada modelo possa ser arrefecido por ideias e instrumentos adotados por outras realidades sociais. Nesse sentido, alguns *insights* são propagados ao final do estudo, de modo que o intercâmbio entre Brasil e Itália seja ainda mais constante no âmbito da execução civil.

Aliás, a troca de experiências entre os citados países não é uma novidade. O processo civil no Brasil teve/tem forte inspiração e aplicação dos ensinamentos italianos. Autores como Chiovenda, Cappelletti e Liebman são constantemente citados como fonte permanente de consulta para os antigos e novos institutos/instrumentos a serviço do processo civil brasileiro. Assim, no frutífero ambiente de troca entre o sistema brasileiro e o sistema italiano é que o processo civil desenvolve novas perspectivas ao redor do mundo.

## 1 EXECUÇÃO CIVIL: DOIS MODELOS

Em termos gerais, a execução civil existe para tornar realidade uma prestação que não foi realizada espontaneamente<sup>1</sup>. Sendo assim, é imperativa a materialização do direito resistido em um documento denominado título executivo<sup>2</sup>. Por outro lado, não se pode olvidar que a característica de título executivo deve ser atribuída somente por lei (*nullus titulus sine lege*).

Os fundamentais atributos de qualquer título executivo, seja no Brasil ou na Itália, são: certeza, liquidez e exigibilidade. Um título executivo é dotado de certeza quando não há dúvida sobre sua existência, haja vista a presença dos elementos mínimos (subjeto e objetivo)<sup>3</sup>.

Por sua vez, o atributo da liquidez está intimamente relacionado com a determinabilidade de fixação do *quantum debeatur*. É dispensável que o título indique imediatamente o valor, mas deve conter elementos mínimos de aferição da prestação. Tais elementos se referem as características do próprio objeto pactuado.

Por fim, o requisito da exigibilidade se extrai da eficácia do título. Para que o título seja exigível é necessário o transcurso do prazo estabelecido para o cumprimento ou a inexistência dos chamados elementos acidentais, quais sejam, termo ou condição (NEVES, São Paulo, 2014, E-book).

Traçadas as linhas mestras, inicialmente, cabe agora estabelecer as nuances do modelo italiano de execução. Preliminarmente, é forçoso reconhecer que o processo civil na Itália, como um todo, foi reconhecido pela morosidade. Lentidão esta que chegou a render condenação da Itália na Corte Europeia de Direitos do Homem por violação ao direito à razoável duração dos processos (art. 6º da Convenção)<sup>4</sup>.

O problema relacionado ao tempo do processo pode ser atribuído, dentre outros fatores, a duas causas possíveis: o Poder Judiciário e os

1 Conforme ensina o magistério de Pasquale Castoro, “l’esecuzione forzata (serve) a realizzare quella concreta volontà risultante da precedente accertamento giuridizionale, facendo praticamente coneguire il bene garantito” (CASTORO, 2010. p. 4).

2 Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara leciona que “a execução é uma atividade de agressão patrimonial (e, no caso da execução de prestação alimentícia, também de agressão corporal, tendo em vista a possibilidade de prisão civil do devedor) que se legitima pela existência de título executivo” (CÂMARA, 2017. p. 305).

3 Todavia, ainda que haja fundada razão de existência, não significa que o título é incontestável. Conforme Anna Maria Soldi, “Il requisito della certezza, tuttavia, non va confuso con quello della non contestazione. Il debitore há cioè la facultá di contestare l’esistenza o la misura del diritto a procedere del creditore com la proposizione dell’opposizione di cui all’art. 474 c.p.c. la pretesa possa ritenirsi certa poiché secondo l’orientamento della giurisprudenza” (SOLDI, 2009. p. 31).

4 Para maiores esclarecimentos sobre o episódio, confira o artigo de SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. *Revista Eletrônica de Direito Processual* – 2. Edição. 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: 15 out. 2017.

instrumentos processuais. Nas palavras de Nicola Picardi (2010, p. 568), a questão é a seguinte:

La durata del processo, a volte, è, però, patologica, dovuta cioè a disfunzioni del sistema giudiziario o dello stesso meccanismo processuale. Di qui la necessità di porre rimedi, non solo alla durata fisiologica, al che provvede il processo cautelare, ma anche a quella patologica. Quale rimedio a quest'ultima è prevista la responsabilità dello Stato per la durata non ragionevole del processo.

Diante do panorama calamitoso, o Código de Processo Civil italiano (datado de 1940) sofreu diversas reformas ao longo dos tempos. Sem pretensão de exaurir as modificações legislativas levadas a efeito, merecem menção: a lei n. 69, de 18 de junho de 2009, que, entre outras alterações, introduziu uma medida coercitiva atípica no novo art. 614 bis do CPC e trouxe algumas modificações sobre a penhora e acerca dos embargos à execução; a lei n. 228, de 24 de dezembro de 2012, que modificou os artigos 548 e 549 do CPC sobre a expropriação perante terceiros; e a Lei n. 263, de 28 de dezembro de 2015, que modificou dentre outros dispositivos, a classificação dos títulos executivos<sup>5</sup>.

Atualmente, o processo de execução civil na Itália é regulamentado no livro terceiro do Código de Processo Civil, que vai do artigo 474 ao 632. A parte dedicada a execução se divide em sete títulos: tipos de título executivo; expropriação forçada; execução por entrega ou lançamento; execução de fazer ou não fazer; das medidas de coerção indireta; oposição; e suspensão e extinção do processo.

Não muito longe da realidade italiana, até por ter visível inspiração nos ensinamentos das escolas romana e canônica, o processo civil brasileiro também foi taxado de lento e ineficaz. Em busca de alterar tal panorama, ao longo dos anos, também ocorreram sucessivas alterações legislativas que buscassem adequar a realidade do processo civil a sociedade atual<sup>6</sup>.

5 Os títulos executivos enunciados pelo Código de Processo Civil italiano eram: "1) le sentenze, e i provvedimenti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva; 2) le cambiali nonché gli altri titoli di credito e gli atti ai quali la legge attribuisce espressamente la stessa efficacia;". Com a alteração de 2005 passaram a ser "1) le sentenze, i provvedimenti e gli altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva; 2) le scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute, le cambiali, nonché gli altri titoli di credito ai quali la legge attribuisce espressamente la sua stessa efficacia; 3) gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli". ITÁLIA. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>>. Acesso em: 16 out. 2017.

6 No mesmo sentido, Andrea Proto Pisani anota que a questão de reforma é perene, por assim dizer, no estudo do processo: "limitando propositadamente a análise apenas ao processo civil, deve-se observar que ele normalmente tem por objetivo a tutela dos direitos disponíveis: objeto do processo são direitos privados

Não obstante as mudanças realizadas ao longo dos anos, houve a edição de um Novo Código de Processo Civil, consubstanciado na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015<sup>7</sup>.

No que tange ao processo de execução, o Novo Código de Processo Civil brasileiro dedica o Livro II para tratar do assunto - artigos 771 ao 925. Uma das curiosidades entre os dois Códigos é que um número muito parecido de artigos foi utilizado para regulamentar a parte de execução civil. Enquanto na Itália o Código Civil conta com 158 artigos, em média, no Brasil foram necessários 154 artigos.

Insta salientar que, diferente do Código de Processo Civil italiano, o Brasil deu preferência por delinear os contornos de cada espécie de execução com mais vagar. Em que pese o menor número de artigos, no Brasil muitos dispositivos são divididos em diversos parágrafos e/ou incisos. Todavia, tal abordagem será realizada nos tópicos seguintes.

## 2 DESCOLAMENTO ENTRE A PRÁTICA BRASILEIRA E ITALIANA

Na vigência do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, antecessor do atual, era praxe que o processo de execução tivesse por base títulos executivos judiciais (consubstanciado em manifestações da atuação jurisdicional) ou títulos executivos extrajudiciais (formado pela vontade das próprias partes). Sendo assim, o processo de execução era necessário para qualquer tipo de título, de modo que se formava outro processo ao final do processo de conhecimento – para títulos judiciais. Apenas no ano de 2005 (Lei nº 11.232) é que se permitiu a execução das decisões judiciais dentro do mesmo processo, como uma espécie de fase do processo de conhecimento<sup>8</sup>.

Mantendo a prática então adotada, mas alterando a sistematização, o Novo Código de Processo Civil brasileiro expressamente aduz que a

---

disponíveis, onde o instrumento processo, enquanto exercício da jurisdição estatal, tem caráter e natureza pública. Enquanto o direito objeto do processo normalmente está sujeito à autonomia privada, à liberdade do privado em relação ao exercício ou não do direito, o instrumento processo, no que concerne à sua natureza pública, por ser disciplinado pelo legislador de acordo com a variação do ponto de equilíbrio identificado por ele entre o componente privatista e o componente publicista do processo: daí a história dos processos que se sucederam no tempo, daí o problema sempre atual da reforma do processo” (PISANI, 2001, p. 23-24).

7 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 14 out. 2017.

8 Inaugura-se assim a fase do sincretismo processual, ou junção entre o processo de conhecimento e processo de execução. Nas palavras do professor José Eduardo Carneira Alvim, “o sincretismo processual traduz uma tendência do direito processual, de combinar fórmulas e procedimentos, de modo a possibilitar a obtenção de mais de uma tutela jurisdicional, simpliciter et de plano (de forma simples e de imediato), no bojo de um mesmo processo, com o que, além de evitar a proliferação de processos, simplifica e humaniza a prestação jurisdicional” (ALVIM, 2006, p. 40-41).

execução civil se presta aos chamados títulos executivos extrajudiciais<sup>9</sup>. Assim, os títulos executivos judiciais permanecem com a satisfação, salvo possível lacuna do sistema, no bojo do processo em que foi formado.

Por outro lado, a prática italiana de execução civil ainda consta com previsão de que provimentos jurisdicionais são efetivados pela via do processo de execução, não havendo a adoção do mesmo sincretismo aplicado no Brasil<sup>10</sup>. Ademais, os títulos executivos judiciais, assim como alguns outros citados no Código de Processo Civil italiano, também devem se revestir de formalidades indispensáveis para a execução, conforme prevê o art. 475, do Código de Processo Civil italiano:

La spedizione in forma esecutiva consiste nell'instestazione "Repubblica italiana - In nome della legge" e nell'apposizione da parte del cancelliere o notaio o altro pubblico ufficiale, sull'originale o sulla copia, della seguente formula:

"Comandiamo a tutti gli ufficiali giudiziari che ne siano richiesti e a chiunque spetti, di mettere a esecuzione il presente titolo, al pubblico ministero di darvi assistenza, e a tutti gli ufficiali della forza pubblica di concorrervi, quando ne siano legalmente richiesti".

Além dessa primeira distinção, no Brasil é possível perceber que a opção legislativa foi de ramificar a execução civil, principalmente, pelas espécies de obrigação que constam do Código Civil<sup>11</sup>. Segundo versa o Código de Processo Civil brasileiro, existem cinco espécies de execução civil: execução para a entrega de coisa; execução das obrigações de fazer e de não fazer; execução por quantia certa; execução contra a fazenda pública; e execução de alimentos.

Por sua vez, o Código de Processo Civil italiano, sem prejuízo de tratar sobre as espécies de execução relacionadas a obrigações de fazer e não fazer, tem por foco os tipos de bens expropriados. Nesse sentido, o Código de Processo Civil italiano enuncia seis tipos de execução: a

9 Cf. Art. 771, do NCPC. "Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva" (grifos nossos).

10 Cf. Art. 474, do Código de Processo Civil italiano. Ademais, na doutrina, Antonio Carratta e Cristanto Mandrioli afirmam que "il processo esecutivo è introdotto da una domanda specifica ed autonoma". (CARRATTA e MANDRIOLI, 2014, p. 6-7).

11 Cf. Parte Especial. Livro I, artigos 233 a 420. BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 14 out. 2017.

expropriação forçada, que consiste em entregar uma soma em dinheiro, conforme artigos 483 a 512; a partir do artigo 513 e seguintes constam as normativas sobre expropriação mobiliária do devedor; o artigo 543 e seguintes tratam da penhora sobre os créditos que o devedor possui com terceiros; por sua vez, o artigo 555 e subsequentes diz respeito a expropriação de bens imobiliários; já o artigo 599 fala sobre a expropriação de bens indivisíveis; e, por fim, o artigo 602 versa sobre a expropriação relativa a bens imóveis dados como garantia a terceiro (penhora ou hipoteca).

A execução por quantia certa no Novo Código Civil brasileiro também se destaca na atual formatação da execução cível pelo nível de detalhes. Existem dispositivos específicos que tratam sobre a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira; penhora de créditos; penhora de quotas ou ações de sociedades personificadas; penhora de empresa ou outros estabelecimentos; penhora de semoventes; penhora de percentual de faturamento de empresa; e penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel.

Ainda que algumas das referidas espécies de penhora fossem realizadas na sistemática brasileira anterior ao atual Código de Processo Civil, a ausência de regulamentação clara gerava uma grande incerteza jurídica quanto aos limites e modos de aplicação. A sociedade globalizada diversificou seu *modus vivendi*. Em virtude de tal fato, aliado a outros fatores, o Brasil optou por detalhar alguns pontos do processo de execução.

### 3 POSSÍVEL INTERCÂMBIO ENTRE OS MODELOS

É justamente na diversidade entre a sistemática adotada entre Brasil e Itália que se vislumbra um possível desenvolvimento do processo civil. Ainda que existam profundas diferenças entre os modelos, tais diferenças podem ser utilizadas como oportunidade de desenvolvimento do direito processual civil. Vários mecanismos podem encontrar utilidade e melhoramentos em um ou outro ordenamento. Há muito a se intercambiar entre Brasil e Itália, principalmente no que concerne a execução civil.

Uma das grandes questões em termos de execução civil diz respeito ao montante de patrimônio do devedor que pode responder pelo débito. Nesse ponto, ainda não resta pacificada no Brasil qual o efetivo limite dos bens impenhoráveis. Brasil e Itália possuem formas diversas de tratar sobre o assunto.

O Código de Processo Civil Italiano, em seu artigo 514, especifica, de forma simples e conectada com a dignidade da pessoa humana, quais os bens são impenhoráveis:

Oltre alle cose dichiarate impignorabili da speciali disposizioni di legge, non si possono pignorare:

- 1) le cose sacre e quelle che servono all'esercizio del culto;
- 2) l'anello nuziale, i vestiti, la biancheria, i letti, i tavoli per la consumazione dei pasti con le relative sedie, gli armadi guardaroba, i cassettoni, il frigorifero, le stufe ed i fornelli di cucina anche se a gas o elettrici, la lavatrice, gli utensili di casa e di cucina unitamente ad un mobile idoneo a contenerli, in quanto indispensabili al debitore ed alle persone della sua famiglia con lui conviventi; sono tuttavia esclusi i mobili, meno i letti, di rilevante valore economico, anche per accertato pregio artistico o di antiquariato;
- 3) i commestibili e i combustibili necessari per un mese al mantenimento del debitore e delle altre persone indicate nel numero precedente;
- [...]
- 5) le armi e gli oggetti che il debitore ha l'obbligo di conservare per l'adempimento di un pubblico servizio;
- 6) le decorazioni al valore, le lettere, i registri e in generale gli scritti di famiglia, nonche' i manoscritti, salvo che formino parte di una collezione;
- 6-bis) gli animali di affezione o da compagnia tenuti presso la casa del debitore o negli altri luoghi a lui appartenenti, senza fini produttivi, alimentari o commerciali; (2)
- 6-ter) gli animali impiegati ai fini terapeutici o di assistenza del debitore, del coniuge, del convivente o dei figli.

Desta feita, considerando que até alimentos e combustíveis tem limite de impenhorabilidade, é, no mínimo, crível que o devedor conta com coercibilidade suficiente para não querer sofrer um processo de execução na Itália. Considerando tal característica, referida prática poderia ser tomada por base da experiência italiana e ser melhor desenvolvida no Brasil, onde ainda há forte resistência em se aceitar a penhora, por exemplo, de percentual sobre o salário do devedor.

O atual Código de Processo Civil brasileiro preferiu optar por ser impreciso, em alguns pontos, ao indicar os bens impenhoráveis. Para exemplificar a proposição anterior basta a leitura dos seguintes dispositivos:

Art. 833. São impenhoráveis

[...]

II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

Qual seria a definição de bens de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida? Como definir peças de vestuário ou pertences pessoas de elevado valor?

O Código foi pródigo em utilizar de conceitos abertos e/ou indeterminados em um tópico extremamente sensível para o valor fundamental da dignidade da pessoa humana<sup>12</sup>. Nesse sentido, a prática brasileira poderia evoluir com a experiência italiana e valorar de forma adequada os limites de impenhorabilidade.

Por outro lado, a Itália também poderia desenvolver alguns pontos de seu modelo de execução civil. Considerando o princípio da *nulla executio sine titulo*, em comparação ao Brasil, a Itália possui um rol bastante restrito de títulos extrajudiciais.

Enquanto o Brasil conta com um rol mínimo de 11 títulos executivos extrajudiciais apenas no art. 784, do Código de Processo Civil, na Itália o Código de Processo Civil enunciou apenas três tipos de títulos executivos (sendo um deles judicial), deixando a maior parte da tarefa de especificação para a legislação esparsa<sup>13</sup> - inclusive aquela proveniente do Parlamento Europeu<sup>14</sup>.

12 É claro que o objetivo na utilização de tais termos abertos é permitir que a norma tenha sobrevida em relação à época de criação. Não obstante a utilização de tal técnica, cumpre não olvidar o seguinte ensinamento: "Ainda que impreciso o conceito previsto na lei (conceito jurídico indeterminado), é possível extrair da expressão uma 'certeza negativa' (situações que certamente não se inserem no conceito) e uma 'certeza positiva' (hipóteses que certamente se encaixam no conceito). Entre essas duas 'zonas de certezas', existe a chamada 'zona de penumbra' ou 'de incerteza' em que a definição do conceito demanda uma criatividade maior do interprete" (OLIVEIRA, 2016, p. 152).

13 Art. 474.

(Titolo esecutivo)

L'esecuzione forzata non può avere luogo che in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile.

Sono titoli esecutivi:

- 1) le sentenze, i provvedimenti e gli altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva;
- 2) le scritture private autentiche, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute, le cambiali, nonché gli altri titoli di credito ai quali la legge attribuisce espressamente la sua stessa efficacia;
- 3) gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli.

14 Cf. Regulamento (CE) n. 805/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, que criou o título executivo europeu para créditos não contestados pelo devedor. Esse novo instituto permite que em matéria civil e comercial as decisões, transações judiciais e instrumentos autênticos relativos a créditos não contestados sejam reconhecidos e executados automaticamente num outro Estado-Membro, "sem

Sendo assim, e levando em conta que o título executivo traduz em manifesto reconhecimento de um direito (prestação), um maior rol de títulos executivos extrajudiciais significaria ultrapassar a fase do processo de conhecimento e alçar a realização do direito. Logo, da mesma forma como é realizado na sistemática brasileira, o aumento do rol de títulos extrajudiciais na Itália poderia redundar em acelerar a tutela jurisdicional partindo para a etapa de execução.

Não obstante todas as diferenças, é comum que Brasil e Itália incorporem práticas realizadas no ordenamento um do outro. A título de exemplo, a constrição de bens pela via telemática adotado na Itália em 2014, art. 492-bis do Código de Processo Civil, constitui uma prática recorrente no Brasil desde 2006<sup>15</sup>.

Por outro lado, é igualmente crível que haja intensa e salutar comunicação entre os diversos ordenamentos jurídicos. Nesse sentido, é possível citar o caso da adoção da chamada medida coercitiva atípica, também conhecida por *astreinte*. Referida prática é oriunda do ordenamento jurídico francês, surgida em meados do século XIX, e tem por objetivo aplicar uma penalidade ao sujeito processual que descumprir um provimento judicial (geralmente a penalidade tem cunho pecuniário).

Referido instrumento teve previsão, pela primeira vez, no Brasil com o art. 84, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Posteriormente houve migração da medida para o Código de Processo Civil de 1973, no art. 461, a partir da alteração perpetrada pela Lei nº 8.952/94. Hoje em dia a medida foi mantida no atual Código nos artigos 536 e 537.

Por sua vez, vários anos após a adoção pelo Brasil, o ordenamento italiano incorporou o instrumento da *astreinte* pela primeira vez apenas com a lei nº 69, de 18 de junho de 2009, em seu artigo 614 bis do CPC.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo de execução brasileiro pode ser considerado analítico em demasia, dado as minúcias de alguns assuntos. Todavia, a legislação

---

necessidade de efectuar quaisquer procedimentos intermédios no Estado-Membro de execução previamente ao reconhecimento e à execução” (art. 1 do Regulamento n. 805/2004).

15 Conforme consta do site do CNJ, o RENAJUD foi criado “para evitar a venda de veículos, alvo de restrições judiciais, os magistrados podem utilizar o Renajud, sistema criado pelo CNJ em 2006 e que interliga o Judiciário ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran). Com o Renajud, é possível consultar a base de dados do Registro Nacional de Veículos Automotores (Renavam) e executar restrições on-line de veículos. Antes do sistema, era preciso que o juiz enviasse ofícios aos 27 Detrans de todo o país para obter informações sobre os veículos”. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83502-cnj-amplia-e-difunde-uso-dos-sistemas-de-pesquisas-patrimoniais>>. Acesso: em 13 out. 2017.

brasileira ainda consegue ser confusa em pontos nevrálgicos, a exemplo da enunciação dos bens impenhoráveis. Assim, a execução civil no Brasil continua com variadas questões duvidosas.

Sem embargo de outras tantas razões, a característica meticulosa assumida pelo sistema *civil law* brasileiro em alguns assuntos pode ser atribuída ao desmesurado exercício do princípio da independência funcional da magistratura - o que acarretou um forte ativismo em determinadas searas -, aliada a excessiva judicialização das questões sociais.

Em sendo assim, os objetivos do Novo Código de Processo Civil brasileiro, sem prejuízo de tantos outros que podem ser extraídos - inclusive, da exposição de motivos -, foram angariar celeridade, diminuir o decisionismo e aumentar a segurança jurídica/previsibilidade dos provimentos jurisdicionais. Todavia, a experiência atual ainda demonstra que o ativismo judicial está em franca expansão.

Doutra banda, a forma como o processo de execução civil na Itália se desenvolveu teve por base o delineamento das atividades expropriatórias. Todas as questões surgidas ao longo do processo devem ser determinadas pelo magistrado responsável, considerando aquilo que foi fornecido pela norma e está sendo propagado pela jurisprudência.

Em certa medida, a razão pela qual diversos temas tratados pelo Código de Processo Civil brasileiro não são objeto de maior abordagem pelo Código de Processo Civil italiano é muito simples, alguns temas são tratados pela legislação extravagante italiana (p. ex., execução de alimentos). Em verdade, o atual Código de Processo Civil brasileiro aborda, inclusive, assuntos que na Itália são de competência de outros tribunais (processo contra a Fazenda Pública).

De fato, a execução civil no Brasil tomou rumos diversos daquela realizada na Itália. Além do retorno do Brasil ao que foi alcunhado por codificação (variados assuntos relacionados são reunidos em um instrumento normativo único), muitas questões foram reguladas no Código de Processo Civil ante as práticas diversas aplicadas pelos magistrados sobre o mesmo assunto. Por exemplo, a falta de contornos claros sobre a aplicação da penhora de quotas sociais ou faturamento de empresa geravam graves intercorrências na economia do País.

Com as possibilidades de evolução, resta crer que profícuos estudos possam demonstrar cada vez mais utilidade no entrelaçamento dos instrumentos gestados em cada sistemática no âmbito da execução civil, considerando o sempre atual ensinamento de Michele Taruffo (1996, p. 553): “o conhecimento de outros sistemas é uma ferramenta indispensável para elaborar reformas que tenham uma esperança de serem eficazes”.

**REFERÊNCIAS**

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Alterações do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>.

CARRATTA, Antonio; MANDRIOLI, Cristanto. *Diritto processuale civile*. V. IV. 23. ed. Turim: Giappichelli, 2014.

CASTORO, Pasquale. *Il Processo di Esecuzione: nel suo aspetto pratico*. Undicesima edizione. Milano: Giuffré Editore, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DELLORE, Luiz et al. *Teoria Geral do Processo Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ITÁLIA. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>>.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. v. único. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Método, 2016.

PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile*. Seconda edizione. Milano: Giuffré Editore, 2010.

PISANI, Andrea Proto. Público e privado no processo civil na Itália. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 16, p. 23-24, 2001.

SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2. ed. 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>>.

SOLDI, Anna Maria. *Manuale Dell'Esecuzione Forzata*. Seconda Edizione. Milano: CEDAM, 2009.

TARUFFO, Michele. L'insegnamento accademico del diritto processuale civile. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giufrè, 1996.

---

# O PRÍNCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO: UMA BREVE INCURSÃO NAS EXPERIÊNCIAS BRASILEIRA E ITALIANA

*THE REASONABLE TIME PRINCIPLE IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS: A BRIEF ANALYSIS OF THE BRAZILIAN AND  
ITALIAN EXPERIENCES*

---

*Fabricio Duarte Tanure*

*Pós-graduado em Direito do Estado pela Universidade Estácio de Sá e em regulação  
em mercado de capitais pela Faculdade de Economia da Universidade Federal do Rio  
de Janeiro. Procurador Federal*

*Rodrigo Moura Duarte*

*Advogado da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Princípio da Duração Razoável do Processo no Brasil; 2 O Princípio da Duração Razoável do Processo na Itália; 3 A Irrazoável Duração do Processo e suas consequências; 4 Instrumentos para enfrentar a lentidão dos processos no Brasil e na Itália; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Por meio do presente trabalho, buscar-se-á analisar a aplicação do princípio da duração razoável do processo, abrangendo a ótica brasileira e a ótica italiana. Será analisada a própria noção de duração razoável do processo e de que forma ela foi positivada no Brasil, notadamente após a Emenda Constitucional nº 45/2004, fazendo um cotejo com a situação italiana. Em seguida, serão mostradas algumas nefastas consequências para a sociedade (e para a própria crença no Estado Democrático de Direito), além das medidas adotadas, em ambos os países, para mitigar a lentidão dos processos. Por fim, apresentaremos algumas conclusões sobre as experiências ítalo-brasileiras.

**PALAVRAS-CHAVE:** Razoável Duração do Processo. Legislação. Brasil. Itália.

**ABSTRACT:** By means of the present work, the application of the reasonable time principle in judicial proceedings will be analyzed in both brazilian and italian realities. The own notion of reasonable duration of the process will be analyzed and how it was regulated, notably after the brazilian Constitutional Amendment nº 45/2004, making a comparison with the italian reality. Following that, it will be shown some disastrous consequences for the people (and for the own belief in the Democratic State of Law), also the measures adopted, in both countries, to mitigate the slowness of the judicial proceedings. Lastly, we will present some conclusions about the italian-brazilian experiences.

**KEYWORDS:** Reasonable Time. Legislation. Brazil. Italy.

## **INTRODUÇÃO**

Itália e Brasil possuem uma histórica ligação em diversos temas, especialmente por conta do intenso fluxo migratório do primeiro para o segundo. No campo do Direito, o intercâmbio de informações foi e tem sido formidável, notadamente no que diz respeito ao Processo Civil, sendo exemplo o surgimento da Escola Paulista, que muito influenciou e influencia a formação e o desenvolvimento do direito processual brasileiro. Assim, muitos de seus institutos, teorias e procedimentos foram e são inspirados no processo civil italiano. Como exemplo, basta citarmos autores italianos que até hoje são lembrados e celebrados por sua importância histórica e/ou doutrinária, como Chiovenda, Cappelletti e Liebman.

Assim, não é de se estranhar que existam muitas semelhanças entre o direito processual brasileiro e o italiano. A similaridade perpassa pelos aspectos positivos e também pelos aspectos negativos, como é o caso da aplicação do princípio da duração razoável do processo.

Neste trabalho, buscar-se-á analisar a ideia de (falta) de celeridade processual, abrangendo a ótica brasileira e a ótica italiana. Ambos os países apresentam Poderes Judiciários assoberbados de processos, o que causa uma série de angústias e problemas.

Inicialmente, será analisada a própria noção de duração razoável do processo e de que forma ela foi positivada no Brasil, notadamente após a Emenda Constitucional nº 45/2004, fazendo um cotejo com a situação italiana. Em seguida, serão mostradas algumas nefastas consequências para a sociedade (e para a própria crença no Estado Democrático de Direito), as medidas adotadas para mitigar a lentidão dos processos. Ao final, serão apresentadas algumas conclusões, partindo-se da análise das experiências ítalo-brasileiras.

### **1 O PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NO BRASIL**

O art. 5º, LXXVIII, da CRFB aduz:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela EC 45/2004)

É possível perceber que a Emenda Constitucional nº 45/2004 positivou no texto constitucional a temática de que os processos devem ter uma tramitação célere, sob pena de ineficácia da própria Justiça.

Assim, a razoável duração do processo, desde 2004, passou a ser um direito fundamental, embora setores da doutrina já entendessem que o

princípio do devido processo legal abarcava há muito tempo a ideia de que um processo não poderia demorar um tempo excessivo para ter uma solução definitiva, tal que uma situação prolongada de incerteza não se traduza em denegação da própria justiça. Tal princípio tem larga aplicabilidade no processo civil, mas é, principalmente, no processo penal que adquire enorme importância, sobretudo, neste, em razão da necessidade de tutela do direito à liberdade do indivíduo.

Outro ponto também relevante que já se inferia do art. 5º, LXXVIII, da CRFB, antes do próprio advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, é que, embora parcela considerável da sociedade e da doutrina analise a celeridade apenas na esfera judicial, o prisma extrajudicial também sofre a incidência desse direito fundamental. Portanto, é inadequado restringir a celeridade apenas ao exercício da jurisdição, deixando de lado o tempo que o Poder Público demora para, por exemplo, julgar um processo administrativo disciplinar ou responder a uma consulta do cidadão. Até porque, caso o cidadão não obtenha um provimento em tempo hábil, muito provavelmente ele acionará o Judiciário e, com isso, haverá uma demonstração cabal de desperdício de dinheiro público, pois o que poderia ter uma solução extrajudicial, terá que ser resolvido judicialmente.

Não é à toa que se percebe um nítido movimento legislativo e judicial no sentido de consagrar instrumentos processuais e medidas extrajudiciais para “desafogar” a quantidade monumental de processos em tramitação perante o Judiciário. Como exemplo, segundo o Conselho Nacional de Justiça - CNJ:

O primeiro grau de jurisdição é o segmento mais sobrecarregado do Poder Judiciário e, por conseguinte, aquele que presta serviços judiciários mais aquém da qualidade desejada. Dados do *Relatório Justiça em Números 2015* revelam que dos 99,7 milhões de processos que tramitaram no Judiciário brasileiro no ano de 2014, 91,9 milhões encontravam-se no primeiro grau, o que corresponde a 92% do total. Revelam também que o primeiro grau baixou 24,3 milhões de processos, a demonstrar que sua capacidade produtiva anual é de apenas 27% da demanda (casos novos + acervo) imposta à sua apreciação. Isso demonstra que para dar vazão ao estoque de processos seria necessário cessar a distribuição por quase 4 anos e, nesse período, baixar anualmente o mesmo número de processos de 2014.

[...]

---

1 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdiacao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

De outro lado, dados do Relatório Justiça em Números igualmente demonstram que, apesar da excessiva carga de processos, a força de trabalho disponibilizada ao primeiro grau (servidores) é, proporcionalmente, inferior à dedicada ao segundo. Como consequência, os servidores de primeiro grau estão mais sobrecarregados. Basta dizer que, considerando todo o Judiciário, a carga de trabalho por servidor da área judiciária é de 506 processos no primeiro grau e de 232 no segundo, diferença de 118%.

Essa “torrente” de novos processos representa um dos maiores desafios em inúmeros aspectos: gestão, alocação de servidores e de recursos, quantitativo de magistrados (e de outros atores jurídicos, como o Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Pública e Privada). Por tal motivo é que o art. 4º do novo Código de Processo Civil preleciona que:

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

Porém, diante da magnitude do tema, a duração razoável do processo não poderia ficar restrita a um único artigo no novel diploma processual civil, especialmente diante do seu inerente viés principiológico, ou seja, textura normativa muito aberta e, com as devidas vênias, pouca aplicabilidade prática sem ser feito um grande esforço hermenêutico.

É possível vislumbrar uma maior efetividade em outros dispositivos do Código, como o julgamento antecipado de mérito (art. 355); julgamento de improcedência liminar (art.332); o procedimento monitório (arts. 700 a 702); julgamento monocrático do relator (art. 932); prova emprestada (art. 372), o próprio processo sincrético; a grande difusão de atos e do processo totalmente eletrônico; o IRDR (arts. 976 a 987); a tutela de evidência (art. 311) e a importância da eficácia vinculante de precedentes e súmulas (art. 927).

No julgamento dos Embargos Infringentes na Ação Rescisória nº 1.244, o Supremo Tribunal Federal, por meio do seguinte trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia, bem esclarece a importância de concretude do direito fundamental à duração razoável do processo:

Não basta, contudo, que se assegure o acesso aos órgãos prestadores da jurisdição para que se tenha por certo que haverá estabelecimento da situação de justiça na hipótese concretamente posta a exame. Para tanto, é necessário que a jurisdição seja prestada – como os demais serviços públicos – com presteza que a situação impõe. Afinal, às vezes, a justiça que tarda, falha. E falha exatamente porque tarda.

Não se quer a justiça do amanhã. Quer-se a justiça hoje. Logo, a presteza da resposta jurisdicional pleiteada contém-se no próprio conceito do direito-garantia que a jurisdição representa” (As garantias do cidadão na justiça. O direito constitucional à jurisdição. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). Ed. Saraiva. 1993, p. 37).

Ressalte-se que a prestação jurisdicional firmou-se como um verdadeiro direito público subjetivo do cidadão na Constituição da República. Assim, o Poder Judiciário não é fonte de justiça segundo suas próprias razões, como se fosse um fim e a sociedade um meio. O Judiciário foi criado pela sociedade para fazer justiça, para que os cidadãos tenham convivência harmoniosa. Portanto, é dever do Judiciário dar a resposta buscada pelo cidadão no prazo razoável. A justiça humana se presta aos vivos e em prol da vida que se julga.

Nota-se que a própria Suprema Corte brasileira tem total consciência dos problemas de uma jurisdição em tempo irrazoável, bem como as consequências danosas que isso causa. Obviamente, celeridade não deve significar atropelo processual, ou seja, em nome de um eficientismo *não* pode ocorrer o “atropelo” de uma série de garantias e trâmites procedimentais: contraditório e ampla defesa, produção de provas idôneas...

Analisar até que ponto a celeridade excessiva prejudica o processo como instrumento de Justiça é muito importante e deve ser bem estudado (não sendo tema deste trabalho), mas é evidente que deixar a situação como está não é o melhor caminho para o trâmite processual e tampouco para a efetivação do direito fundamental a uma solução justa e em um tempo adequado.

## 2 O PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NA ITÁLIA

O princípio da duração razoável do processo encontrou a primeira e autorizativa afirmação no ordenamento italiano com a ratificação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Lei n. 848, de 4 de agosto de 1955).

A Itália, assim como o Brasil, possui um sistema processual que é notório pela lentidão. Inclusive, o referido país europeu foi condenado pela Corte Europeia de Direitos do Homem em função de não concretizar adequadamente o direito a uma razoável duração dos processos (art. 6º da Convenção)<sup>2</sup>.

Da mesma forma que no Brasil, a Itália apresenta problemas de lentidão processual por conta de uma série de fatores, tais como a própria

<sup>2</sup> SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2. ed. Disponível em: Acesso em: 20 jan. 2018.

organização do Judiciário e seus problemas (orçamento insuficiente, falta de juízes) e os instrumentos processuais disponíveis. De acordo com Nicola Picardi<sup>3</sup>:

La durata del processo, a volte, è, però, patologica, dovuta cioè a disfunzioni del sistema giudiziario o dello stesso meccanismo processuale. Di qui la necessità di porre rimedi, non solo alla durata fisiologica, al che provvede il processo cautelare, ma anche a quella patologica. Quale rimedio a quest'ultima è prevista la responsabilità dello Stato per la durata non ragionevole del processo.

Diante dessa problemática, o Código de Processo Civil italiano de 1940, editado durante o regime totalitário de Benito Mussolini, sofreu diversas reformas ao longo dos tempos. Segundo Leonardo Faria Schenk<sup>4</sup>:

Restringindo a análise ao período recente, o código de processo civil italiano de 1940, em especial, deu causa a vários problemas. Afirma CIPRIANI que essa reforma (de 1940) teria sido realizada para ajustar o regramento processual civil aos princípios da revolução. Por ela, os direitos das partes foram drasticamente reduzidos, enquanto a posição dos juízes ganhou reforço com uma gama considerável de novos poderes discricionários. A partir de então, para exemplificar, podiam os magistrados fixar a primeira audiência conforme a sua vontade; decidir se as partes poderiam apresentar novas exceções ou requerer novos meios de prova; convocar as partes para interrogatório independentemente do estado do processo e grau de jurisdição; efetuar inspeção pessoal não apenas das partes, mas de terceiros; tentar a conciliação; emanar ordens revogáveis e modificáveis, mas não impugnáveis; além da possibilidade de exigir do autor da demanda o oferecimento de uma caução idônea para o pagamento das despesas processuais.

[...]

Ante o cenário trazido pelo código de 1940, a falência do processo civil de conhecimento na Itália foi quase imediata a sua entrada em vigor, em 21 de abril de 1942.

3 PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile*. Segunda edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

4 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>>. Acesso em: 20 jan. 2018

Alguns motivos foram indicados como determinantes para esse resultado: a designação da primeira audiência era retardada por vários Tribunais de nove meses a dois anos; o juiz instrutor, elo de ligação entre as partes e o colegiado, revelou-se um verdadeiro entrave aos que dependiam da justiça e tinham pressa; a forte redução das garantias processuais, com a impossibilidade de impugnação antes da sentença, ressalvados alguns casos; e também o sistema de rígidos prazos e preclusões, não porque tenham influenciado de forma direta no tempo do processo, mas principalmente porque viabilizavam o alcance de uma sentença injusta. Na época, os advogados se rebelaram principalmente contra a figura do juiz instrutor. Dessa feita, diversamente dos resultados alcançados em outros períodos da história do processo civil italiano,<sup>[7]</sup> eles obtiveram muito pouco.

Inúmeras modificações processuais ocorreram na Itália (situação similar teve o Brasil). Como exemplo, podemos citar: a) a lei nº 69, de 18 de junho de 2009 (introduziu uma medida coercitiva atípica e trouxe algumas modificações sobre a penhora e acerca dos embargos à execução); b) a lei nº 228, de 24 de dezembro de 2012 (modificou os artigos 548 e 549 do CPC sobre a expropriação perante terceiros); e c) a Lei nº 263, de 28 de dezembro de 2015 (entre suas previsões, modificou a classificação dos títulos executivos).

Novamente segundo Leonardo Faria Schenk<sup>5</sup>:

No final dos anos sessenta, a lentidão e a extensão do processo ordinário deram ensejo a respeitáveis estudos criticando o código de processo civil, principalmente por promover uma profunda desvalorização do juízo de primeiro grau e glorificar o exercício da colegialidade, além de impedir a fixação de termos peremptórios pelo juiz para fazer com que o processo pudesse alcançar logo a sentença.

Nos anos setenta, a duração dos processos foi exacerbada!

Em sua segunda metade, a situação se complicou com o aumento do número de causas cíveis em trâmite junto aos pretores e Tribunais. A quantidade adiaava, de modo quase inevitável, a prolação das decisões. Na época, temendo responder processo disciplinar caso não depositassem a decisão em até 60 dias, os juízes começaram a prolongar a audiência colegiada de discussão, driblando, assim, o termo inicial do prazo (a audiência).

5 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>>. Acesso em: 20 jan. 2018

O famoso caso Capuano é um marco histórico. Glória Capuano adquiriu em julho de 1971 um apartamento com terraço e vista para o mar em Potenza. Posteriormente, o proprietário anterior construiu mais apartamentos e isso atrapalhou o acesso à praia, o que onerou a servidão entabulada entre as partes. Glória Capuano efetuou reclamação administrativa contra o proprietário e ele foi multado. Em 1976, Glória Capuano convocou o vendedor e os quatro compradores das novas unidades para uma audiência no Tribunal Distrital de Potenza, marcada previamente para o dia 10 de janeiro de 1977, buscando que as obras fossem demolidas. Ainda nos valendo de segundo Leonardo Faria Schenk<sup>6</sup>:

Já a primeira audiência foi adiada para se realizar a citação de um dos compradores que moravam em Roma. Novos adiamentos, ocasionados por problemas com as partes e os seus patronos, retardaram a marcha processual. Depois de algum tempo, sobreveio a produção da prova pericial, com a inspeção marcada para o dia 23 de abril de 1978, mas realizada apenas em 17 de maio do mesmo ano, por não ter sido possível acessar a todo o prédio. O atraso interferiu na entrega do laudo e dos pareceres das partes, atrasando as audiências, que eram sempre adiadas. Em 12 de julho de 1978 um novo juiz foi designado para preparar o julgamento. Apenas em 12 de junho de 1979 um dos réus impugnou o laudo pericial e pediu prazo para apresentar parecer complementar. Novas discussões ocorreram, resultando no sobrestamento do feito até 12 de fevereiro de 1980. Em abril de 1980, foi determinada a apresentação de um laudo complementar pelo perito. Esse laudo, contudo, mesmo cobrado pelo juízo em várias oportunidades, só foi depositado em cartório em 25 de março de 1982. Antes disso, o juiz da causa foi transferido, fazendo com que uma nova audiência fosse marcada para 4 de maio de 1982, oportunidade em que o advogado da Sra. Capuano cobrou uma decisão sobre o mérito. A postulação, contudo, não produziu resultado imediato! Um dos adversários postulou nova inspeção no prédio, reservando-se o direito de apresentar novo parecer particular. Ouvidas as partes e deferida tal prova, não sem muitas discussões, uma nova audiência foi marcada para o dia 1º de março de 1983. Enfim, a sentença foi prolatada em 14 de julho de 1983. E as partes recorreram. Em sede recursal, as primeiras audiências só tiveram lugar em 27 de novembro de 1984 e 25 de janeiro de 1985. A ausência das testemunhas indicadas e a doença de um dos

---

6 SCHENK, Leonardo Faria. 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>>.

advogados fizeram com que, dentre outros atropelos, a prática do ato processual apenas ocorresse em 29 de abril de 1987. De acordo com as informações prestadas à Corte Européia, em 25 de julho de 1987, quando do julgamento do caso da Sra. Capuano, o Tribunal de Recursos italiano ainda não havia decidido a causa. A lentidão do processo levou a Sra. Capuano a apresentar reclamação contra a Itália na Comissão em 21 de dezembro de 1980. A admissibilidade do pleito foi reconhecida em 03 de outubro de 1983, por decisão unânime, no ponto, entendendo plausível a violação do art. 6º, §1º, da Convenção Européia de Direitos do Homem. Na Corte, portanto, a histórica contenda girou em torno da suposta violação do direito a uma audiência por um tribunal dentro de um prazo razoável.

[...]

Por tudo, concluiu a Corte pela responsabilidade da Itália pela excessiva duração do processo, reconhecendo a existência de violação ao art. 6º, § 1º, da Convenção, bem como consequentes danos patrimoniais, ligados às perdas financeiras experimentadas pela Sra. Capuano, e outros não patrimoniais, provocados pela prolongada incerteza e ansiedade envolvendo o resultado e as repercussões do processo. Assim, por unanimidade, o Estado italiano foi condenado, pela primeira vez na história, como anunciou CIPRIANI, a pagar a uma cidadã italiana uma soma de oito milhões de liras, arbitrada com apoio em bases equitativas, uma vez que os elementos da causa não permitiam a quantificação exata dos danos sofridos em razão da excessiva duração do processo.

A situação de Glória Capuano guarda uma grande semelhança com os fatos que originaram a chamada Lei Maria da Penha, ainda que o caso italiano seja na esfera processual civil e, o caso brasileiro, na esfera penal. Contudo, a lentidão processual é nefasta seja qual for a esfera, ainda que as consequências sejam distintas. No caso da Lei Maria da Penha, a norma recebeu esse nome em homenagem a Maria da Penha Maia, mulher que passou anos sendo agredida por seu marido até ficar parálitica em razão de um tiro desferido pelo agressor. A Lei só foi editada cinco anos após a publicação de relatório pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos denunciando o caso.

Nesse documento foi exposto que o Brasil não cumpria adequadamente seu compromisso de coibir a violência doméstica. Como exemplo da incapacidade de o Estado em punir o agressor (violando, entre outros, o princípio da razoável duração do processo), seguem alguns trechos do

Relatório nº 54/01, caso 12.051, referente à Sra. Maria da Penha Maia Fernandes<sup>7</sup>:

2. A denúncia alega a tolerância da República Federativa do Brasil (doravante denominada “Brasil” ou “o Estado”) para com a violência cometida por Marco Antônio Heredia Viveiros em seu domicílio na cidade de Fortaleza, Estado do Ceará, contra a sua então esposa Maria da Penha Maia Fernandes durante os anos de convivência matrimonial, que culminou numa tentativa de homicídio e novas agressões em maio e junho de 1983. Maria da Penha, em decorrência dessas agressões, sofre de paraplegia irreversível e outras enfermidades desde esse ano. Denuncia-se a tolerância do Estado, por não haver efetivamente tomado por mais de 15 anos as medidas necessárias para processar e punir o agressor, apesar das denúncias efetuadas. Denuncia-se a violação dos artigos 1(1) (Obrigação de respeitar os direitos); 8 (Garantias judiciais); 24 (Igualdade perante a lei) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana, em relação aos artigos II e XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante denominada “a Declaração”), bem como dos artigos 3, 4,a,b,c,d,e,f,g, 5 e 7 da Convenção de Belém do Pará. [...]

[...]

8. De acordo com a denúncia, em 29 de maio de 1983, a Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, de profissão farmacêutica, foi vítima, em seu domicílio em Fortaleza, Estado do Ceará, de tentativa de homicídio por parte de seu então esposo, Senhor Marco Antônio Heredia Viveiros, de profissão economista, que disparou contra ela um revólver enquanto ela dormia, ato que culminou uma série de agressões sofridas durante sua vida matrimonial. Em decorrência dessa agressão, a Senhora Fernandes sofreu várias lesões e teve de ser submetida a inúmeras operações cirúrgicas. Em consequência da agressão de seu esposo, ela sofre de paraplegia irreversível e outros traumas físicos e psicológicos.

[...]

12. Alegam os petionários que, durante a investigação judicial, iniciada dias depois da agressão de 6 de junho de 1983, foram

<sup>7</sup> Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>> Acesso em: 20 jan. 2018.

recolhidas declarações que comprovavam a autoria do atentado por parte do Senhor Heredia Viveiros, apesar de este sustentar que a agressão fora cometida por ladrões que pretendiam entrar na residência comum. Durante a tramitação judicial foram apresentadas provas que demonstram que o Senhor Heredia Viveiros tinha a intenção de matá-la, e foi encontrada na casa uma espingarda de sua propriedade, o que contradiz sua declaração de que não possuía armas de fogo. Análises posteriores indicaram que a arma encontrada foi a utilizada no delito. Com base em tudo isso, o Ministério Público apresentou sua denúncia contra o Senhor Heredia Viveiros em 28 de setembro de 1984, como ação penal pública perante a 1ª. Vara Criminal de Fortaleza, Estado do Ceará.

13. Os peticionários observam que, apesar da contundência da acusação e das provas, o caso tardou oito anos a chegar a decisão por um Júri, que em 4 de maio de 1991, proferiu sentença condenatória contra o Senhor Viveiros, aplicando-lhe, por seu grau de culpabilidade na agressão e tentativa de homicídio, 15 anos de prisão, que foram reduzidos a dez anos, por não constar condenação anterior.

14. Indicam que nesse mesmo dia, 4 de maio de 1991, a defesa apresentou um recurso de apelação contra a decisão do Júri. Esse recurso, segundo o artigo 479 do Código Processual Penal brasileiro, era extemporâneo, pois somente podia ser instaurado durante a tramitação do júízo, mas não posteriormente. Essa impossibilidade legal é reiteradamente sustentada pela jurisprudência brasileira e pelo próprio Ministério Público no caso em apreço.

15. Passaram-se outros três anos até que, em 4 de maio de 1995, o Tribunal de Alçada decidiu da apelação. Nessa decisão, aceitou a alegação apresentada extemporaneamente e, baseando-se no argumento da defesa de que houve vícios na formulação de perguntas aos jurados, anulou a decisão do Júri.

16. Alegam que paralelamente se desenvolvia outro incidente judicial pela apelação contra a sentença de pronúncia (primeira decisão judicial pela qual o Juiz decide que há indícios de autoria que justificam levar o caso ao Júri), apelação que teria sido também extemporânea e que foi declarada como tal pelo Juiz. Para o exame dessa decisão, também interposto recurso de apelação perante o

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, que aceitou considerar a apelação e a rejeitou, confirmando em 3 de abril de 1995 a sentença de pronúncia, uma vez mais reinstituindo que havia indícios suficientes de autoria.

17. A denúncia sobre a ineficácia judicial e a demora em ministrar justiça continua a sustentar que dois anos depois da anulação da sentença condenatória proferida pelo primeiro Júri, em 15 de março de 1996, realizou-se um segundo julgamento pelo Júri em que o Senhor Viveiros foi condenado a dez anos e seis meses de prisão.

18. Os peticionários manifestam que novamente o Tribunal aceitou uma segunda apelação da defesa, em que se alegava que o réu foi julgado ignorando-se as provas de autos. Desde 22 de abril de 1997, o processo se encontra à espera da decisão do recurso em segunda instância perante o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e, até a data da apresentação da petição à Comissão, não havia sido decidido.

19. Alegam os peticionários que, na data da petição, a justiça brasileira havia tardado mais de 15 anos sem chegar à condenação definitiva do ex-esposo da Senhora Fernandes, que se mantivera em liberdade durante todo esse tempo, apesar da gravidade da acusação e das numerosas provas contra ele e apesar da gravidade dos delitos cometidos contra a Senhora Fernandes. Desse modo, o Poder Judiciário do Ceará e o Estado brasileiro agiram de maneira ineficaz deixando de conduzir o processo judicial de maneira rápida e eficiente, com isso criando alto risco de impunidade, uma vez que a punição neste caso prescreve depois de transcorridos 20 anos do fato, o que não demora a ocorrer. Sustentam que o Estado brasileiro devia ter tido por principal objetivo a reparação das violações sofridas por Maria da Penha, assegurando-lhe um processo justo num prazo razoável.

Algum tempo depois da publicação do relatório, parcialmente transcrito, houve a edição da Lei Maria da Penha. Sem adentrar na esfera penal e processual penal do caso, é possível vislumbrar que a excessiva demora em julgar o agressor demonstra, além do despreparo estatal, a evidente violação à razoável duração do processo. Ainda que se alegue que esse princípio não era positivado constitucionalmente, não parece crível entender que os feitos processuais anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004 pudessem se eternizar por conta de uma

falta de previsão na CRFB. Referida interpretação seria sacramentar o descrédito de todos os poderes e, consequentemente, do próprio Estado Democrático de Direito.

### 3 A IRRAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Um processo que se eterniza faz surgir uma série de repercussões para os interessados (partes) e também para o funcionamento do aparato judicial e/ou administrativo. Mas também há consequências que vão se inoculando no seio social, pois a demora, além do efeito danoso para a parte interessada, vai, de forma paulatina, acarretando o descrédito nas instituições nacionais e, na maior parte das vezes, no Judiciário, ainda que nem sempre ele seja o único e exclusivo culpado pela demora.

Em muitos casos, o magistrado depende da atuação de terceiros para o bom andamento processual. Um exemplo banal ilustra bem isso: não são raros os casos de ofícios a órgãos públicos que não são respondidos, o que faz com que a parte precise fiscalizar a demora ou a falta de resposta, pois o juiz não tem como verificar os prazos de respostas de uma infinidade de processos em trâmite perante sua serventia.

Todavia, na fase executória é que os problemas se agravam, ou seja, um credor pode preferir abrir mão da totalidade de um direito creditício por conta de uma demora de anos na obtenção. Assim, ele pode preferir receber menos (ou muito menos) no lugar de aguardar por um longo tempo para receber tudo.

Como bem diz Luiz Guilherme Marinoni<sup>8</sup>:

A morosidade do processo atinge de modo muito mais acentuado os que têm menos recursos. A demora, tratando-se de litígios envolvendo patrimônio, certamente pode ser compreendida como um custo, *e esse é tanto mais árduo quanto mais dependente o autor é do valor patrimonial buscado em juízo*. Quando o autor não depende economicamente do valor em litígio, ele obviamente não é afetado como aquele que tem o seu projeto de vida, ou o seu desenvolvimento empresarial, vinculado à obtenção do bem ou do capital objeto do processo.

Vallisney de Souza Oliveira<sup>9</sup> corrobora o alegado por Marinoni:

---

8 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Curso de Processo Civil, v. 1, p. 188. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

9 OLIVEIRA, Vallisney de Souza. Direito à razoável duração do processo após a Emenda Constitucional n. 45/2004. In: *Constituição e Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, p. 10-11, 2008.

Portanto, com base no princípio aqui tratado, o cidadão pode exigir que se cumpram aceleradamente os prazos legais, com vistas a possibilitar a pronta defesa daquele que sofreu o constrangimento ilegal. Se o tempo legal e/ou razoável extrapolou, quem está preso deve ser solto; se existe prescrição penal a ser declarada, que seja decretada; se existe bem apreendido pela administração ou pelo juiz, que seja liberado. O que não se admite é o angustiado cidadão vir a sofrer prejuízos com a demora da atividade judiciária.

Em qualquer esfera jurídica, a falta de celeridade faz com que inúmeros transtornos surjam. Como pretender que os cidadãos tenham uma maior confiança nas instituições e na Democracia se a solução das lides é algo muito tormentoso e cujo prazo de saída conta-se em inúmeros anos? Como pretender que uma sociedade seja alicerçada em pilares éticos se para um devedor contumaz é melhor aguardar um processo judicial demorado e que fará com que o credor se veja quase que forçado a conciliar para poder receber um direito? Especialmente na Justiça do Trabalho, não são raros os casos de empregadores que não pagam todas as verbas rescisórias na esperança de que se o ex-empregado ajuizar uma demanda laboral, as chances de um acordo são enormes, reduzindo o prejuízo do empregador.

No âmbito dos juizados especiais, o que vem ocorrendo é que os litigantes privados contumazes (companhias telefônicas, instituições financeiras e prestadoras de serviços) preferem arcar com os custos de escritórios de advogados e pagar indenizações irrisórias a prestarem um serviço adequado. Como exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro divulga anualmente o *ranking* dos maiores litigantes em juizados especiais cíveis. Isso permite verificar que as mesmas empresas permanecem no topo dessa classificação, com pequenas variações.

Além do desprezo de tais empresas pelo Judiciário, outras consequências aparecem. A primeira delas é o enorme custo de manutenção de todo um aparato jurídico para tentar “dar conta” dessas demandas, isto é, o contribuinte vê os recursos direcionados ao Judiciário sendo drenados para “girar uma roda” causado por entes privados que preferem manter essa dinâmica no lugar de prestar um serviço minimamente adequado.

Não parece muito racional que dinheiro público seja usado irracionalmente para manter essa estrutura, ou seja, empresas privadas geram danos no atacado e, quando ressarcem, fazem no varejo e por valores irrisórios. Somado a isso, há uma verdadeira contabilidade macabra, pois é mais vantajoso do ponto de vista econômico manter contratos com escritórios e advogados para “cuidarem” de causas simples e cujas

condenações não ocasionam um efeito pedagógico e punitivo, muito pelo contrário.

Uma segunda consequência é que com o excesso de processos por conta de demandas simples, o Judiciário precisa alocar recursos humanos e materiais para gerir essa massa processual. Consequentemente, juízes, servidores e equipamentos que poderiam ser usados em demandas mais complexas ou mais sensíveis, são desviados para atender a uma legítima expectativa social nas causas mais simples, mas que não deveriam ser tão numerosas.

Como terceira consequência, não são raras as situações nas quais as pessoas preferem não “levar adiante” uma demanda processual por conta da demora na prestação jurisdicional. Elas fazem uma contabilidade “às avessas” para analisar o tamanho do prejuízo, ou seja, se for uma perda de pequena monta, “compensa” não levar adiante. Isto talvez seja a pior situação, pois é a premiação para os danos causados por terceiros.

Depreende-se que o excesso de ações judiciais por motivos facilmente solucionáveis gera o assobramento do trabalho de magistrados e demais atores jurídicos, mas também faz com que o tempo e recursos disponíveis para demandas mais sensíveis torne-se menor. Além de, como já dito, fazer com que a credibilidade dos cidadãos na Justiça fique cada vez mais fraca, fragilizando um dos principais pilares de um Estado Democrático de Direito.

#### **4 INSTRUMENTOS PARA ENFRENTAR A LENTIDÃO DOS PROCESSOS NO BRASIL E NA ITÁLIA**

Diante de panorama assustador de grande quantidade de causas em tramitação no Judiciário, cujo tempo de solução ultrapassava o limite do razoável, inúmeras reformas, processuais foram feitas na legislação brasileira, objetivando-se reduzir o excesso de litigiosidade, assim como também ocorrera em relação ao direito constitucional-processual italiano.

Iniciemos pelas inovações brasileiras. Contudo, antes de adentrar em cada uma delas, é preciso ter em mente que a mudança de mentalidade deve ser a principal medida a ser adotada. Não é crível que, na maior parte das faculdades de Direito, no Brasil, apenas se ensine a litigar judicialmente, isto é, não ensinando a função preventiva do advogado, a busca por soluções extrajudiciais. Em suma, o panorama do ensino jurídico é desolador, apenas (de)formando diversos operadores jurídicos que creem cabalmente no chamado otimismo juridicizante (expressão de Pablo Lucas Verdu).

Consoante os ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>10</sup>:

O otimismo juridicizante tem levado ao texto das constituições toda sorte de ambições e de pretensões que, não obstante seu elevado cunho moral, nada têm a ver com a realidade das sociedades e, ao contrário, colidindo com as possibilidades reais do Estado e da sociedade, carregam para a Constituição descrédito e desprezo.

Positivar a razoável duração dos processos e não conseguir efetivá-la é péssimo para a Democracia. E se os atores do Direito não conseguem modificar a forma de agir, cria-se o cenário ideal para a grande propagação do descrédito nas instituições democráticas, o que faz florescer ideais autoritários. Crer que um processo judicial irá resolver qualquer problema é uma utopia. Multiplicando isso por uma escala de milhões de processos, o custo financeiro e social da demora na aplicação de (eventuais) soluções é imenso.

Basta imaginar o tema do fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos. Há milhares de ações sobre o dever que o Estado brasileiro tem de custear remédios e tratamentos, geralmente com iniciais padronizadas, contestações padronizadas, sentenças padronizadas, apelações padronizadas e acórdãos padronizados. São demandas, na maior parte dos casos, que seriam solucionadas pela ótica gerencial do SUS, e não por uma “canetada” judicial. Esta observa apenas a árvore, e não a floresta, e, ainda assim, crê-se que, ao se decidir pelo fornecimento de um remédio, ocorre a resolução do problema.

Em realidade, ocorre a resolução do problema desta ou daquela pessoa, mas um processo judicial desses, que costuma ser simples, quando analisado em escala “de floresta”, permite visualizar a quantidade de demandas similares que ocupam tempo e espaço dos juízes, fazendo com que demandas realmente complexas tenham menos atenção. Além de, como dito, a solução judicial individual não resolver o problema geral, ou seja, apenas a ótica individual é solucionada.

Esse exemplo mostra que a celeridade vai muito além de soluções legislativas, apesar de elas serem importantes. Como já dito, a mentalidade deve sofrer modificações, sob pena de a razoável duração dos processos ser mais um dos objetivos que servem para ornamentar o texto constitucional, mera norma programática, mas que estaria em dissonância com a realidade dos fatos.

Adentrando nas medidas legislativas adotadas no Brasil, nos últimos tempos, tem-se que os juizados especiais (cíveis, criminais, federais e da fazenda pública) possuem importância, apesar de também apresentarem

10 Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/44973/47902>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

um grande congestionamento processual. De qualquer forma, as normas que os criaram e os aperfeiçoaram são medidas claramente feitas com o intuito de garantir um maior acesso à Justiça. Evidentemente, acesso à Justiça não é só o direito de protocolar uma ação, mas o de obter uma prestação jurisdicional célere e justa.

Uma medida que nem sempre é cumprida na prática das serventias brasileiras é a prioridade processual para os idosos. A Lei nº 10.741/03, conhecida como Estatuto do Idoso, dispõe que os idosos possuem prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente. O ponto mais interessante é que a prioridade se estende aos processos e procedimentos na Administração Pública, empresas prestadoras de serviços públicos e instituições financeiras, ao atendimento preferencial junto à Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal em relação aos Serviços de Assistência Judiciária.

Chama atenção o fato de que o Estatuto do Idoso prevê uma prioridade para um grupo de idosos e uma prioridade ainda maior para outros idosos. O art. 71, caput, da Lei nº 10.741/03 estatui que:

Art. 71. É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.

Contudo, o art. 71, §5º, da mesma norma, incluído em 2017, assegura uma espécie de superprioridade aos idosos maiores de 80 anos:

§ 5º Dentre os processos de idosos, dar-se-á prioridade especial aos maiores de oitenta anos. (Incluído pela Lei nº 13.466, de 2017).

Isso é um claro exemplo de como o tempo pode impactar negativamente a resolução de uma demanda e, por decorrência, fazer com que uma pessoa de mais idade inicie uma demanda, obtenha uma decisão favorável e, por exemplo, na execução, não consiga obter o bem da vida pretendido, isto é, faleça antes de ter em mãos a pretensão. Ainda que os herdeiros consigam ter em mãos o que o idoso pretendia obter, o aspecto moral e social do Judiciário fica muito desacreditado, pois mostra que não se conseguiu dar a um cidadão brasileiro um direito que lhe devido.

Situação similar ocorre com as pessoas portadoras de deficiência, nos termos do art. 9º, VII, da Lei nº 13.146/15:

Art. 9º A pessoa com deficiência tem direito a receber atendimento prioritário, sobretudo com a finalidade de:

[...]

VII - tramitação processual e procedimentos judiciais e administrativos em que for parte ou interessada, em todos os atos e diligências.

Essas duas medidas legislativas mostram que o tempo causa maior impacto negativo em determinados nichos sociais. Outro exemplo significativo envolve a sistemática dos precatórios (que são demorados por natureza). Há inúmeras filas de precatórios e, dentro delas, os idosos e pessoas portadoras de deficiência também possuem prioridade. Estatui o art. 100, §2º, da CRFB:

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares, originários ou por sucessão hereditária, tenham 60 (sessenta) anos de idade, ou sejam portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 94, de 2016)

Outro conjunto de medidas adotadas pelo legislador brasileiro, inclusive com previsão no novo CPC, envolve a mediação, a conciliação e arbitragem. Ressalte-se que no novo procedimento do CPC há a previsão de designação de uma audiência de mediação para que as partes tentem chegar a um acordo. Porém, como já afirmado anteriormente, se a sociedade e o poder público não modificarem a forma de agir, a audiência será apenas uma fase burocrática no processo. Ou, em caso mais grave, deixará de ser feita porque já se saberá, de antemão, que ambas ou uma das partes não terão interesse em comparecer.

Na Itália, como já foi dito, o princípio da duração razoável do processo encontrou a primeira e autorizativa afirmação no ordenamento italiano com a ratificação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Lei n. 848, de 4 de agosto de 1955). Em passado relativamente recente, foi objeto de explícita previsão constitucional, por meio da emenda constitucional n. 2, de 22 de novembro de 1999. Ademais, inúmeras modificações nas leis processuais ocorreram na Itália, como mencionado alhures.

Nada obstante, a Itália foi condenada, inúmeras vezes, por conta da violação à Convenção dos Direitos Humanos (Cedu), no que diz respeito à duração razoável dos processos. Vivia-se o paradoxo de tal princípio estar estribado no direito constitucional italiano, mas cuja aplicabilidade não existia na prática.

Em artigo intitulado “*La durata ragionevole del processo civile in Italia*”, a professora Mariacarla Giorgetti<sup>11</sup> bem resumiu a situação:

In particolare, l'Italia ha recepito la Cedu con la Legge 4 agosto 1955 n. 848, così assumendosi l'obbligo di rispettare anche il diritto alla ragionevole durata del processo, ex art. 6, paragrafo 1, Cedu. Il rispetto dell'obbligo è apparso immediatamente assai difficile per il nostro paese, più volte citato in giudizio e condannato dalla Corte europea dei diritti umani, la quale si è fatta garante, ex art. 41 Cedu di garantire un equo ristoro alla vittime del danno. Come conseguenza diretta, la Corte di Strasburgo ha dovuto intimare all'Italia di adottare strumenti di diritto interno idonei a fronteggiare il carattere continuativo e diffuso della violazione dell'art. 6 Cedu e, dunque, la perdurante incapacità di garantire la ragionevole durata del processo. Peraltro, in ossequio al principio della sussidiarietà della giurisdizione, stabilito dall'art. 35, paragrafo 1, Cedu, occorre riportare la risoluzione delle controversie scaturite da un'irragionevole durata del processo nell'ordinamento italiano, dal momento che l'art. 6 Cedu non mostrava un'efficacia *self executing* e la costituzionalizzazione del principio, avvenuta con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, intervenuta sull'art. 111 Cost., conteneva mere indicazioni di programma rivolte al legislatore, mentre del tutto inadeguata era apparsa l'adozione della legge 13 aprile 1988, n. 117, Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati.

A Lei n. 89, de 24 de março de 2001, conhecida como *Legge PINTO*, em homenagem ao Senador autor do projeto de lei, foi a resposta a este problema. Ela estabeleceu a previsão de reparação pecuniária em caso de violação ao término razoável do processo, modificando o artigo 375 do Código de Processo Civil Italiano.

Em uma primeira análise, a *Legge Pinto* seria uma concretização específica da norma constitucional em termos de legislação ordinária.

11 GIORGETTI, Mariacarla. Disponível em: <[http://www.giustiziabrescia.it/allegato\\_corsi.aspx?File\\_id\\_allegato=1406](http://www.giustiziabrescia.it/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=1406)>. Acesso em: 04 fev. 2018.

Entretanto, para autores, como o Professor Vincenzo Garofoli<sup>12</sup>, a referida lei seria uma disciplina “tampão”, que não atua sobre a estrutura do processo a fim de garantir a sua célere conclusão, mas sim a de remediar o problema por via da reparação do dano causado pela duração exasperada do processo.

Concordamos com o autor, pois a reparação do dano é um efeito distorcido provocado de um sistema processual incapaz de garantir a duração razoável do processo, porque não ataca a causa do problema, mas a sua consequência. Por outro lado, vê-se que é desnecessária a criação de lei para se reconhecer o direito à reparação por violação ao princípio da duração razoável do processo. No Brasil, por exemplo, inexistente legislação ordinária e nem por isso o dano deixa de ser reparado.

À guisa de ilustração, cite-se o acórdão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4 Região, na Apelação Cível n. 2001.04.01.085202-9 (DJU de 05/10/2005), cujo trecho da ementa que interessa é abaixo transcrita:

[...] O dano moral deve ser apurado a partir de sua dupla natureza, compensatória para a vítima e punitiva ou sancionatória para o ofensor, cuidando-se, ainda, de evitar o enriquecimento sem causa.

No presente caso, atentando-se aos critérios de moderação e prudência, as peculiaridades do caso, o tempo do processo e, também, ao grau de intensidade da culpa do responsável, a intensidade do sofrimento da vítima e a retratação verificada quanto aos danos materiais, o valor fixado obedece um padrão de razoabilidade [...]

E é o juiz quem deve, em nome do Estado, velar pela célere solução do litígio. A demora do processo inflige à parte o sofrimento, inclusive psicológico. Por isso, a efetiva prestação jurisdicional é problema que aflige os operadores do direito de longa data.

Exsurge, a partir daí, a necessidade de uma interpretação sistemática das normas constitucionais, realizando o direito de obter a decisão justa em tempo razoável. Nessa trilha, de há muito a doutrina e a jurisprudência pátrias vêm trabalhando com o conceito de efetividade da jurisdição, buscando através de princípios consagrados

---

12 GAROFOLI, Vincenzo. *La durata ragionevole del processo (garanzia oggettiva) e la durata irragionevole del “processo breve” (garanzia soggettiva)*. Disponível em: <[http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto\\_penale\\_e\\_procedura\\_penale/2\\_Garofoli\\_durata\\_processo.html](http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_penale_e_procedura_penale/2_Garofoli_durata_processo.html)>. Acesso em: 04 fev. 2018.

na Constituição, como o da universalidade, o da jurisdição e o do devido processo legal, a concretização do ideal de uma justiça célere. É seguindo nesta rota que a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, inseriu no art. 5º, o inciso LXXVIII, com a seguinte redação: “- a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação». Foi consagrada, desta forma, como garantia do cidadão, a razoável duração do processo e a celeridade processual. A Constituição de 1988 consagrou o princípio da universalidade de jurisdição, no art. 5º, inciso XXXV, pelo qual não se excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito. Acresce-se, agora, que a jurisdição deverá ser célere, prestada em tempo razoável. Exatamente por isso, a garantia de razoável duração do processo e celeridade processual deve ser concretizada de imediato, independentemente de qualquer outro ato normativo complementar. Seu conteúdo normativo se impõe. Saliente-se que a garantia ora examinada foi inserida no art. 5º da CF, que possui um § 1º, determinando a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Manifesta-se, a partir da norma constitucional transcrita, um direito subjetivo a uma razoável e célere duração do processo.

Direito subjetivo que, como tal, opõe-se ao Estado. Há norma consagrando o direito fundamental de exigir do Estado uma prestação jurisdicional apropriada. Deixar de dar aplicabilidade imediata ao novel dispositivo constitucional é torná-lo letra morta. É retirar a força normativa da Constituição e ela admitirá, então, voltar a ser acusada de uma “mera folha de papel”.

Não há qualquer razoabilidade em um processo tramitar por trinta anos com a promessa de mais outro tanto. Razoável duração do processo é conceito que deverá ser realizado em cada caso. Neste caso, a razoabilidade determina, impõe, que a decisão produza efeitos imediatamente. A parte tem direito a uma resposta adequada do Estado. E o Poder Judiciário é o foro de afirmação deste direito. O processo ainda não saiu de um Tribunal e certamente ainda transitará por outros [...]

Certo é que a legislação acaba cumprindo um papel secundário, porque não pode se sobrepor ao direito fundamental do indivíduo, o que deve prevalecer, sob qualquer circunstância, impondo-se uma interpretação consentânea com o regramento constitucional.

## 5 CONCLUSÃO

Como foi visto, o princípio da duração razoável do processo assenta-se tanto no direito brasileiro como no italiano.

É inegável que o bordão “Justiça tardia é Justiça negada” assume grande importância no direito civil e no direito penal, sobretudo neste, em razão da necessidade de tutela do direito à liberdade do indivíduo. Também tal princípio é aplicável aos processos de natureza extrajudicial, como por exemplo, os processos administrativos, no sentido de não apenas garantir a dignidade dos administrados, mas também, sobretudo, atender ao princípio da eficiência administrativa.

Por meio deste artigo, pudemos observar que a lentidão no andamento dos processos é tema recorrente na Itália e no Brasil, sendo certo que ambos os países fizeram reformas constitucionais e legislativas, visando ao real enfrentamento deste problema que tanto ameaça o Estado Democrático de Direito.

Na Itália, por exemplo, após inúmeras condenações da Corte Europeia de Direitos Humanos, foi editada a Lei Pinto, cujo mérito foi prever a reparação pecuniária em caso de violação ao término razoável do processo, nada obstante as críticas no sentido de que a norma não ataca a causa do problema, mas sua consequência. No Brasil, inexistente este tipo de lei, mas nem por isso, os Tribunais deixam escapar à apreciação o direito à reparação do dano.

A busca pela duração razoável do processo deve ser permanente. Obviamente, celeridade não deve significar atropelo processual, ou seja, em nome de um eficientismo *não se pode “atropelar” uma série de garantias e trâmites procedimentais*: contraditório e ampla defesa, produção de provas idôneas.

Sabemos, inclusive, que a contribuição dos operadores do Direito se faz necessária, a fim de evitar a judicialização ineficiente, problema que decorre, em grande parte, de uma deformação no ensino em faculdades de direito do Brasil, pois algumas não estimulam os estudantes a utilizarem ferramentas de conciliação, composição, mediação, arbitragem, dentre outros, em nome de um “otimismo juridicizante”. As escolas latinas têm a tradição do princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas isto não deve ser confundido com exacerbação da litigiosidade.

Sob todos os aspectos considerados, Brasil e Itália precisam continuar aprimorando os instrumentos e institutos processuais, mas também investir em recursos tecnológicos e humanos, sob pena de o princípio da duração razoável do processo ser um mero “enfeite decorativo”.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>.

ITÁLIA. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>>.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. v. único. 8. ed. São Paulo: Método, 2016.

PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile*. Seconda edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

*Relatório nº 54/01, caso 12.051, referente à Sra. Maria da Penha Maia Fernandes*. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2. ed. Disponível em: <<http://www.arco.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>>.

---

# A MEDIAÇÃO PELA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

*MEDIATON BY THE UNION'S GENERAL ADVOCACY*

---

*Fernanda dos Santos Ricciarelli*

*Procuradora Federal, atuando na Divisão de Matéria Administrativa na Procuradoria  
Federal no Estado do Paraná*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Mediação; 2 Mediação no Novo Código de Processo Civil; 3 Advocacia Geral da União como Mediadora; 4 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** O texto trata da mediação, reconhecida como um dos meios alternativos na solução de conflitos, aqui especificamente trazendo a novidade da Advocacia-Geral da União como mediadora de conflitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mediação. NCPC. Mediação pela Advocacia-Geral da União. Avanços.

**ABSTRACT:** This article covers the mediation, recognized as one of the alternative means for conflict resolution, specifically bringing the novelty of the Union Advocacy General as a mediator of conflicts.

**KEYWORDS:** Mediation. New Code of Civil Process. Mediation by the Unions's General Advocacy. Advances.

## INTRODUÇÃO

A mediação, apontam os historiadores, tem origem na milenar cultura oriental onde a mediação integra usos e costumes, mas pode se afirmar que a mediação nasceu com a civilização, pois onde existem conflitos, existe a mediação, ainda que ela tenha se dado na informalidade.

Entretanto, somente recentemente é que a mediação tem sido reverenciada. Assim, Cappelletti aponta que na década 70 nasceu um movimento de acesso à Justiça, que almejava modificações sistêmicas com a finalidade de atender aos litigantes, tendo sido identificadas três ondas onde se buscava reconhecer quais seriam os problemas existentes que deveriam ser enfrentados e quais seriam as formas de solucioná-los.

Segundo o processualista italiano, a primeira onda cuidou do entrave econômico e dirigiu a solução para a assistência judiciária gratuita e orientação jurídica, visando proporcionar aos cidadãos menos favorecidos economicamente o acesso à Justiça. A segunda onda, por sua vez, dizia respeito a organização da Justiça, que dificultava a defesa de direitos e interesses coletivos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor, sendo solucionado com a possibilidade de ações populares ou coletivas; e, a terceira onda, denominada por Bryant Garth e Cappelletti<sup>1</sup>, como simplesmente de “ênfase de acesso à justiça”, serviria para diminuir a necessidade de serviços jurídicos para a solução de conflitos, preocupando-se em apontar métodos alternativos para dirimir tais contendas.

Reconhece o multicitado processualista que dessa terceira onda emergiram as formas conciliatórias, denominadas, inicialmente, de *alternative dispute resolution* (ADR)<sup>2</sup>, para a solução de conflitos que se tornaram conhecidas: a conciliação, mediação e arbitragem, dentre outras.

Os meios alternativos de conflitos foram recebidos com temor pelos processualistas, pois a novidade os angustiava com questões novas, inexistente para eles já acostumados à dialética processual. Novamente Cappelletti defendeu a mediação, que trouxe argumentos aos métodos de aplicação, pontuando que jamais poderiam faltar nestes métodos as garantias constitucionais típicas do processo e a necessidade de pessoas qualificadas e preparadas para o exercício destes procedimentos conciliatórios, sob pena de se tornar uma Justiça de segunda classe.

Não podemos deixar de louvar a mediação como meio alternativo ou adequado para a solução de controvérsias entre particulares e sobre a auto composição de conflitos no âmbito da Administração Pública e no

1 CAPPELLETTI, Mauro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Editora RT, volume 41/2014, p. 405.

2 *Ibidem*, p. 405.

Brasil desde a introdução da Lei n.º 9307/1996, podendo-se afirmar que o Estado não mais possui o monopólio da jurisdição.

## 1 MEDIAÇÃO

A mediação, ocorre quando as partes, em busca de uma solução para os seus problemas ou litígios, acabam por aceitar que uma terceira pessoa, estranha ao litígio, intervenha, explicando quais são os direitos, as obrigações e as consequências que dizem respeito sobre o litígio que travam na tentativa que tal mediação as direcione para uma solução mais justa para o caso.

Conforme revela Warat<sup>3</sup>, a mediação nos proporciona a alternatividade na solução dos conflitos; e esta alternatividade é a possibilidade de ver o outro, perceber o outro e suas dificuldades no conflito, modificando a visão de litigiosidade que o próprio conflito já traz, para manejar soluções melhores para cada caso.

A mediação utiliza metodologias por necessitar de vasto e complexo conhecimento interdisciplinar, especialmente ligado a comunicação, a psicologia, ao direito, a sociologia, a psiquiatria, etc.

Dentre os métodos de mediação existentes reconhecem a tradicional de Harvard, também chamada de mediação facilitativa; a mediação avaliativa; a transformativa e a circular narrativa, como explica Vasconcelos<sup>4</sup>.

Baseada no diálogo entre as partes, incentivado pelo mediador, busca-se demonstrar que não existem adversários, mas responsáveis mútuos pelo objeto do litígio. Quanto aos métodos utilizados diferem pela finalidade. A mediação facilitativa e a avaliativa tentam chegar a um acordo; já a transformativa e a circular visam reestruturar a relação; o que será escolhido pelo mediador em razão da necessidade que foi avaliada e encontrada no caso em concreto, mas em tudo respeitando a vontade das partes para a solução do conflito. Uma vez que a escolha pelo método deverá ser feita pelo condutor.

A mediação facilitativa serve de modelo para todas as outras mediações. Apresentadas as partes e o mediador, explica-se como se desenvolve a mediação. Na busca do acordo as partes são questionadas e identificam-se os interesses, para que cheguem à realidade existente. O mediador não indicará a solução e muito menos pode impô-la, apenas facilita as negociações.

3 WARAT, Luis Alberto. *Surfando na Pororoca: o ofício do mediador*. Santa Catarina: Fundação Boiteux, p. 62, 2004.

4 VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 3. ed. São Paulo: GEN, p. 54, 2014.

Já a mediação avaliativa, a mais tradicionalmente utilizada, todavia com nuances de conciliação, onde o condutor, em posição hierárquica acaba por iniciar diálogos entre as partes convocando-as para o consenso.

O mediador tem um papel peculiar a exercer nos conflitos, necessita levantar as questões, devendo ter sensibilidade e responsabilidade bastante para visualizar o direito a ser protegido. Afinal, cabe ao mediador diferenciar o que é fato do que é mera expectativa de direito, conduzindo-as para a realidade que as cerca.

A mediação é a arte da sensibilidade, pois há que se entender o que cada uma das partes sente, sem interpretar, mas colocando-se no lugar dessas para melhor entendê-las. Só assim, com essa percepção de cada uma das partes é que o mediador consegue dar fim aos litígios. Por isso a imparcialidade é imprescindível

Existem várias técnicas de mediação, mas ainda assim a mediação somente pode apresentar resultados sempre que as partes em conflitos forem cada qual chamada as suas responsabilidades e sobre as consequências caso não haja cumprimento do que foi acordado em razão da mediação. Como se disse anteriormente, é imprescindível que o mediador se coloque no lugar de cada uma das partes para que melhor possa compreender as suas motivações com relação ao litígio.

O diálogo é imprescindível entre mediador e mediados, podendo se dizer que para que a mediação efetivamente ocorra é necessário o diálogo e a compreensão entre mediador e mediados.

Segundo Cooley<sup>5</sup>, aposentado juiz federal norte-americano e professor das faculdades de Direito da Universidade de Loyola e da Universidade Northwestern, o processo de mediação se divide em oito fases: i) iniciação, quando proposto o conflito perante organizações públicas ou privadas, buscando a solução do conflito; ii) preparação, momento que são colhidas as informações e pontos controversos; iii) sessão inicial ou apresentação, ocorre a explicação do método que se desenvolve a mediação para as partes e o advogados; iv) declaração do problema, fase que ocorre a delimitação dos pontos controversos; v) esclarecimento do problema, onde o mediador aclara a questão básica do conflito; vi) geração e avaliação das alternativas; vii) seleção das alternativas; viii) acordo e finalização, com a formalização do termo de transação.

A mediação não é a solução para todos os conflitos, mas é um método alternativo onde a solução desse dificilmente será motivo de discórdia.

Com a Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995, conhecida como Lei do Juizado Especial, o Brasil encampou em sua legislação processual a figura da auto composição: mediação civil, mediação comunitária, mediação

5 COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*, Brasília: UnB, 2000.

penal e conciliações. A legislação se preocupa em normatizar o método de aplicação deste tipo de auto composição para que este meio de solução de conflito não abale a confiabilidade dos cidadãos no sistema judicial.

A primeira iniciativa legislativa ocorreu com o Projeto de Lei n.º 4.827/1998, de proposta da Deputada Zulaiê Cobra, que, todavia, não foi convertido em Lei.

Os processualistas Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover<sup>6</sup> ressaltam a importância da “justiça conciliativa”, amparando em legislações estrangeiras, a exemplo do sistema norte-americano (Rule 16, *Federal Rules os Civil Procedure*), onde o juiz, visando a celeridade processual, agiria ativamente, indicando a mediação como meio de solução alternativa para as partes no processo. Nessa linha, veio a Resolução n.º 125, de 29 de Novembro de 2.010, do Conselho Nacional de Justiça, que nomina a auto composição dos conflitos como política pública, com recomendação, estimulação, apoio e difusão de ser utilizada pelos Tribunais, mesmo na vigência do Código de Processo Civil de 1.973. Essa Resolução traz como Anexo III o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais<sup>7</sup>, citando os princípios para a atuação dos mediadores judiciais, restando incontestado que o instituto da mediação vem crescendo ao longo dos anos, adquirindo cada vez mais importância no cenário jurídico.

## 2 MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A mediação é tratada pelo Novo Código de Processo como método de solução consensual de conflitos, artigo 3º, parágrafo terceiro, criando o dever de estimular que esse método alternativo seja utilizado por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, ainda que o processo já tenha se iniciado; o que significa dizer que a regra será aplicada tanto no início quanto nos processos em curso.

O mediador é reconhecido como sujeito do processo no NCPC, no Livro III, no Título IV como um dos auxiliares da justiça e no Capítulo III, especialmente na Seção V, acontece a regulamentação de sua atuação. Anteriormente o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução n.º 125/2012, já a disciplinava em seus artigos 165 a 175, como política pública.

6 WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGASTRA NETO, Caetano (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo*. São Paulo: Atlas, p. 6-10, 2007.

7 Art. 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação, com Redação dada pela Ementa n.º 1, de 31.01.2013.

Incumbe, portanto, aos Tribunais a fomentação de órgãos para tornar efetiva a aplicação do instituto da mediação, desde que observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça, conforme determina o próprio artigo 165, *caput* e parágrafo 1º.

Devem ser conjugados os princípios, tanto os indicados no NCPC, no artigo 166<sup>8</sup>, como os contidos na Resolução retro mencionada. Os mencionados na lei processual regem o instituto, os segundos regem a conduta dos operadores do instituto e acabam se interligando. O referido artigo 166 repete alguns dos princípios que regem os condutores da mediação; todavia, aos mediadores são reconhecidos outros princípios também, tais como: competência, neutralidade, respeito à ordem pública e as leis e validação.

Conforme bem aponta Mônica Rodrigues<sup>9</sup> as regras que regem o procedimento da conciliação/mediação são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para o bom desenvolvimento daquele, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas: I - Informação - dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos referidos no Capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo; II - Autonomia da vontade - dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento; III - Ausência de obrigação de resultado - dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles; IV - Desvinculação da profissão de origem - dever de esclarecer aos envolvidos que atuam desvinculados de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos; V - Compreensão quanto à conciliação e à mediação - Dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento.

8 Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

9 RODRIGUES, Mônica Cecílio. *A importância da mediação nos conflitos recorrentes*. Unisul de fato e de direito, v. 13, p. 93-108, 2016.

Oportuno observar o impedimento contido no artigo 166, parágrafo 5º, especificamente aos advogados de exercerem a mediação no mesmo juízo em que desempenharem a sua função jurídica. A função do advogado não se pode misturar com a de mediador no mesmo juízo, veja que esta duplicidade de encargos não se coaduna com os princípios de imparcialidade e autonomia que ambas as funções exigem para o seu fiel e imparcial exercício. Tanto é assim que o artigo 172 do Código de Processo Civil impede seja mediador pelo prazo de um ano a contar do término da última audiência em que atuou como advogado de qualquer das partes.

A mediação no Brasil, num primeiro momento, pode ser vista como eletiva e facultativa, de acordo com o parágrafo 4º, do artigo 334, para qualquer das partes; e elevada como requisito da petição inicial, precisamente no artigo 319, inciso VII, a omissão de sua escolha pode ser causa de emenda, devendo o autor esclarecer sob pena de indeferimento (artigo 321, parágrafo único).

Todavia, atenta a leitura do citado parágrafo do artigo 334, verifica a exigência de manifestação das partes, expressamente, quando não houver interesse na composição consensual e de modo contrário também.

Mesmo que a lei processual exija que a declaração seja das partes, determinando o prazo no artigo 334, parágrafo 5º, da Lei Processual; alguns juízes têm entendido que somente a manifestação de ambas as partes pelo desinteresse em conciliar, quando basta que uma delas manifeste expressamente a sua falta de interesse em conciliar. Acrescendo que o artigo 166, caput, elenca como princípio da mediação a autonomia da vontade das partes, por isto não poderá ser imposta ao discordante deste meio.

Também no artigo 334, *caput*, o tipo da audiência é tratado com alternatividade, conciliação ou mediação. O juiz deverá estar atento, a disposição legal quando for designar a audiência preliminar, posto que a norma explícita a diferença substancial ao papel do conciliador e do mediador, regulada pelo artigo 165, respectivamente, nos parágrafos 2º e 3º, e que deverá ser respeitada e cumprida, para que realmente se efetive os meios alternativos de solução dos conflitos.

Surpreende o NCPC, no parágrafo 8º, artigo 334, quando imprime multa somente a ausência, injustificada, da parte na audiência de conciliação, considerando até mesmo ato atentatório à dignidade da justiça, não dando a audiência de mediação a mesma importância que dá para a de conciliação.

### **3 A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO COMO MEDIADORA**

O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015, em seu artigo 174, estabeleceu que a União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios

deveriam criar câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo. Ocorre que a Advocacia-Geral da União- AGU desde 2007, criada pelo Ato Regimental n.º 5, de 27 de setembro de 2007 já possui em sua estrutura a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF).

A Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias também trata da auto composição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público. Sobretudo quando os conflitos envolverem a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações, caso em que poderá ser objeto de transação por adesão, com fundamento em autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores ou através de parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

Mas é no artigo 36 da Lei n.º 13.140/2015 que encontramos a Advocacia-Geral da União como mediadora de conflitos extrajudiciais, garantindo ao acordo realizado pelas partes a natureza de título executivo extrajudicial, conforme art. 32, §3.º, da Lei 13.140/2015.

Outra norma da nova lei que demonstra o protagonismo da AGU e sua importância fundamental no Estado Democrático de Direito é o artigo 37 que legaliza a competência da CCAF ao aduzir que: “É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito”. Dessa forma a AGU promove a dignidade de todos os órgãos envolvidos, além de economizar montantes significativos de recursos públicos e não judicializar os litígios.

Como se não bastasse, para reduzir litígios, principalmente nos casos repetitivos e que possam gerar demanda em massa, o art. 35 da Lei de Mediação permite a transação por adesão, a qual dependerá de autorização do Advogado-Geral da União com base em jurisprudência pacífica do STF ou tribunais superiores; ou parecer do mesmo, aprovado pelo Presidente da República.

Em suma, a AGU, como se viu acima, antes mesmo da norma possibilitar ela tomou a frente com a criação da CCAF em 2007 e agora se ampara na norma que lhe abre ainda mais o caminho possibilitando a função de pacificadora social na resolução dos conflitos que envolvam os entes públicos e também entre estes e os particulares.

Os noticiários trazem o exemplo concreto do papel fundamental que a AGU possui como mediadora de conflitos, basta ver o recente

acordo realizado, sob mediação da Advocacia-Geral da União (AGU) e supervisão do Banco Central do Brasil (BCB), entre poupadores e bancos que assinaram o maior acordo judicial da história, que deve encerrar mais de um milhão de processos judiciais no caso. O acordo diz respeito à disputa envolvendo a correção de aplicações na poupança durante a entrada em vigor dos planos econômicos Bresser (1987), Verão (1989) e Collor 2 (1991).

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço processual em direção a mediação como solucionadora de conflitos é incontestável, mais ainda quando coloca a Advocacia-Geral da União em um papel importantíssimo como solucionadora de conflitos e não apenas entre a administração pública, evitando assim não apenas a utilização da máquina administrativa de forma desnecessária e dispendiosa, mas auxiliando o Poder Judiciário que se encontra engessado com o notável volume de processos em trâmite.

Isso faz com que se lembre que os resultados são promissores se bem utilizada a mediação, fazendo com que diminuam as ações recorrentes entre as mesmas partes, transformando a AGU em uma verdadeira pacificadora social.

#### REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BASCH, Fernando; FILIPPINI, Leonardo; LAYA, Ana; NINO, Mariano; ROSSI, Felicitas; SCHREIBER, Bárbara. A eficácia do sistema interamericano de proteção de direitos humanos: uma abordagem quantitativa sobre seu funcionamento e sobre o cumprimento de suas decisões. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, n.12, v.07, p. 9-35, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUCCI, Maria Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUYSE, Antoine. *The pilot judgment procedure at the European Court of Human Rights: possibilities and challenges*. Nomiko Vima (The Greek Law Journal), n. 57, p. 1890-1902, 2009.

CALMON, Petronio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Brasília. Gazeta Jurídica, 2015.

CIDH, *Relatório Anual 2000, Relatório n. 54, 2001*. Caso 12.051. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299\\_Relat%20n.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf)>. Acesso em: 19 set. 2017.

Corte IDH, *Ximenes Lopes v. Brasil, n. 12.237, 2005*. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2017.

ECHR, *Torreggiani e Altri c. Italia. Ricorsi, nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, 2013*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115937>>. Acesso em: 18 set. 2017.

ISSAEVA, Maria; SERGEEVA, Irina; SUCHKOVA, Maria. Execução das decisões da corte europeia de direitos humanos na Rússia: avanços recentes e desafios atuais. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v.8, n. p. 69-91, 15 dez. 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. *Revista de Informação Legislativa, Brasília*, a. 39, n. 156, p. 169-177, out./dez. 2002.

MENEGUETTI, Luciano. A contribuição do direito internacional para a formulação de políticas públicas de prevenção e combate à corrupção no Brasil. *Revista Juris UniToledo*, Araçatuba, SP, v. 01, n. 01, p. 3-20, out./dez. 2016.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e a Jurisdição Constitucional Internacional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, p 147-161, jan./jun. 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMANZINI, Isabela Gerbelli Garbin. *O prometido é devido: compliance no sistema interamericano de direitos humanos*. São Paulo: Tese (Doutorado em Relações Internacionais) Instituto de Relações Internacionais, Universidade de São Paulo, 132 p., 2014.

RODRIGUES, Monica Cecilio. A importância da mediação nos conflitos recorrentes. *UNISUL DE FATO E DE DIREITO*, v. 13, p.93-108, 2016.

ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v.8, n. 15, p. 93-113, dez. 2011.

TAIAR, Rogerio. *Direito internacional dos direitos humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Tese (Doutorado em Direitos Humanos) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Revista do Instituto Brasileiro e Direitos Humanos*, v. 2, n. 2, p. 13 – 39, 2001.

VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do financiamento possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, a. 15, n. 61, out./dez. 2007.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4, n.2, p. 539-568, jul./dez. 2008.

---

REVISITANDO O TEMA “JUIZ INSTRUTOR”:  
UMA ANÁLISE DA ATIVIDADE  
INSTRUTÓRIA EX OFFICIO À LUZ DOS  
PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO CPC/2015-  
CONSAGRAÇÃO DO JUIZ GESTOR E DO  
MODELO DE PROCESSO COOPERATIVO?

---

*REVISITING THE THEME “INSTRUCTOR JUDGE”: AN ANALYSIS OF  
THE JUDGE’S INVESTIGATORY ACTIVITY IN THE LIGHT OF THE  
STRUCTURING PRINCIPLES OF CPC/2015- CONSECRATION OF THE  
MANAGING JUDGE AND THE COOPERATIVE PROCESS MODEL?*

*Katarine Keit Guimarães Fonseca de Faria  
Advogada da União-PRU-5ª Região/Recife  
Especialista em Direito processual Civil pela UFPE  
Pós-graduada em Direito Público pela UFPE.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O CPC/1973 e a atividade instrutória do juiz: os artigos 130 e 333 *versus* a busca da verdade real; 2 O CPC/2015 e a figura do juiz gestor do processo- Como interpretar a regra do artigo 370 de acordo com os princípios estruturantes do novo diploma processual; 2.1 Da harmonização da imparcialidade com a busca da verdade pelo magistrado: a legitimação da atividade instrutória através do efetivo exercício do contraditório; 2.2 A igualdade substancial das partes e o princípio da cooperação- o surgimento do “Juiz gestor” e do modelo de processo cooperativo?; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo revisitar o tema consagrado na expressão “Juiz instrutor” à luz dos novos princípios estruturantes do sistema processual civil instituído pelo CPC/2015, fazendo uma análise evolutiva das diversas concepções de Estado e as suas repercussões na atividade instrutória do juiz. Inicialmente se aborda a questão da aparente incompatibilidade do princípio dispositivo, norteador do CPC/73, com a busca da verdade real e imparcialidade do juiz. Com o advento do Código de 2015, surge a necessidade de se interpretar a regra do artigo 370 de acordo com os princípios que regem o novo ordenamento jurídico e com os deveres e poderes atribuídos às partes e ao juiz pelo princípio da colaboração e de gestão do processo. Verifica-se que, através do efetivo exercício do contraditório, é possível legitimar a atividade instrutória de ofício do magistrado, fornecendo às partes paridade de armas visando a igualdade substancial dos envolvidos. Surge assim o “processo cooperativo”, no qual se busca uma condução cooperativa, sem prevalência de qualquer um dos sujeitos processuais e adequado à cláusula do devido processo legal e ao regime democrático, no qual o juiz se torna o condutor do diálogo processual, verdadeiro gestor do processo, com poderes e deveres, e preocupado com a justiça da sua decisão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Atividade Instrutória do Juiz. Juiz Instrutor. Imparcialidade. Igualdade das Partes. Princípio da Cooperação.

**ABSTRACT:** The objective of this article is to revisit the theme of “Judge Instructor” in the light of the new structuring principles of the civil procedural system instituted by CPC/2015, making an evolutionary analysis of the different conceptions of State and their repercussions on the investigatory activity of the judge. Initially, the issue of the apparent incompatibility of the guiding principle of CPC/73 with the search for real truth and impartiality of the judge is addressed. With the advent of the 2015 Code, there is a need to interpret the rule of article 370 in accordance with the principles governing the new legal system and with the duties and powers attributed to the parties and the judge by the principle of collaboration and management of the process. It is verified that, through the effective exercise of the contradictory, it is possible to legitimize the *ex-officio* activity of the magistrate, giving the parties parity of arms aiming at substantial equality of those involved. In this way, the “cooperative process” emerges, in which cooperative conduct is sought, without the prevalence of any one of the procedural subjects and in accordance with the due process clause and the democratic regime, in which the judge becomes the driver of procedural dialogue,

true manager of the process, with powers and duties, and concerned with the justice of his decision.

**KEYWORDS:** Instructional Activity of the Judge. Instructor Judge. Impartiality. Equality of Parties. Principle of Cooperation.

## INTRODUÇÃO

A atividade instrutória do juiz no processo civil moderno e seus possíveis obstáculos e limitações sempre foi um tema que instigou o debate entre os processualistas de todos os sistemas. Em 2001 escrevi o artigo *“JUÍZ INSTRUTOR: Uma tendência de ampliação da atividade instrutória oficial em face dos valores consagrados pelo Estado Social Democrático”*, no qual tive a pretensão de sinalizar acerca da necessidade de se instituir uma postura mais ativa do juiz no processo, em especial no que se refere aos seus poderes-deveres na instrução da causa.

Muito se escreveu durante todos esses anos e até hoje esse tema gera questionamentos e reflexões por parte dos doutrinadores e dos operadores do Direito.

Piero Calamandrei (1999, p.307) foi um dos primeiros a utilizar a expressão “juiz instrutor”, no sentido de designar a nova postura que deveria adotar o magistrado, no Código de Processo civil italiano de 1942, o qual deveria *“ser um estimulador das partes, um buscador ativo da verdade, mesmo quando as partes não saibam ou não queiram descobri-la”*. Ele também se preocupou com o problema do formalismo e comodismo que os magistrados italianos apresentavam naquela época, tendo uma vez declarado que *“a realidade é que muitos juízes instrutores, por timidez ou por comodidade, não se servem sequer dos poderes de que dispõem”*, e completa dizendo que, *“se tivessem a coragem de se servir deles, o processo funcionaria melhor do que funciona hoje”* (1999, p.308).

É possível afirmar que a análise da extensão e dos limites dos poderes instrutórios do juiz está ligada diretamente às diversas concepções sócio-políticas que o Estado pode assumir. São esses valores políticos, jurídicos e sociais predominantes num dado momento histórico que irão orientar e determinar o exercício das funções vitais do Estado, e o Poder Judiciário, como elemento constitutivo do poder estatal que é, não poderia deixar de ser analisado de acordo com essas ideologias predominantes.

Foi dessa forma que as ideologias do liberalismo influenciaram não só o papel do juiz no processo, como o próprio modo de ser do processo, que atuou, conforme afirma Humberto Theodoro Junior (vol. 263, 1978, p.

40), pelo predomínio do princípio dispositivo, reduzindo o processo à função de mero instrumento de atuação dos interesses particulares dos litigantes.

Em decorrência das ideias proclamadas pelo “Estado mínimo”, pode-se deduzir que era praticamente inexistente a atividade instrutória do juiz no processo civil deste regime, já que não cabia ao juiz interferir na produção de provas sem que houvesse um interesse das partes nesta produção. Era a consagração da liberdade individual como valor maior do Estado liberal.

Essa garantia exacerba da liberdade individual também se reflete, de certa forma, no modo de exercer o poder jurisdicional, transformando o Judiciário, conforme declara José de Albuquerque Rocha (1995, p.128), num simples mantenedor de uma ordem espontânea, que lhe é exterior, uma vez que não proveniente da regulamentação estatal. O papel do juiz no Estado liberal clássico estaria assim resumido a de um mero espectador, passivo e indiferente as possíveis desigualdades sociais existentes, pretensamente neutro aos interesses individuais em jogo.

Posteriormente, com a consequente mudança no perfil do Estado e na própria função do direito, o papel do Poder Judiciário, mais especificamente o papel do juiz no processo, também se modificou, e aquele juiz passivo, neutro, indiferente aos problemas de desigualdades sociais produzidos principalmente pelas ideologias do liberalismo individual, se transforma num juiz ativo, consciente do seu novo papel de nivelador das desigualdades.

Do fenômeno da publicização e da preocupação cada vez maior de se atribuir uma função social ao processo, decorreu uma tendência universal de ampliação dos poderes do juiz, visando a busca da igualdade material das partes, não sendo mais permitido ao juiz assistir de forma inerte a vitória “do mais forte”. O enfoque dado ao estudo do direito processual civil se modernizou de acordo com as novas ideologias vigentes, e logicamente os seus institutos e princípios informativos também seguiram o mesmo caminho de tendência de publicização.

E como o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 tratou dessa questão? Houve alguma mudança significativa da norma que disciplinava a matéria no Código de 1973 para a atual? Que princípios influenciaram o legislador e que agora devem nortear o operador do Direito em relação à interpretação dos dispositivos legais do novo Código processual? São esses questionamentos que pretendemos abordar nos próximos capítulos, revisitando, assim, o tema relacionado à expressão “Juiz Instrutor”, examinando as limitações, extensões e compatibilidade dessa atividade instrutória do magistrado à luz das normas fundamentais e princípios processuais consagrados no atual diploma processual.

**1 O CPC/1973 E A ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ: ARTIGOS 130 E 330 X A BUSCA DA VERDADE REAL**

Foi a partir do chamado “fenômeno da publicização do processo”, juntamente influenciado pelas novas ideologias propagadas pelo Estado social intervencionista, que se vê surgir uma verdadeira “marcha do processo para sua socialização ou democratização” (SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; 1987, p.74), o que conduz os doutrinadores a se preocuparem cada vez mais com a chamada função social do processo.

O juiz, figura passiva e inerte no processo de cunho privatístico, torna-se a “figura mais importante” do processo moderno, cabendo a ele o poder-dever de pacificar os interesses das partes em conflito da maneira mais adequada aos fins do Estado social. O grau de participação do juiz no processo aumenta de maneira considerável, o que necessariamente conduz a um aumento também dos poderes a ele concedidos.

Entretanto, sempre existiu uma certa preocupação e desconfiança de parte da doutrina e dos próprios operadores do direito com relação a uma possível concessão exagerada de poderes ao juiz, o que poderia causar o aparecimento da figura do “juiz ditador e parcial”.

Alguns doutrinadores afirmavam que o legislador processual, ao instituir o art. 130 do CPC, tratou de ampliar a atividade probatória do juiz, o que se coadunava perfeitamente com tendência publicística da ciência processual e com a nova função social do processo. Assim dispunha o mencionado “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Por outro lado, havia uma divergência muito grande na doutrina processualista brasileira sobre se as regras referentes ao ônus da prova, previstas no art.333 do CPC, constituiriam ou não um limite aos poderes de iniciativa do juiz na produção da prova: “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Para os autores que defendiam a posição de que não deveria haver uma superestimação da regra do art.130, em face às limitações impostas pelas regras referentes ao ônus da prova, os poderes instrutórios conferidos ao juiz pelo art.130 do CPC só poderiam ser aplicados nos casos em que “houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade, sem o que não fosse possível ao juiz, de consciência tranquila, proferir sentença” (AMARAL SANTOS, 1998, p.350), sendo, portanto, considerados poderes supletivos da iniciativa probatória das partes, somente aplicáveis aos casos em que haja necessidade de afastar a perplexidade do julgador.

De acordo com este entendimento, seria possível afirmar então que a omissão da parte na apresentação das provas que lhe competiam demonstrar levaria a improcedência do pedido, e não a incidência do art.130 do CPC.

Entretanto, uma parte da doutrina também defendia que as regras referentes ao ônus da prova, previstas no art.333 do CPC, deveriam ser consideradas regras de julgamento, ou seja, regras de técnica de decisão, destinadas a orientar o juiz no momento de julgar o mérito da causa, caso ainda houvesse alguma incerteza ou dúvida em relação a algum fato que não ficou suficientemente provado pelas partes ou pelo próprio juiz.

José Roberto Bedaque (2000, p.86-87) definia as regras referentes à distribuição do ônus da prova como sendo “a última saída para o juiz, que não pode deixar de decidir”, e ensinava que *“elas devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão-somente no momento de decidir”*. E afirmava ainda que *“os princípios estabelecidos no art.333 só devem ser aplicados depois que tudo for feito no sentido de se obter a prova dos fatos. E quando isso ocorre, não importa a sua origem, isto é, quem a trouxe para os autos”*.

Bedaque ainda salientava que a ampliação da atividade instrutória do juiz não significava negar o ônus que as partes continuariam tendo em deduzir os fatos com que pretendiam demonstrar o seu direito. Segundo ele, competia às partes averiguar e afirmar os fatos de que se serviria o juiz para decidir, nada impedindo que a função verificadora dos meios de prova fosse entregue ao juiz, uma vez que o acerto da decisão dela depende (2000, p.90-91).

Nesse sentido também se manifestou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nos últimos anos, o que demonstra uma certa renovação na postura do juiz perante a instrução probatória, conforme o que se transcreve a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PRODUÇÃO DE PROVAS. INTEMPESTIVIDADE DA ESPECIFICAÇÃO. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.1. A moderna sistemática do processo civil privilegia a autonomia do Magistrado e a maior amplitude dos seus poderes instrutórios, cabendo a ele, como destinatário final das provas, verificar a necessidade (ou não) das provas requeridas e determinar a sua produção, inclusive de ofício, quando imprescindível para a formação de seu convencimento. Precedentes. Acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior. Aplicação da Súmula 83/STJ.2. Agravo regimental desprovido.(AgRg no AREsp 740.150/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 16/11/2015)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO POSSESSÓRIA. JUNTADA EXTEMPORÂNEA DE DOCUMENTOS. DETERMINAÇÃO DE DESENTRANHAMENTO. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUÍZO. RELATIVIZAÇÃO. NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO.1. É admitida a juntada de documentos novos após a petição inicial e a contestação desde que: (i) não se trate de documento indispensável à propositura da ação; (ii) não haja má fé na ocultação do documento; (iii) seja ouvida a parte contrária (art. 398 do CPC).Precedentes.2. Dessarte, a mera declaração de intempestividade não tem, por si só, o condão de provocar o desentranhamento do documento dos autos, impedindo o seu conhecimento pelo Tribunal a quo, mormente tendo em vista a maior amplitude, no processo civil moderno, dos poderes instrutórios do juiz, ao qual cabe determinar, até mesmo de ofício, a produção de provas necessárias à instrução do processo (art. 130 do CPC).3. De fato, o processo civil contemporâneo encontra-se marcado inexoravelmente pela maior participação do órgão jurisdicional na construção do conjunto probatório, o que, no caso em apreço, autorizaria o Juízo a determinar a produção da prova consubstanciada em documento público, tornando irrelevante o fato de ela ter permanecido acostada aos autos a despeito da ordem para seu desentranhamento.4. Nada obstante, essa certidão foi objeto de incidente de falsidade, o qual foi extinto pelo Juízo singular, em virtude da perda superveniente do interesse de agir decorrente da determinação de desentranhamento dos documentos impugnados dos autos. Assim, verifica-se que o contraditório não foi devidamente exercido, sendo tal cerceamento contrário à norma insculpida no art. 398 do CPC.5. Recurso especial parcialmente provido.(REsp 1072276/RN, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 12/03/2013).

Poder-se-ia dizer, portanto, que o suposto conflito entre as normas do art.130 e 333 do CPC se provou inexistente, uma vez as regras de distribuição do ônus da prova devem ser consideradas como regras técnicas de decisão, destinadas a orientar o juiz no momento de julgar o mérito da causa, caso ainda haja alguma incerteza ou dúvida em relação a algum fato que não ficou suficientemente provado pelas partes ou pelo próprio juiz.

Não havia, portanto, uma limitação aos poderes instrutórios do juiz, previstos na norma geral do art.130 do CPC, pelas regras de distribuição do ônus da prova, uma vez que estas devem ser levadas em consideração apenas no momento do julgamento, e não na fase de instrução probatória.

E o que o legislador de 2015 fez para consolidar esse ativismo do juiz? Houve uma verdadeira mudança de atitude por parte do magistrado em relação à produção das provas *ex officio*?

## **2 O CPC/2015 E A FIGURA DO JUIZ GESTOR DO PROCESSO- COMO INTERPRETAR A REGRA DO ARTIGO 370 DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO NOVO DIPLOMA PROCESSUAL**

À primeira vista, a leitura do artigo 370 do CPC/2015 não indica qualquer mudança significativa em relação ao que dispunha o artigo 130 do CPC/73:

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.

Ao contrário do caminho que seguiu o Código de Processo Civil Português de 2013, ao afirmar no seu artigo 411.º que “incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”, consagrando assim expressamente o Princípio do inquisitório no título que disciplina as normas relativas à instrução do processo, o Código de processo civil brasileiro de 2015 não inovou na redação da regra.

No entanto, apesar da aparente reprodução do texto do artigo 130 do antigo CPC, parece que o verdadeiro alcance do artigo 370 precisa ser delimitado levando-se em consideração a harmônica conjugação de todos os princípios fundamentais que serviram de vetores para a criação de um novo paradigma de compreensão do Diploma de 2015.

Assim explica L.L.Streck (<https://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc>, em 15/09/2016) ao afirmar que:

Esse dispositivo se constituía no artigo 130 do CPC/73. Agora desdobrado em *caput* e parágrafo, não introduziu alterações sintáticas. Evidentemente, se o seu texto é o mesmo, a sua norma deverá ser diferente, na medida em que o CPC se inscreve em um novo paradigma de compreensão, isto é, do superado paradigma da subjetividade parte-se para a intersubjetividade. *Isso quer dizer que o juiz, quando agir de*

*ofício, não terá a liberdade de convencimento ou a liberdade de apreciação do quadro probatório como tinha no CPC derogado.*

Mesmo que esteja autorizado a agir de ofício, não pode se colocar de um lado do processo, olvidando a necessária imparcialidade, que deve ser entendida, no plano do Constitucionalismo Contemporâneo, como o princípio que obriga o juiz a uma *fairness* (Dworkin), isto é, a um jogo limpo, em que as provas são apreciadas com equanimidade. Isso também quer dizer que, mesmo que possa agir de ofício, o juiz não o faça agindo por políticas ou circunstâncias de moralidade, e sim por intermédio dos princípios constitucionais.

É possível concluir, portanto, que mesmo sendo a redação do artigo 370 do CPC/2015 igual ao do anterior (art.130, CPC/73), a interpretação e aplicação dele necessariamente não é a mesma, uma vez que o novo diploma processual trouxe, no seu capítulo dedicado às normas fundamentais do processo civil (artigos 1º a 12), um novo paradigma: um processo civil mais preocupado com o alcance de uma solução justa para o caso concreto, observando sempre a igualdade substancial das partes, sem deixar de lado a duração razoável do processo e a fundamentação das decisões.

Esses novos valores ficam evidentes também na leitura do artigo 371 do CPC/15 que expressamente prevê que 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.

Percebe-se que o papel do juiz se fortalece como o gestor-condutor da causa, devendo garantir a paridade de armas, distribuir dinamicamente o ônus da prova entre os litigantes e apontar as deficiências postulatórias das partes, permitindo que as mesmas sejam supridas. Sua participação ativa não fere sua isonomia, pois, na cooperação, os deveres são recíprocos e todos os agentes são protagonistas da própria condução do processo. (MAZZOLA, <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/06/08/dever-de-cooperacao-no-novo-cpc-uma-mudanca-de-paradigma/>, em 08/06/2015).

Vários poderes, deveres e responsabilidades do magistrado foram expressamente previstos no artigo 139 do CPC/15, ao dispor que o juiz deverá dirigir o processo de modo a: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela duração razoável do processo; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações

que tenham por objeto prestação pecuniária; V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso, entre outros.

Algumas diretrizes, no entanto, se destacam de maneira mais incisiva para guiar e legitimar o ativismo judicial: a consagração do processo cooperativo (artigo 6º), a busca pela isonomia processual (art.7º), a garantia do contraditório (9º) e preservação da dignidade da pessoa humana com o atendimento aos fins sociais e às exigências do bem comum (art.8º).

Far-se-á, a seguir, uma análise, por um ângulo publicista, desses princípios processuais que estão intimamente ligados à legitimidade da atividade instrutória do juiz, em especial o princípio da imparcialidade do juiz, o princípio da igualdade processual das partes, o princípio do contraditório e o princípio da cooperação.

## **2.1 DA HARMONIZAÇÃO DA IMPARCIALIDADE COM A BUSCA DA VERDADE PELO MAGISTRADO: A LEGITIMIAÇÃO DA ATIVIDADE INSTRUTÓRIA ATRAVÉS DO EFETIVO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO**

Um dos grandes obstáculos à ampliação dos poderes instrutórios do juiz é a necessidade de se observar o princípio da imparcialidade do juiz, consagrado como um dos principais mecanismos de garantia de efetiva justiça nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Mas o que realmente deve ser entendido por “imparcialidade do juiz?” Seria a adoção de uma postura passiva e neutra com relação às “coisas do processo?” Em resposta a essa questão, a maioria da doutrina brasileira defende que a imparcialidade deve se entendida como um valor indispensavelmente presente à atuação do juiz no processo, caracterizada pelo não envolvimento do juiz no conflito trazido ao processo. Mas esse não envolvimento do juiz com as coisas do processo conduziria indubitavelmente ao surgimento da figura do “juiz espectador”, papel este que não se harmoniza com os valores perseguidos pelo processo civil moderno.

Diante dessa contradição, Sergio Alves Gomes (1997, p.75) afirma que a imparcialidade do juiz não significa neutralidade diante dos valores a

serem protegidos por meio do processo, uma vez que cabe ao juiz conduzi-lo sempre de modo que seja transformado em efetivo instrumento de justiça, consistindo nisso a imparcialidade do juiz.

Não se deve confundir imparcialidade (sempre necessária) com passividade ou inércia, pois o papel do juiz na condução do processo não pode ser reduzido ao de mero “agente burocrático”, que observa passivamente a atuação (ou inércia) das partes, indiferente ao resultado que o processo possa chegar. No estado em que se encontra o direito processual civil hoje, tão influenciado e orientado pelos valores sociais (art.8º, CPC/15), e visando a promoção da dignidade da pessoa humana, não podemos suportar este tipo de comportamento passivo do juiz.

Para José Roberto dos Santos Bedaque (1994, p.80), uma ampliação dos poderes instrutórios do juiz não significa quebra da sua imparcialidade, uma vez que a atividade probatória deste não tem o condão de favorecer esta ou aquela parte, já que quando o juiz determina a realização de alguma prova não tem condições de prever o seu resultado e nem muito menos de saber a quem ela poderia beneficiar.

É importante salientar que a imparcialidade é um requisito exigido no exame da prova (no seu julgamento) e não na sua produção, o que nos leva a conclusão de que a possível atividade instrutória do juiz não conduz necessariamente à quebra de sua imparcialidade no julgamento dessas provas. Há inclusive a faculdade do juiz admitir a utilização de provas produzidas em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado (art. 372), ou de apreciar a prova constante dos autos independente do sujeito que a tiver promovido, o que evidencia a consagração da busca da verdade material.

Tem-se, assim, como solução para resolver o aparente choque entre a concessão de poderes instrutórios mais amplos ao juiz e a preservação da sua imparcialidade: a submissão da atividade instrutória do juiz ao princípio do contraditório e ao dever de motivar as suas decisões (CRUZ E TUCCI, 1999, p. 181). O exercício efetivo do contraditório entre as partes é, sem dúvida, um fator de legitimação da atividade instrutória do juiz no processo civil, não ocorrendo, portanto, a tão temida quebra da imparcialidade judicial.

## **2.2 A IGUALDADE SUBSTANCIAL DAS PARTES E O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO: O SURGIMENTO DO “JUIZ GESTOR” E O MODELO DE PROCESSO COOPERATIVO?**

Piero Calamandrei (1999, p.331) já demonstrava sua preocupação, quando comentava o então “novo” CPC italiano, em relação à insuficiência da garantia da igualdade formal das partes, cabendo ao Estado-juiz a

promoção da igualdade substancial das partes no processo, transformando-o num instrumento de nivelação das desigualdades sociais.

*Por sua vez, o CPC/15, no seu art. 7º dispõe que é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. Consagra-se, pois, o princípio da paridade de armas, da igualdade substancial das partes, ou seja, da garantia de participação efetiva no processo e da possibilidade de influência no conteúdo da decisão.*

E para que isso aconteça de forma harmônica, todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, uma decisão de mérito justa e efetiva. É o dever de cooperação para a descoberta da verdade, previsto no artigo 417º do Código de Processo Civil Português/2013 e no artigo 6º do CPC/15 brasileiro.

O princípio da cooperação atine a aproximar a figura e a conduta do juiz no processo às partes, busca alterar aquela imagem do juiz distante e acima das partes, para, enfim, torná-lo equidistante e participativo na condução do processo, ao lado dos participantes (PERES, <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9214/Sistema-principiologico-e-sua-estruturacao-no-novo-Codigo-de-Processo-Civil>, em 19/07/15).

Surge assim o modelo cooperativo de organização do processo ou o “processo cooperativo”, no qual a condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes, como acontecia no processo dispositivo, e também não se assemelha com uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional: aqui se busca uma condução cooperativa do processo, sem destaques a algum dos sujeitos processuais. O processo cooperativo seria, assim, o modelo de direito processual civil adequado à cláusula do devido processo legal e ao regime democrático (DIDIER, [http://www.academia.edu/1771108/Os\\_tres\\_modelos\\_de\\_direito\\_processual](http://www.academia.edu/1771108/Os_tres_modelos_de_direito_processual), em 10 nov. 2015).

Diante desse contexto, todos os princípios estruturantes do CPC/15 se entrelaçam com o da cooperação e, com o redimensionamento do princípio do contraditório, o juiz se torna o condutor do diálogo processual, verdadeiro gestor do processo, com poderes e deveres, e preocupado com a justiça da sua decisão.

No entanto, é importante ressaltar, conforme afirma Victória Moreira, ao analisar o princípio da cooperação no ordenamento português, que os limites para a gestão processual são o efetivo contraditório, o respeito à igualdade das partes e a necessidade de assegurar a imparcialidade do juiz. O respeito a esses limites é que dará ao juiz instrumentos para a aplicação de poderes mais amplos para a busca da decisão justa. (MOREIRA, <https://>

processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/332549158/ncpc-os-poderes-do-juiz-no-novo-codigo-de-processo-civil, em 02/05/16).

### 3 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é possível concluir que o novo diploma processual brasileiro trouxe, no seu capítulo dedicado às normas fundamentais do processo civil (artigos 1º a 12), um novo paradigma: um processo civil mais preocupado com o alcance de uma solução justa para o caso concreto, observando sempre a igualdade substancial das partes, sem deixar de lado a duração razoável do processo e a fundamentação das decisões.

Percebe-se que o papel do juiz se fortalece como o gestor-condutor da causa, devendo garantir a paridade de armas, distribuir dinamicamente o ônus da prova entre os litigantes e apontar as deficiências postulatórias das partes, permitindo que as mesmas sejam supridas. Sua participação ativa não fere sua isonomia, pois, na cooperação, os deveres são recíprocos e todos os agentes são protagonistas da própria condução do processo.

Algumas diretrizes, no entanto, se destacam de maneira mais incisiva para guiar e legitimar o ativismo judicial: a consagração do processo cooperativo (artigo 6º), a busca pela isonomia processual (art.7º), a garantia do contraditório (9º) e preservação da dignidade da pessoa humana com o atendimento aos fins sociais e às exigências do bem comum (art.8º). Prevalece assim a garantia de participação efetiva no processo e da possibilidade de influência no conteúdo da decisão.

E para que isso aconteça de forma harmônica, todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, uma decisão de mérito justa e efetiva. É o dever de cooperação para a descoberta da verdade, previsto no artigo 417º do Código de Processo Civil Português/2013 e no artigo 6º do CPC/15 brasileiro.

Diante desse contexto, todos os princípios estruturantes do CPC/15 se entrelaçam com o da cooperação e, com o redimensionamento do princípio do contraditório, o juiz se torna o condutor do diálogo processual, verdadeiro gestor do processo, com poderes e deveres, e preocupado com a justiça da sua decisão.

### REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. v. I e III, Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999.

CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIDIER Jr., Fredie. *Os três modelos de direito processual*: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Disponível em: <[http://www.academia.edu/1771108/Os\\_tres\\_modelos\\_de\\_direito\\_processual](http://www.academia.edu/1771108/Os_tres_modelos_de_direito_processual)>. Acesso em: 10 nov. 2015.

FARIA, Katarine Keit Guimarães Fonseca de. Juiz instrutor: uma tendência de ampliação da atividade instrutória oficial em face dos valores consagrados pelo Estado social democrático. *Revista da ESMAFE*, Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 2, p. 253-281, maio 2001.

GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MAZZOLA, Marcelo. *Dever de cooperação no novo CPC*: uma mudança de paradigma. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/06/08/dever-de-cooperacao-no-novo-cpc-uma-mudanca-de-paradigma/>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

MOREIRA, Victória. *Os poderes do juiz no novo Código de Processo Civil- Um contraponto entre a nova realidade brasileira e o direito já existente em Portugal*. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/332549158/ncpc-os-poderes-do-juiz-no-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 02 maio 2016.

PERES, Fernando. *Sistema principiológico e sua estruturação no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9214/Sistema-principiologico-e-sua-estruturacao-no-novo-Codigo-de-Processo-Civil>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz*: a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

STRECK, LENIO LUIZ. Limites do juiz na produção de ofício no artigo 370 do CPC, em *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc>>. Acesso em: 15 set. 2016.

---

# PODERES PROBATÓRIOS DO JUIZ NO BRASIL E NA ITALIA: PERFIS COMPARADOS

*PROBATIONARY POWER OF THE JUDGE IN BRAZIL AND  
ITALY: COMPARED PROFILES*

---

*Leticia Nunes Sampaio*

*Especialista em Advocacia Pública pelo IDDE e Faculdade de Direito da Universidade  
de Coimbra*

*Procuradora Federal-AGU/PGF/PFMG.*

*Priscila Leal Seifert Viana*

*Doutora em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense  
Advogada da União em exercício na Procuradoria Seccional da União em Niterói, RJ.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Tipologias dos poderes instrutórios do juiz; 2 O direito probatório brasileiro; 3 O direito probatório italiano; 4 Imparcialidade: limite ou garantia ao poder instrutório do juiz?; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Sopesando a importância da prova no processo de conhecimento para o deslinde da causa, este artigo se propõe a analisar o poder probatório do juiz, seja para determinar *ex officio* a produção de provas, seja para indeferir provas propostas pelas partes. Classificam-se, inicialmente, as tipologias dos poderes instrutórios do juiz, para então apontar qual modelo adotado pelo Brasil e pela Itália, notadamente no art. 370 do Código de Processo Civil Brasileiro e no art. 115 do Código de Processo Civil Italiano. Analisa-se, então, se a imperiosa imparcialidade do juiz configura limite, ou, ao avesso, garantia ao seu poder instrutório, para formado seu convencimento, chegar a uma decisão justa e motivada, sem ferir o princípio dispositivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder Probatório. Juiz. Imparcialidade. Estudo Comparado. Brasil. Itália.

**ABSTRACT:** Evaluating the importance of the evidence in the process of knowledge to the outcome of the action, this article proposes either to analyze the probatory power of the judge, to determine *ex officio* the production of evidence, or to reject evidence proposed by the parties. The typologies of the probatory powers of the judge are initially classified, to further indicate which model adopted by Brazil and Italy, notably in art. 370 of the Brazilian Code of Civil Procedure and in art. 115 of the Italian Code of Civil Procedure. It's then analyzed whether the imperious impartiality of the judge configures limits, or, instead, guarantees to his instructive power, to form his conviction, arrive at a fair and motivated decision, without hurting the device principle.

**KEYWORDS:** Probatory Power. Judge. Impartiality. Comparative Research. Brazil. Italy.

## INTRODUÇÃO

“A prova é a alma do processo de conhecimento”.<sup>1</sup> A poética frase de Alexandre Câmara ilustra de maneira bem apropriada a importância do estudo do direito probatório para a ciência processual e a prática da advocacia.

O direito probatório, desde sempre, revela-se essencial para o deslinde do processo de conhecimento. Somente através da análise da prova que o juiz poderá reconstruir os fatos e, assim, solucionar a controvérsia deduzida em juízo. No entanto, sob a perspectiva do direito comparado, o tema tem se mostrado ainda mais desafiador, seja para o juiz, seja para as partes.

A produção de provas é uma atividade primordial para a consagração do *devido processo constitucional*<sup>2</sup>, pois ela possibilita que o juiz e as partes<sup>3</sup> participem ativamente no procedimento de formação da decisão. Dessa forma, “tudo aquilo que for levado aos autos com o fim de convencer o juiz de que determinado fato ocorreu será chamado de prova”<sup>4</sup>.

Essa atividade guarda estreita relação com o princípio do contraditório justamente por viabilizar a participação no procedimento de formação da decisão judicial<sup>5</sup>. Nesse sentido, o direito probatório materializa a ideia de um processo justo, participativo e com decisões bem fundamentadas.

Partindo dessas premissas, e se valendo de um breve estudo comparativo entre o disposto no art. 370 do Código de Processo Civil Brasileiro e o disposto art. 115 do Código de Processo Civil Italiano, este artigo se propõe a analisar os poderes instrutórios conferidos aos juízes brasileiro e italiano.

A partir dessa breve comparação, pretende-se traçar considerações sobre a seguinte questão: o juiz pode determinar de ofício a produção de provas ou indeferir provas requeridas por uma das partes sem ferir a legitimidade democrática do processo ou o princípio da imparcialidade?

1 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016. p.223.

2 *Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/15/dimensao-processual-do-principio-do-devido-processo-constitucional/>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

3 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”.

4 CÂMARA, op. cit., p.223.

5 Art.10. “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamentos 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”.

## 1 TIPOLOGIAS DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Para abordarmos a questão proposta no presente ensaio, é preciso termos em consideração três diferentes espécies de abordagem do problema dos poderes instrutórios do juiz. Tais abordagens, segundo Michele Taruffo<sup>6</sup>, refletem os modelos processuais adotados nos principais ordenamentos jurídicos em vigor.

Um primeiro modelo é representado pelos ordenamentos nos quais o juiz tem um poder geral de disposição de ofício da colheita de provas, sobretudo as que entende úteis para a verificação dos fatos, não deduzida pelas partes. O ordenamento jurídico francês se enquadraria nesse primeiro modelo.

O art. 10 do Código de Processo Civil Francês, diz que o juiz “*a le pouvoir d’ordonner d’office toutes les mesures d’instruction légalement admissibles*”. Dessa forma, na visão de Taruffo, o juiz francês tem a possibilidade de dispor sobre todos os meios de prova admissíveis que entenda úteis para estabelecer a verdade dos fatos, atuando para além das deduções das partes.

Um segundo modelo, no qual se inspira a maior parte dos ordenamentos processuais atuais, entre os quais se encontram o da Alemanha e o dos Estados Unidos, prevê que ao juiz são atribuídos alguns poderes de iniciativa instrutória.

O juiz alemão é tradicionalmente dotado de uma gama bastante ampla de poderes relativos à prova dos fatos. A ele incumbe dialogar e esclarecer com as partes todos os fatos considerados relevantes da causa.

Ademais, com exceção da prova testemunhal, o juiz alemão pode dispor de ofício de todos os meios de prova. Explica-se: no ordenamento jurídico alemão, se as partes não tiverem requerido a prova testemunhal, o juiz poderá pergunta-las se consideram essa possibilidade e a razão pela qual não a requereram, o que pode, evidentemente, induzir as partes a requerer a prova.

O juiz alemão tem, portanto, um poder quase que geral de iniciativa instrutória. Trata-se, pois, de um juiz que desenvolve um papel muito ativo tanto na direção do processo como na gestão da fase instrutória.

Por sua vez, o juiz norte-americano tem claros poderes instrutórios. A *Rule 614(a) das Federal Rules of Evidence* lhe confere o poder de determinar de ofício provas testemunhais não requeridas pelas partes, enquanto a *Rule 614(b)* lhe atribui o poder de interrogar as testemunhas indicadas pelas partes ou determinadas de ofício por ele mesmo. Finalmente, a *Rule 706*

6 TARUFFO, Michele. “Poderes probatórios das partes e do juiz na Europa”. p.56-84. In: *Processo Civil Comparado: Ensaio; apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 63.

atribui ao juiz norte-americano o poder de determinar de ofício a prova pericial, nomeando os peritos.

Por fim, é preciso mencionar os ordenamentos jurídicos nos quais não são expressamente previstos verdadeiros e próprios poderes de iniciativa instrutória do juiz, mas ainda assim o juiz desenvolve um papel ativo na produção de provas. Podem se enquadrar nesses ordenamentos o inglês e o espanhol.

Segundo os ensinamentos de Taruffo<sup>7</sup>, na Inglaterra, a tradição processual era no sentido de que o juiz não determinasse provas de ofício, mas indicasse às partes as provas que entendia como de oportuna produção. As *Civil Procedure Rules* de 1998 modificaram radicalmente o sistema do processo civil inglês, atribuindo ao juiz amplos e intensos poderes de direção do processo, mas no que concerne à produção de provas não se desviou da tradição.

Taruffo<sup>8</sup> destaca ainda que nas *Rules*, de fato, não existe nenhuma norma que autorize o juiz a determinar provas de ofício. Todavia, segundo a *Rule 32.1*, o juiz pode indicar às partes as questões de fato sobre as quais entende devam recair as provas, especificando o meio de prova que deve ser requerido e o modo como essa deve ser produzida em juízo. Segue-se também que, segundo a *Rule 32.4*, o juiz pode estabelecer se e como podem ser produzidas declarações testemunhais por escrito, segundo a *Rule 32.5*, o juiz pode posteriormente autorizar a testemunha a ampliar o objeto de seu depoimento.

A Espanha, por sua vez, também possui um ordenamento processual interessante, na visão de Taruffo<sup>9</sup>. A atual *Ley de Enjuiciamiento Civil*, publicada em 2000 reduziu o âmbito de iniciativa probatória do juiz, prevendo somente uma diligência final com a qual o juiz pode determinar de ofício a renovação de provas já produzidas se o respectivo resultado não foi satisfatório (art.435). Essa redução, no entanto, não significa que o juiz espanhol tenha se tornado um juiz passivo no que diz respeito a atividade probatória, pois a lei processual espanhola (art.429) atribui-lhe o poder de assinalar às partes as provas cuja produção entende conveniente, quando entender que as provas requeridas pelas partes possam resultar insuficientes para a verificação dos fatos.

Partindo desse panorama, analisaremos, a seguir os modelos processuais brasileiros e italiano. Como veremos, na nossa perspectiva, o modelo brasileiro tende a se aproximar do modelo francês, ao passo que o modelo italiano se encontra mais próximo dos modelos inglês e espanhol.

7 TARUFFO, op. cit., p.69.

8 Ibidem.

9 Ibidem.

## 2 O DIREITO PROBATÓRIO BRASILEIRO

Como já mencionamos, a principal diretriz do atual Código de Processo Civil Brasileiro no que diz respeito aos poderes instrutórios do juiz se encontra no *caput* e no parágrafo único do art. 370. Vejamos o teor da norma:

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.

O art. 370 do Código é bem claro ao estabelecer que o juiz brasileiro pode determinar, de ofício, a realização de provas de fatos que sejam importantes para o deslinde da causa.

Por conta do teor desse artigo, é bastante comum encontrarmos na doutrina e na jurisprudência brasileiras a afirmação de que o destinatário da prova seria o juiz.

Segundo Câmara<sup>10</sup>, é preciso ter cuidado ao receber essa assertiva. Em primeiro lugar porque o juiz não é o único destinatário da prova. E em segundo lugar por ser necessário compreender, com exatidão, o que se quer afirmar quando se diz que a prova é destinada ao juiz.

Em realidade a prova não se destina exclusivamente ao juiz. A prova tem como destinatários todos os sujeitos do processo<sup>11</sup>. Assim, pode se afirmar que o juiz é o destinatário *direto* da prova, enquanto as partes e demais interessados são os destinatários *indiretos*.

Não há maiores dúvidas quanto a posição do juiz como destinatário direto da prova, afinal a prova é produzida para ajudar ao juiz a formar o seu convencimento.

A prova, porém, também é produzida para partes e eventuais interessados, seus destinatários indiretos. Para Câmara<sup>12</sup>, como destinatários indiretos, as partes e eventuais interessados também têm de se convencer, pela prova produzida, de que uma determinada decisão que tenha sido proferida deve ser considerada correta.

10 CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; LOURENÇO, Haroldo. A teoria geral da prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 263. ano 42, p.55-75. São Paulo: RT, jan.2017.

11 Nessa direção, é o enunciado nº 50 do FPPC: “os destinatários da prova são aquelas que dela podem fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”

12 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, p.228, 2016.

Considerando que o juiz e as partes são os destinatários da prova, à todos eles é reconhecida a existência de poderes de iniciativa instrutória.

Em um modelo processual cooperativo como o adotado pelo novo Código de Processo Civil, art.6<sup>o</sup><sup>13</sup>, em que o juiz e as partes atuam juntos, de forma participativa, na construção em contraditório do resultado do processo, é preciso reconhecer que também o juiz tem poderes de iniciativa instrutória.

No contexto participativo, o juiz que tem iniciativa probatória não deve ser considerado parcial, mas sim comprometido com a busca da decisão constitucionalmente legítima para resolver o caso concreto.

Nessa mesma direção, Nery Junior e Maria de Andrade Nery<sup>14</sup> tem entendido que o poder instrutório do juiz de determinar de ofício a realização de provas que julgar pertinentes não se configura como exceção ao princípio do dispositivo, mas garante a igualdade de tratamento entre as partes.

Assim, ao juiz brasileiro, como destinatário direto da prova, incumbe a sua valoração. Os critérios de valoração da prova têm se modificado ao longo do desenvolvimento do Direito. Tradicionalmente, tem se afirmado que o direito processual brasileiro conheceu três critérios para a valoração da prova: o da prova legal; o da íntima convicção do juízo e o do livre convencimento motivado.

O critério mais antigo utilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro é o da prova legal, também conhecido como o critério da prova tarifada. Por esse critério, o juiz não tem qualquer liberdade na apreciação da prova, incumbindo à lei estabelecer o valor de cada prova a partir de um tabelamento.

Esse critério, embora ultrapassado, deixou suas marcas no direito brasileiro. Excepcionalmente, ainda temos o critério da prova legal na legislação. É o caso, por exemplo, do contrato de depósito voluntário, que só admite prova por escrito (art.646 do CC)<sup>15</sup> e a prova testemunhal somente poderá ser produzida se houver começo de prova escrita, emanada da parte contra quem se pretende produzir a prova (art.444 do CPC/2015)<sup>16</sup>.

13 Art.6º. “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

14 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.989.

15 Art.646. “O depósito voluntário provar-se-á por escrito”.

16 Art.444. “Nos casos em que a lei exigir prova escrita da obrigação, é admissível a prova testemunhal quando houver começo de prova por escrito, emanado da parte contra a qual se pretende produzir a prova”.

O critério da prova legal foi substituído pelo da íntima convicção, por força da qual a apreciação da prova é uma atividade absolutamente livre realizada pelo juiz. Por meio desse critério, o juiz sequer precisaria fundamentar sua decisão em relação aos fatos. Felizmente, esse critério caiu em total desuso sem deixar qualquer vestígio na seara do direito brasileiro.

Posteriormente, passou-se a adotar o critério do livre convencimento ou da persuasão racional. Por esse critério de valoração da prova afirmase que o juiz é livre para dar a cada prova o valor que entender adequado, desde que fundamente sua decisão.

O livre convencimento é o critério adotado pelo Código de Processo Civil de 1973. De acordo com esse critério, o juiz é livre para dar a cada prova o valor que entender adequado, devendo fundamentar sua decisão<sup>17</sup>.

Assim, o juiz teria o poder discricionário de, conforme os seus critérios pessoais, dizer quais provas são ou não capazes de formar o seu convencimento, fundamentando sua decisão.

Na visão de Câmara<sup>18</sup>, esse critério, é a rigor, incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois não se pode reconhecer ao juiz a possibilidade de, indiferentemente, escolher esta ou aquela prova como sendo capaz de formar o seu convencimento, ainda que isto depois seja fundamentado.

Por conta de tais motivos, afirma-se que o atual Código de Processo Civil Brasileiro, superou o critério do *livre* convencimento motivado e institui o critério do convencimento motivado<sup>19</sup>.

Nessa direção, conjugando o estabelecido nos arts.371 e 489, §1º, II e IV, pode-se afirmar que o CPC de 2015 impõe ao juiz um cuidado redobrado para apresentar efetivamente os elementos dos autos que levaram a um determinado posicionamento. Não há liberdade no ato do julgamento, há um dever de fundamentar a posição tomada, que deve ter como pauta de conduta a preocupação em buscar convencer as partes acerca da correção do posicionamento judicial (persuasão racional das partes).

Essa mudança na normatização do ato de julgar pode ser considerada revolucionária porque a decisão não é propriamente imposta, mas disposta a convencer.

Vejamos, por fim, o teor dos referidos artigos:

17 Art.371/CPC 1973. "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".

18 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016. p.230.

19 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et al). Coord. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.1001.

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.

Art.489. São elementos essenciais da sentença:

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

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

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

Assim, seguindo a tendência europeia, sobretudo a francesa,<sup>20</sup> o juiz brasileiro é orientado pela novel legislação no sentido de desempenhar um papel ativo na produção de provas. Nessa direção, quando o juiz exerce seus poderes instrutórios não usurpa qualquer poder das partes nem invade um território a essas reservado.

### 3 O DIREITO PROBATÓRIO ITALIANO

No que diz respeito ao ordenamento processual italiano, valendo-se de uma linguagem poética, é possível afirmar que o coração do poder instrutório do juiz se encontra no art. 115 do *Codice di Procedura Civile*. Confira-se:

Art.115. Salvo nos casos previstos em lei, o juiz deve fundar a sua decisão nas provas indicadas pelas partes ou pelo Ministério Público, e nos fatos não especificadamente contestados pelo adversário. Pode, todavia, sem necessidade de prova, fundar a sua decisão nos fatos da experiência comum<sup>21</sup>.

Diante do princípio da disponibilidade das provas acolhido no art. 115 e da atuação do princípio do dispositivo por parte das normas como

20 TARUFFO, Michele. "Poderes probatórios das partes e do juiz na Europa". p.56-84. In: *Processo Civil Comparado: Ensaios; apresentação, organização e tradução* Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

21 TARUFFO, Michele. "A prova no processo civil contemporâneo". p.117-208. In: *Ensaios sobre o processo civil*. Escritos sobre processo e justiça civil. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

os arts. 99, 101 e 112, a atribuição do juiz de alguns poderes instrutórios foi modesta, limitada e certamente incapaz de conferir ao juiz o monopólio na verificação dos fatos.<sup>22</sup>

Por conta disso, Taruffo explica que a maior parte da doutrina italiana<sup>23</sup> tem entendido que o juiz italiano, diferente do brasileiro, estaria obrigado a fundar a sua decisão sobre provas exclusivamente indicadas pelas partes, e não teria nenhum poder autônomo de iniciativa probatória, salvo, como menciona a própria norma, nos casos previstos em lei, ou seja, nos casos excepcionais<sup>24</sup>.

A norma tem sido interpretada dessa forma porque, segundo Taruffo, os doutrinadores italianos entendem que ela, anunciando o princípio do dispositivo, situa o direito probatório na esfera de disponibilidade das partes. Ademais, a norma expressaria a vontade do legislador do Código italiano.

Esse entendimento foi reforçado sobretudo pela doutrina de Liebman que chamou o disposto no art. 115 como o “fundamento” do princípio do dispositivo. Esse fundamento representaria a chave principal para a leitura da norma, e estaria ligado ao princípio de que o juiz deve ser imparcial na valoração das provas.

O ponto mais importante dessa interpretação está na implicação que dela decorre, qual seja, “para ser imparcial, o juiz precisaria também ser passivo, porque, tendo poderes instrutórios autônomos, exercendo-os num caso concreto, perderia sua posição de equidistância entre as partes e – sobretudo – não teria condições para avaliar corretamente as provas por ele determinadas de ofício”<sup>25</sup>.

Assim, de maneira bastante sintética, poderíamos afirmar que diferente do que ocorre no Brasil, na Itália, tem predominado o entendimento de que o respeito ao princípio da imparcialidade do juiz justifica o monopólio das partes sobre os meios de prova e justifica também, em última análise, a obrigação de o juiz fundamentar sua decisão exclusivamente sobre as provas indicadas pelas partes.

---

22 TARUFFO, op. cit., p.66.

23 É preciso ressaltar que Taruffo não faz parte dessa maioria. Ao contrário, o referido professor combate apaixonadamente essa visão, como será registrado adiante nesse ensaio.

24 TARUFFO, Michele. “A prova no processo civil contemporâneo”. p.117-208. In: *Ensaios sobre o processo civil*. Escritos sobre processo e justiça civil. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p.117.

25 *Ibidem*. p.119.

#### **4 IMPARCIALIDADE: LIMITE OU GARANTIA AO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ?**

Não obstante, na contramão da maioria da doutrina italiana, Taruffo combate ardentemente esse entendimento, por vezes, também utilizado no Brasil para justificar eventual alegação de abuso de poder dos juízes brasileiros no que diz respeito a produção de provas de ofício ou o seu indeferimento.

É que tanto na Itália como no Brasil, a imparcialidade tem sido invocada para dar legitimidade às decisões judiciais. Esse entendimento, por si só, na visão de Taruffo, parece não estar correto.

Para o referido professor, a assertiva de que a imparcialidade do juiz é condição essencial para a idoneidade da decisão judicial é inquestionável. No entanto, ser imparcial não significa ser neutro e passivo. Nessa direção, o juiz pode permanecer imparcial embora exercite ativamente poderes de iniciativa instrutória dado que sua imparcialidade não decorre da falta ou da ausência de exercício desses poderes, bem como do modo como sejam exercidos.

Assim, partindo do pressuposto que o juiz deve declarar a verdade dos fatos, Taruffo afirma que ele não pode permanecer na situação de um expectador passivo que simplesmente assiste à produção das provas indicadas pelas partes. Ademais, as partes não perseguem a verdade, mas sim a defesa de seus próprios interesses, daí porque as iniciativas probatórias conferidas às partes podem ser inadequadas e/ou insuficientes. Nessa direção, a passividade do juiz acabaria por consentir que o processo terminasse com uma decisão injusta porque não fundada sobre fatos verdadeiros.

Enfim, para ser imparcial, não é necessário que o juiz seja passivo no curso do processo. Pelo contrário: a imparcialidade é conexas a uma posição ativa daquele que formula um juízo.

Taruffo destaca ainda que o juiz ativo na busca objetiva da verdade dos fatos, por meio de iniciativas instrutórias autônomas, mantém-se desse modo numa posição imparcial, também no momento em que avalia o resultado dessas iniciativas. As provas adquiridas de ofício podem influir sobre a decisão final, mas isso ocorre – é obvio – na medida em que se hajam colhido informações relevantes para a descoberta da verdade, e não porque a sua valoração tenha sido condicionada por uma subsequente incapacidade do juiz de formular juízos imparciais e de estabelecer se um documento é ou não atendível ou se um testemunho merece ou não fé.

A partir de tais considerações, Taruffo<sup>26</sup> conclui que a conclusão que decorre com relação à interpretação que atualmente deve ser dada ao art. 115 do Código de Processo Civil Italiano é que ele não enuncia o princípio dispositivo em matéria de provas.

Nessa direção, um processo em que a formulação de uma decisão verdadeira constitua uma finalidade fundamental não pode fundar-se apenas na atividade probatória das partes. Pelo contrário, a atribuição ao juiz de adequados poderes de iniciativa probatória é necessária para conseguir-se tal finalidade.

## 5 CONCLUSÃO

Se considerarmos a literalidade do disposto no art. 370 do Código de Processo Civil Brasileiro e no art. 115 do Código de Processo Civil Italiano, não podemos negar que o ordenamento jurídico brasileiro confere um nítido poder instrutório, de natureza geral, ao juiz brasileiro. Ao passo que o art. 115 do Código de Processo Civil Italiano não o faz.

No entanto, como argumenta Taruffo, defender a ideia de que o direito probatório se encontra limitado pelo princípio dispositivo é bastante problemático, sobretudo, no que diz respeito à busca pela verdade.

Nessa direção, relegar ao juiz o papel de mero expectador da disputa judicial, como um simples árbitro, que numa competição esportiva, apenas faz com que as regras sejam cumpridas, sanciona suas violações e ao final concede a vitória não aquele que detenha o direito, mas àquele que teve melhor desempenho, acaba por prestigiar o procedimento em detrimento do direito, deixando assim de buscar a verdade dos fatos.

Assim, ao juiz, empenhado com a efetivação do direito material, ou seja, com a busca da verdade para dar a justa solução ao caso, e comprometido com os fins sociais do processo, cabe utilizar os poderes instrutórios que ambas as legislações, a brasileira e a italiana, asseguram, sem com isso romper com o princípio dispositivo, com o qual não se confunde, afinal às partes é dado os poderes de propor a ação, de desistir e de recorrer, mas não o monopólio acerca da produção probatória.

---

26 TARUFFO, Michele. "A prova no processo civil contemporâneo". p.117-208. In: *Ensaios sobre o processo civil*. Escritos sobre processo e justiça civil. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p.142.

## REFERÊNCIAS

### LIVROS

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1 e 2. Salvador: Jus Podivm, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da Decisão Jurídica*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Decisão e Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil. Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

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

TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado: Ensaios; apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 49. ed. v. I Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et al). Coord. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

### ARTIGOS EM PERIÓDICOS

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista OABRJ*, v. 24, n. 1, Semestral, p. 11-31, jul./dez. 2008. Rio de Janeiro: OABRJ, 2008.

CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; LOURENÇO, Haroldo. A teoria geral da prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, Mensal, p.55-75, v.263. ano 42. São Paulo: RT, jan. 2017.

TARUFFO, Michele. A prova no processo civil contemporâneo. In: *Ensaio sobre o processo civil. Escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.117-208, 2017.

VIEIRA, Walter Siqueira. *Os Poderes instrutórios do juiz e a difícil tarefa de julgar*. v. 3, n. 1, Fortaleza: Themis, p. 339 - 343, 2000.

#### **PUBLICAÇÕES NA INTERNET**

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/15/dimensao-processual-do-principio-do-devido-processo-constitucional/>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

LORENZO, Manuela Pazos. *A Iniciativa Probatória do Juiz. Análise crítica do livro "Os poderes instrutórios do juiz, com base em doutrina, jurisprudência, legislação e princípios"*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2621/A-Iniciativa-Probatoria-do-Juiz>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

---

PRINCÍPIOS PROCESSUAIS  
CONSTITUCIONAIS DO BRASIL E DA  
ITÁLIA: A GARANTIA AO DEVIDO  
PROCESSO LEGAL NAS DECISÕES  
JUDICIAIS

---

*THE PROCEDURAL LAW PRINCIPLES INSERTED IN THE  
BRAZILIAN AND IN THE ITALIAN CONSTITUTIONS: THE  
GUARANTEE OF THE DUE PROCESS OF LAW IN THE JUDICIAL  
DECISIONS*

*Liliana Saraiva de Oliveira*

*Mestre em Direito-UFPE, Especialista em Direito Civil e Processual Civil-UCAM  
Procuradora Federal-AGU/PGF/PF/UFMA*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A garantia de observância ao devido processo legal e demais princípios processuais Constitucionais nas decisões proferidas nas demandas judiciais no Brasil e na Itália; 2 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Este artigo discute a necessidade da vinculação das decisões judiciais aos princípios processuais constitucionais brasileiros e italianos, buscando-se maior clareza, objetividade e justiça na solução dos conflitos submetidos ao judiciário obedecendo-se, principalmente, ao devido processo legal. O conjunto dos princípios processuais inseridos na Constituição de ambos os Países é assegurado das garantias processuais gerais. Importante afirmar que dentre esses princípios as Constituições consagram o devido processo legal, o direito de ação, a isonomia, o juiz natural, o contraditório, a vedação de prova ilícita, a publicidade e a motivação das decisões judiciais como princípios constitucionais norteadores do processo e reconhecidos pelo direito pátrio, assegurando-lhe a efetividade da justiça e legitimando suas ações. Esses princípios citados se configuram na condição de pilar do Estado Democrático de Direito, pois cuidam de coibir abusos e desmandos por parte do Poder Público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípios Processuais Constitucionais Brasileiros e Italianos. Devido Processo Legal. Decisão Judicial.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the importance of the linkage between the judicial decisions and the procedural Law principles inserted in the Brazilian Constitution and in the Italian Constitution as a way through which the judiciary can solve litigation clear and objectively, as to guarantee the jurisdiction with a real due process of law. The paper brings up the main Constitutional procedural principles allowed by the Brazilian and the Italian legal rules. The set of Constitutional procedural principles inserted in the Constitution of both Estates is an insurer of general procedural guarantees. It is important to say that among these principles, the Constitutions enshrine the due process of law, the right to action, isonomy, the natural judge, the adversary, the prohibition of illegal evidence, publicity and motivation of judicial decisions as constitutional principles guiding the process and recognized by the Brazilian and the Italian laws, assuring it the effectiveness of justice and legitimizing its actions. These abovementioned principles are configured as pillar of the Democratic State of Law, because they seek to curb abuses and irregularities on the part of the Public Power.

**KEYWORDS:** Procedural Law Principles Inserted in the Brazilian Constitution and in the Italian Constitution. Due Process of Law. Judicial Decision.

## INTRODUÇÃO

Discorre-se sobre os princípios gerais pertinentes ao Processo dispostos na Constituição do Brasil e da Itália, abordando-se os principais pontos sobre o assunto, demonstrando-se, pois, a relevância do estudo, uma vez que se pretende provar ser de fundamental importância que as decisões judiciais sejam vinculadas a eles, para que sejam claras e objetivas na solução dos conflitos, como garantia da Jurisdição, obedecendo-se, para tanto, o devido processo legal.

Para tanto, pretende-se, pois, estudar os princípios processuais previstos nas Cartas Magnas do Brasil e da Itália, cuja ênfase deve estar na própria comparação em comento, e, não no Direito Processual ou Constitucional em si. Afinal, defende-se que somente quando se analisa os diferentes ordenamentos jurídicos existentes em cada um dos Países citados se é capaz de confrontá-los com as tendências mais modernas ou sugerir algo que possa melhorar sua aplicação e entendimento aos casos práticos de acordo com a realidade vigente.

Com efeito, entende-se que os princípios constituem-se em fontes fundamentais para a compreensão de qualquer ramo do Direito, influenciando tanto em sua formação como em sua aplicação, assim, em relação ao Direito Processual não poderia ser diferente, uma vez que os princípios estão presentes tanto em sua formação quanto na aplicação de suas normas.

Assim, torna-se extremamente necessário o estudo da aplicação de tais princípios para que as decisões ainda não proferidas consigam solucionar os conflitos judiciais surgidos, com justiça, obedecendo-se ao devido processo legal, posto que fundamentadas nas peculiaridades dos princípios inerentes a cada ramo do direito e da importância de sua influência e vinculação na sua elaboração pelo magistrado comprometido com o exercício pleno de sua atividade jurisdicional.

O texto Constitucional do Brasil assegura, principalmente, em seu artigo 5º, além do direito de ação, algumas garantias e princípios processuais sem os quais o exercício de tal direito restaria prejudicado. Os princípios processuais constitucionais, conforme admitido pela doutrina majoritária, genericamente, são: o princípio do devido processo legal, da isonomia ou igualdade, do contraditório e ampla defesa, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, da publicidade dos atos processuais, da motivação das decisões, da proibição da prova ilícita e do duplo grau de jurisdição.

Na Lei Fundamental peninsular não se vê em seu texto a mesma clareza no tocante aos princípios processuais. Há previsão da organização judiciária (art. 104, art. 105, art. 106, art. 107, art. 108 e art. 134) e das garantias aos cidadãos (art. 3º). Por outro lado, pode-se entender que há

uma preocupação muito grande com a descentralização administrativa nos serviços que dependem do Estado mesmo sendo a Itália uma república una e indivisível (art. 5º da Constituição italiana), bem como, a previsão da garantia do ordenamento jurídico italiano adequar-se às normas do direito internacional reconhecidas sempre que possível, afinal, a Itália faz parte da União Europeia, portanto, obrigada também a seguir as normas criadas pelo citado Bloco (art. 10 da Constituição italiana).

Há no texto constitucional italiano a determinação de que ninguém pode ser privado, por motivos políticos, da capacidade jurídica, da nacionalidade, do nome (art. 22); nenhuma prestação pessoal ou patrimonial pode ser imposta, a não ser com base na lei (art. 23); todos podem recorrer em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos, sendo que aos desprovidos de recursos, disponibilizados os meios para agirem e defenderem-se diante de qualquer jurisdição (art. 24); e, ninguém pode ser privado do juiz natural designado por lei e nem pode ser punido, senão por aplicação de uma lei que tenha entrado em vigor antes de cometido o fato (art. 25).

A organização judiciária do Brasil é bem diferente da existente na Itália, no entanto, percebe-se uma valoração aos mesmos princípios processuais constitucionais brasileiros, mesmo que de forma implícita.

Com efeito, percebe-se que a Carta Magna italiana consagra em seu art. 111, praticamente, a maioria dos princípios processuais como o do devido processo legal, do juiz natural, da igualdade, do contraditório, da proibição de prova ilícita, da motivação das decisões e do duplo grau de jurisdição, bem como, no seu art. 102 prevê que a função jurisdicional é exercida pelos magistrados instituídos e regrados pelas normas existentes, vedados juízes extraordinários ou juízes especiais, resguardando, contudo, que contra os atos da administração pública é sempre admitida a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos perante os órgãos de jurisdição ordinária ou administrativa (art. 113 da Constituição italiana) - princípio da inafastabilidade de jurisdição.

É inegável que o Poder Judiciário está mais próximo e acessível para resolver as demandas da sociedade, pois está dotado de planejamento para enfrentar o excesso de ajuizamento das mais variadas ações, no entanto, no Brasil, o volume é tão grande que é questionável a qualidade das decisões proferidas pelo órgão julgador, principalmente, no caso das oriundas dos mutirões, semanas de conciliação e juizados especiais itinerantes, onde o acúmulo de tarefas administrativas é evidente e que, certamente, questões mais complexas envolvendo direitos vindicados pelos litigantes podem ser relativizadas, posto que desconsiderado o tempo necessário para a discussão e apresentação da solução individualizada para cada demanda.

Dessa forma, espera-se, com o presente estudo, sensibilizar os julgadores e contribuir para que as futuras decisões judiciais sejam

vinculadas aos princípios processuais constitucionais atinentes ao Direito Processual; aproximando-se cada vez mais do ideal de Justiça, tanto no Brasil como na Itália, obedecendo-se ao princípio do devido processo legal.

## **1 A GARANTIA DE OBSERVÂNCIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DEMAIS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS NAS DECISÕES PROFERIDAS NAS DEMANDAS JUDICIAIS NO BRASIL E NA ITÁLIA**

No campo da dogmática jurídica, vale ressaltar que:

O direito constitucional deita as bases do direito processual ao instituir o poder judiciário, criar órgãos (jurisdicionais) que compõem, assegurar as garantias da Magistratura e fixar aqueles princípios de ordem política e ética que consubstanciam o acesso à justiça (“acesso à ordem jurídica justa”) e a chamada “garantia do devido processo legal” (*due process of law*). (DOWER, 1996, p.47).

Ratificando-se o exposto, e, tomando-se como referência o próprio texto Constitucional brasileiro e italiano, pode-se verificar que eles contém certas disposições que exigem do direito processual a criação e regulamentação de figuras jurídicas para que se obtenha um ordenamento eficiente e pronto para aplicar a justiça nos casos concretos.

Na verdade, o Direito Processual Constitucional abrange a Tutela Constitucional em sua dúplici configuração: direito de acesso à justiça (ou direito de ação e de defesa); e direito ao processo (ou garantias do devido processo legal), no entanto, pretende-se limitar este estudo a este último, ou melhor, à tutela constitucional do processo tanto no Brasil como na Itália.

Com efeito, a jurisdição só se manifesta se provocada, momento em que é necessário ouvir as partes para que se tenha uma decisão pautada na justiça, dentro das formalidades legais existentes em cada matéria, por isso, discutir-se-á somente as garantias do devido processo legal, tentando demonstrar que o direito de ação e de defesa são indispensáveis no exercício do direito ao processo.

A garantia ao devido processo legal, previsto nos textos Constitucionais brasileiro e italiano, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais, assim como, é indispensável ao correto exercício da jurisdição. Em outras palavras, pode-se afirmar que as garantias Constitucionais podem ser consideradas como fator legitimante do exercício da jurisdição, pois, na cláusula do devido processo legal, enfatiza-se o direito ao procedimento adequado (respeitando o juiz

natural, o contraditório e a ampla defesa, contemplando, inclusive o duplo grau de jurisdição), frente ao momento vivido e ao local que será aplicado.

Na Constituição italiana entende-se que o devido processo legal pode ser considerado implicitamente presente no seu texto, uma vez que ninguém pode ser privado, por motivos políticos, da capacidade jurídica, da nacionalidade ou do nome (art. 22); nenhuma prestação pessoal ou patrimonial pode ser imposta, a não ser com base na lei (art. 23); todos podem recorrer em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos, sendo disponibilizado aos desprovidos de recursos, os meios para agirem e defenderem-se diante de qualquer jurisdição (art. 24); ninguém pode ser privado do juiz natural designado por lei e nem pode ser punido, senão por aplicação de uma lei que tenha entrado em vigor antes de cometido o fato (art. 25) e que a função jurisdicional é exercida pelos magistrados ordinários instituídos e regradados pelas normas sobre o ordenamento judicial, vedado juízes extraordinários ou juízes especiais (art. 102), no entanto, como já visto anteriormente, é no art. 111 da Carta Magna italiana que fica clara a existência da maioria dos seus princípios processuais constitucionais.

A Carta Magna brasileira, desde 1988, dispõem em seu art. 5º, inciso LVI, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, permitindo que se desdobre tal garantia em outras específicas para que se possa realmente resolver os conflitos com a observância aos preceitos do devido processo legal.

O direito de ação permite a todos o acesso à justiça, logo, toda vez que alguém buscar a tutela jurisdicional precisa ter a garantia de uma jurisdição imparcial e capaz de manter a eficácia do direito em última instância no caso concreto. (ROCHA, 1991, p.52).

Na Lei Fundamental peninsular a garantia do direito de ação está previsto no seu art. 24, onde é assegurado também aos desprovidos de recursos os meios para agirem, assim como, os de defenderem-se diante de qualquer jurisdição. Na Constituição do Brasil está previsto no art. 5º, inciso XXXV tal direito.

A garantia ao devido processo legal, constitucionalmente instituída no Brasil e na Itália, precisa de aplicação imediata nas decisões judiciais para que se possa fazer valer a garantia do acesso à justiça, do próprio direito de ação e do direito de defesa de cada pessoa interessada, com um juiz natural dotado de imparcialidade que desenvolva seu papel assegurando um tratamento de igualdade entre as partes e observando um prazo razoável para solução do litígio.

Assim, buscando-se demonstrar a relevância dos estudos acerca dos princípios processuais constitucionais brasileiros e italianos, passa-se, doravante, a analisar os princípios processuais constitucionais inseridos

nas Constituições do Brasil e da Itália vigentes que têm influência direta na demonstração do convencimento do órgão julgador na apuração da verdade material e aplicação do direito ao caso concreto, realizando a justiça.

O citado Princípio do Devido Processo Legal, ou ainda, o princípio do processo justo ou princípio da inviolabilidade da defesa em juízo ou *Due Process of Law* como é conhecido no mundo jurídico se encontra expressamente consagrado na Constituição brasileira e implicitamente na italiana. Afinal, uma grande parte da doutrina brasileira (TUCCI, 1989, p.17) entende que os demais princípios processuais constitucionais atinentes ao processo civil, possuem a sua gênese no princípio do devido processo legal, tais como: o da isonomia, o do juiz natural, o da inafastabilidade da jurisdição, o do contraditório, o da proibição da prova ilícita, o da publicidade dos atos processuais, o do duplo grau de jurisdição e o da motivação das decisões judiciais.

O devido processo legal é uma garantia constitucionalmente prevista em benefício de todos os cidadãos, assegurando tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário, como o desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas. (PORTANOVA, 1997, p.145).

É importante lembrar que o devido processo legal, como princípio constitucional brasileiro e italiano, significa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, fornecem legitimidade à própria função jurisdicional. (CAJÁ, <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principios-constitucionais-e-sua-aplicacao-no-direito-processual,588668.html>, em 01.10.2017).

É possível notar que ele é um dos mais importantes dos princípios, senão o mais importante deles, vez que assegurando este estar-se-á garantindo a existência dos demais princípios elencados nas Constituições tanto do Brasil como na Itália, haja vista que se trata de postulado fundamental do direito constitucional de natureza processual em ambos os países.

Nesse raciocínio, outro importante princípio processual constitucional é o Princípio da Isonomia, uma vez que a igualdade entre as partes advém da garantia constitucional da qual goza todo cidadão de tratamento igualitário de todos perante a lei.

O art. 5º da Constituição Federal brasileira, não só declara a igualdade de todos perante a lei, como também garante essa isonomia através de outros princípios insculpidos no próprio artigo, tais como: o Princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV); o Princípio da motivação das decisões (CF, art. 93, IX); o Princípio da publicidade dos atos processuais (CF, art. 5º, LX); o Princípio da proibição da prova ilícita (CF, art. 5º, LVI); e o Princípio da presunção da inocência (CF, art. 5º, LVII).

O art. 3º da Lei Fundamental peninsular também dispõe que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais, no entanto, traz em dispositivos normativos distintos outros direitos e princípios processuais que serão aplicados em demandas judiciais.

Vale frisar que tal igualdade não significa que todas as pessoas terão tratamento absolutamente igual pelas leis brasileiras ou italianas, mas que terão tratamento diferenciado na medida das suas diferenças. Não cabendo ao órgão do judiciário igualar as partes quando a própria lei estabelecer a desigualdade entre elas.

Dessa forma, percebe-se que o princípio da igualdade das partes relaciona-se intimamente com o princípio do contraditório, uma vez que neste ponto viabiliza-se os dois preceitos constitucionais: o da ampla defesa e o da igualdade.

O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa trata-se de princípio inserido expressamente no texto Constitucional brasileiro, conforme pode ser encontrado no disposto no seu artigo 5º, inciso LV, com a seguinte redação: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Na Constituição italiana o art. 24 assegura que todos podem recorrer em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos, sendo disponibilizado, inclusive, aos desprovidos de recursos, os meios para agirem e defenderem-se diante de qualquer jurisdição, bem como, no seu art. 111 encontra-se disposto que cada processo deve desenvolver-se no contraditório entre as partes e em condições de igualdade entre elas.

O princípio do Contraditório é a garantia fundamental da Justiça e regra essencial do processo judicial; é o momento em que as partes devem expor ao juiz as suas razões antes que ele profira a decisão. É a garantia constitucional para que os litigantes possam desenvolver suas defesas de maneira plena e sem limitações arbitrárias, qualquer disposição legal que contraste com essa regra deve ser considerada inconstitucional e por isso inválida. (FIDALGO, [http://www.iunib.com/revista\\_juridica/2012/12/11/347/](http://www.iunib.com/revista_juridica/2012/12/11/347/), em 15.09.2017)

Quanto ao Princípio do Juiz Natural, segundo a doutrina brasileira dominante, este pode ser encontrado na Constituição do Brasil, nos incisos XXXVII (“não haverá juízo ou tribunal de exceção”) e LIII (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”) do seu artigo 5º.

No texto da Lei Fundamental peninsular a figura do juiz natural está previsto no seu art. 25 (“ninguém pode ser privado do juiz natural designado por lei”), contudo, é no art. 102 que se verifica que a função

jurisdicional é exercida pelos magistrados ordinários instituídos e regrados pelas normas sobre o ordenamento judicial, sendo vedado que sejam instituídos juízes extraordinários ou juízes especiais.

Com efeito, o aspecto do princípio do juiz natural contido no inciso LIII, do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil, que traz a previsão da garantia de julgamento por autoridade competente mostra-se, portanto, intimamente ligado à previsão de inexistência de criação de juízo ou tribunais de exceção, ou seja, um indivíduo somente poderá ser julgado por órgão preexistente e por membros deste órgão, devidamente investido de jurisdição.

De qualquer forma, o judiciário deverá ser provocado para poder tomar para si a responsabilidade de dizer o direito ao caso concreto e aplicá-lo segundo as normas vigentes. Assim, pelo Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição que também poderá ser encontrado sob a denominação de Princípio do Direito de Ação, por alguns autores brasileiros, ou, por Princípio do Acesso à Justiça, por outros, é assegurado que todos têm direito de postular em juízo a reparação de um direito lesado, preventivamente ou não (inciso XXXV, do artigo 5º, da Carta Magna do Brasil e art. 24 da Constituição italiana).

É importante considerar ainda que a Constituição brasileira, em seu artigo 93, inciso IX, traz expressamente a determinação de que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, sob pena de nulidade. Assim como, pode-se encontrar o referido princípio contido no artigo 5º, inciso LX da Constituição Federal do Brasil, nos seguintes termos “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Não se encontrando da mesma forma o princípio da publicidade dos atos processuais na Constituição italiana.

Em regra é garantida a publicidade dos atos judiciais, portanto, deverá a lei enumerar os casos em que admitirá os atos e os processos que correrão em segredo de justiça, no entanto, nada impede que o juiz confira aos autos, ao seu critério, em virtude de interesse público, o processamento em sigilo judicial, hipótese em que deverá justificar o seu proceder, pois a regra é a publicidade dos atos processuais, como elencada nos direitos fundamentais do cidadão na própria Constituição Federal brasileira.

Quanto ao Princípio da Motivação das Decisões entende-se que a fundamentação da decisão judicial é uma grande garantia da justiça, pois, demonstra ou não todo o caminho percorrido pelo magistrado para justificar seu convencimento; dificilmente será questionada a imparcialidade do magistrado se seu julgamento for revestido de raciocínio lógico.

Princípio este que está expressamente previsto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal do Brasil, ou seja, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar

a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes”, assim como, no art. 111 da Carta Magna italiana que dispõe que todas as providências jurisdicionais devem ser motivadas.

A motivação das decisões é o momento em que o Estado de Direito cumpre sua função jurisdicional, pois não pode ser confundida com um ato de imposição pura e imotivada da vontade do julgador, por isso, é necessário que seja expressa a fundamentação nas decisões proferidas, com as razões de fato e de direito que implicaram no convencimento do magistrado, sob pena de ser declarada nula se desatender a esse comando, ou ainda, considerada inexistente se for deficiente.

A motivação da sentença pode ser analisada por diversos aspectos, desde o exercício da lógica e atividade intelectual até a sua submissão, como ato processual, ao Estado de direito, às garantias processuais e às garantias constitucionais, atendendo-se às exigências de publicidade, legalidade e imparcialidade das decisões. (DEZEN JUNIOR, 2002, p.424).

Quanto ao Princípio da Proibição de Prova Ilícita as Constituições brasileira e italiana expressamente prevêm a vedação da utilização de tais provas ilícitas no processo, conforme norma contida no artigo 5º, inciso LVI, da primeira e, implicitamente, no art. 111 da segunda, respectivamente.

Observe-se, portanto, que a proibição de forma expressa da utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos fundamenta-se na premissa de que “uma prova produzida de maneira ilícita é uma prova inexistente para o Direito, e tudo e qualquer coisa que ela provar, por melhor que seja a prova ou o seu resultado, será desconsiderado e tido como inexistente no processo.” (DEZEN JUNIOR, 2002, p.234).

Dessa forma, cabe ressaltar também que a não auto-incriminação é uma garantia constitucional presente na maioria dos países de regime democrático que veda a extração forçada de declaração do sujeito seja ele imputado, acusado, indiciado, réu ou mesmo testemunha, e, a proibição de interrogatórios sob juramento, judicial ou extrajudicialmente, para evitar os abusos e afronta à liberdade humana, protegendo-se a integridade física e mental da pessoa.

Sobre o assunto Marcelo Schirmer Albuquerque (2008, p.36) afirma que, a garantia de não auto-incriminação existe para a proteção de verdadeiros direitos fundamentais, ou seja, em função deles; nascida para resguardar o sujeito contra violações à sua incolumidade física e moral ou às suas liberdade e dignidade.

É importante fazer um parêntese para registrar que o direito ao silêncio é uma forma de se exercitar plenamente a garantia de não auto-incriminação prevista dentre os direitos fundamentais elencados no art. 5º da Constituição Federal do Brasil, mais precisamente em seu inciso LXIII, que dispõe que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o

de permanecer calado, e, em seu inciso II, que assegura que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, bem como, no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22.11.1969; algo que a Carta Magna italiana não dispõe expressamente.

E, por fim, mesmo que as Constituições não tragam de forma expressa, pode-se dizer que o duplo grau de jurisdição ou garantia de reexame das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, pode ser incluído no estudo acerca dos princípios constitucionais processuais. Afinal, representa um importante ganho para a sociedade, pois, esgotando-se a discussão judicial do mérito em todas as instâncias, fica patente o comprometimento do Estado em promover a pacificação social.

Na verdade, o princípio do duplo grau de jurisdição visa assegurar ao litigante vencido, total ou parcialmente, o direito de submeter a matéria decidida a uma nova apreciação jurisdicional, pois, levando-se em consideração que todo ato do juiz representa um julgamento feito por um ser humano, podendo prejudicar um direito ou um interesse das partes, é indispensável que exista a possibilidade de reexame do julgado, para tentar evitar ou emendar possíveis erros ou falhas no julgamento proferido, além de servir como atenção ao sentimento de inconformismo contra julgamento único, que é natural em todos os povos. (SPENGLER NETO, <http://www.tex.pro.br/listagem-de-artigos/200-artigos-nov-2007/5625-comentarios-aos-arts-1063-a-1069-do-cpc-da-restauracao-de-autos>, em 08.09.2017)

Percebe-se que em ambos os textos Constitucionais em análise todos podem recorrer em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos (art. 111 da Constituição Italiana e art. 5º, inciso XXXV da brasileira).

Vale destacar que o art. 24 da Lei Fundamental peninsular se afeiçoa ao modelo estatal brasileiro de prestação de assistência judiciária integral e gratuita, pois prevê que serão assegurados aos desprovidos de recursos os meios para agirem e defenderem-se diante de qualquer jurisdição, em qualquer grau e procedimento, através de uma instituição pública apropriada, ou seja, o equivalente ao disposto na Constituição do Brasil que determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inciso XXXV) e que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, inciso LXXIV).

Diante do exposto, percebe-se que o direito que surge no texto constitucional brasileiro ou italiano, nestes não se encerram. Com razão, de nada adiantaria que aos litigantes fosse assegurado o direito de ação e de reexame das decisões, se, da mesma forma, não houvesse a garantia de solução justa da demanda, obedecendo-se ao devido processo legal.

O fato é que o juiz deve, ao apreciar as alegações e provas apresentadas/ produzidas por ambas as partes e construir uma argumentação lógica capaz de convencer as partes e a sociedade de aplicação da justiça no julgamento proferido, afinal, tal atividade cognitiva do magistrado deve ser fundamentada nos princípios processuais, e, demonstrada através da coerência entre os dados do processo, a atividade estimativa e as conclusões obtidas; representando um verdadeiro equilíbrio jurídico e moral, isso porque a motivação da decisão expõe o raciocínio judicial à validação da sociedade, seja no Brasil ou na Itália. (DIAS, [www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/17712-17713-1-PB.doc](http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/17712-17713-1-PB.doc), em 29.09.2017).

Defende-se, portanto, que aplicando os princípios processuais constitucionais e demais princípios existentes no ordenamento jurídico de cada País na solução dos litígios, observada a garantia do devido processo legal previsto nas Constituições do Brasil e da Itália, poder-se-á obter soluções para os conflitos submetidos ao judiciário com maior clareza, objetividade e justiça; a verdadeira efetivação da tutela jurisdicional.

## 2 CONCLUSÃO

Como visto no presente estudo, pode-se afirmar, sem dúvidas, que a doutrina italiana é a que mais tem influenciado no Direito Processual brasileiro, sem, contudo, desprezar-se sua presença marcante nos demais ramos do Direito Material.

É inquestionável, também, que a Constituição é a base de todo o Direito Público. Então, o Direito Processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo Direito Constitucional que visa garantir a distribuição da justiça (GRINOVER, 1975, p.4). Nesse sentido, pode-se afirmar que são os princípios processuais constitucionais que conferem ao ordenamento jurídico brasileiro e italiano estrutura e coesão, assegurando a solução de conflitos com justiça pautada na garantia do devido processo legal.

A decisão proferida por órgão julgador deve, portanto, ser vinculada aos princípios constitucionais vigentes no Brasil e na Itália, conforme o caso, principalmente, aqueles que incidem no comportamento e convencimento do juiz ao longo de toda a tramitação processual, pois o direito de ação para ser exercido pelos cidadãos requer garantias de que o Estado realmente está comprometido em aplicar a justiça ao caso concreto baseado nas normas e princípios vigentes. Princípios estes que se configuram na condição de pilar do Estado Democrático de Direito, pois cuidam de coibir abusos e desmandos por parte do Poder Público. (CAJÁ, <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principios-constitucionais-e-sua-aplicacao-no-direito-processual,588668.html>, em 01.10.2017).

Em síntese, observa-se que os princípios processuais constitucionais brasileiros e italianos visam, a todo instante, a proteção dos litigantes dentro do processo, perante o Estado. Assim, os princípios consagrados constitucionalmente, garantem ao cidadão o livre acesso ao poder judiciário para tutela dos próprios direitos e interesses legítimos, inclusive, com a disponibilização aos necessitados dos meios para agirem e defenderem-se diante de qualquer jurisdição; com igualdade de tratamento e oportunidades para as partes que desejam proteger ou reparar lesão ou dano a direito seu ou de outrem; assegurado o contraditório e ampla defesa até em grau de recurso; sendo julgado por órgão competente, juiz imparcial e com publicidade dos atos judicialmente praticados; e, com decisão devidamente fundamentada, observando somente as provas lícitas contidas no processo.

Ratificando-se o exposto, segundo BARACHO (1995, p.34):

O juiz não fica preso a uma ideologia dominante, mas aplica os princípios e valores constitucionais, propiciando, por intermédio de suas decisões, a prática do pleno sentimento da Constituição e das leis, pelo que deve cuidar que as garantias processuais permitam ao cidadão posicionar-se em igualdade nas redes judiciais.

Dessa forma, demonstrada está a importância da vinculação das decisões judiciais aos princípios processuais constitucionais brasileiros e italianos por seus órgãos julgadores respectivos, para que consigam solucionar os conflitos submetidos ao judiciário, de maneira mais clara, objetiva e justa, garantindo-se em ambos os Países a obediência ao devido processo legal.

## REFERÊNCIAS

### LIVROS:

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DEZEN JUNIOR, Gabriel. *Direito constitucional*. 17. ed. Brasília: Vestcon, 2002.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Direito processual civil: curso básico*. v.1, São Paulo: Nelpa, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1991.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

#### **ARTIGO EM PERIÓDICO:**

ZAIDAN, Alexandre Douglas Zaidan. A sobrecarga do Poder Judiciário como instância Decisória: uma análise a partir da atuação judicial nos juizados especiais Federais Cíveis. *Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia – Escola da Advocacia-Geral da União* Ministro Victor Nunes Leal – Bimestral, ano III, n. 9, mar./abr. 2011, p. 47-60. Brasília: EAGU, 2011.

#### **PUBICAÇÕES NA INTERNET:**

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2017.

CAJÁ, Gladston Almeida. *Princípios constitucionais e sua aplicação no direito processual*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principios-constitucionais-e-sua-aplicacao-no-direito-processual,588668.html>>. Acesso em: 01 out. 2017.

DIAS, Jean Carlos. *O problema dos limites da prova no moderno estudo do Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/17712-17713-1-PB.doc>>. Acesso em: 29 set. 2017.

FIDALGO, Amanda Cabral. *Princípios do Direito Processual*. Disponível em: <[http://www.iunib.com/revista\\_juridica/2012/12/11/347/](http://www.iunib.com/revista_juridica/2012/12/11/347/)>. Acesso em: 15 set. 2017.

ITÁLIA. *COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA*. Disponível em: <[http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituzione\\_della\\_Repubblica\\_italiana\\_agg2014.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituzione_della_Repubblica_italiana_agg2014.pdf)>. Acesso em: 06 out. 2017.

SPENGLER NETO, Theobaldo; SILVA, Andiará Roberta. *Duplo grau de Jurisdição: uma leitura Processual e Constitucional*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/listagem-de-artigos/200-artigos-nov-2007/5625-comentarios-aos-arts-1063-a-1069-do-cpc-da-restauracao-de-autos>>. Acesso em: 08 set. 2017.

---

O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE  
DE MOTIVAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: EXIGÊNCIA  
DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES  
JUDICIAIS

---

*PRINCIPLE OF MOTIVATION IN THE NEW BRAZILIAN CIVIL  
PROCEDURE CODE: REQUIREMENT FOR LEGITIMACY OF  
JUDICIAL DECISIONS*

*Marcella Barbosa de Castro  
Pós-graduada em Direito Previdenciário  
Advogada da União - Procuradoria-Geral da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A atividade jurisdicional como atividade criativa; 2 A obrigatoriedade de motivação como princípio; 3 A motivação como exigência de legitimidade das decisões judiciais no novo CPC brasileiro; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** No âmbito do pós-positivismo, admite-se que as autoridades judiciais criam normas jurídicas, despontando a problemática sobre a legitimidade dessa atuação. A motivação de suas decisões, erigida pelo ordenamento constitucional brasileiro como garantia processual, deve corporificar-se em uma justificativa racional e adequada, de forma que possa funcionar como mecanismo de controle político e social da função jurisdicional. Nesse sentido, a fundamentação das decisões judiciais tem, ao lado de outros princípios constitucionais, caráter legitimador de sua autoridade, compatibilizando-a com o princípio democrático. O novo Código de Processo Civil brasileiro fortaleceu a proteção à garantia de motivação das decisões judiciais, acrescentando, em relação ao texto anterior, dispositivos que exigem um conteúdo mínimo desse elemento da decisão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pós-positivismo. Motivação. Fundamentação. Decisões judiciais. Legitimidade. Democracia. Código de Processo Civil.

**ABSTRACT:** In the context of post-positivism, it is admitted that the judicial authorities create rulings, which highlight the problem about the legitimacy of their action. The motivation of its decisions, erected by the Brazilian constitutional order as procedural guarantee, must be embodied in a rational and adequate justification, so that it can function as a mechanism of political and social control. In this meaning, the motivation of judicial decisions represents, along with other constitutional principles, the legitimizing character of its authority, making it compatible with the democratic principle. The new Brazilian Civil Procedure Code strengthened the protection of the guarantee of motivation of judicial decisions, adding, in relation to the previous text, norms that require a minimum content of this element of the decision.

**KEYWORDS:** Post-positivism. Motivation. Substantiation. Judicial Decisions. Legitimacy. Democracy. Civil Procedure Code.

## INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil brasileiro tencionou resolver problemas sobre os quais havia consenso na comunidade jurídica, conforme exposição de motivos da Comissão Juristas encarregada de elaborar seu anteprojeto.

Assim, tentou-se eliminar alguns institutos que eram considerados entraves à celeridade do processo judicial, por exemplo. Por outro lado, reafirmouse o compromisso com a constitucionalização do direito processual.

Nesse sentido, reservou um capítulo para tratar sobre as normas fundamentais do processo, elencando alguns dos princípios constitucionais do processo.

Dentre os princípios que foram reafirmados no referido capítulo encontra-se a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais.

O presente artigo pretende analisar em que medida o referido princípio atribui legitimidade à atuação dos juízes enquanto criadores de normas jurídicas.

Com esse intento, irá propor uma conceituação racional de motivação, bem como examinar algumas novidades do Novo Código sobre o tema.

### 1 A ATIVIDADE JURISDICIONAL COMO ATIVIDADE CRIATIVA

Se a atividade jurisdicional já foi concebida como a função estatal que aplica normas gerais ao caso concreto, objetivando pacificar os conflitos sociais, com o pós-positivismo ganhou significado atrelado à criação do direito, nos limites da Constituição.

Remonta à segunda metade do século XVIII, quando começaram a se desenhar as bases da cultura jurídica dos povos europeus e do mundo sob a sua influência nos séculos seguintes, a ideia do juiz como “boca da lei” – “*la bouque qui prononce les paroles de la loi*”. (MONTESQUIEU, 1987 apud BARROSO, 2009)

Isto porque a Revolução Francesa, a qual desempenhou papel simbólico no curso da história do mundo ocidental, mudando a face do Estado, de absolutista para liberal, inaugurou a era do legalismo acrítico (BARROSO, 2009).

Sob a justificativa de limitar o poder do Estado e ser expressão superior da razão, a lei se tornou dogma intransponível, como explicita Luís Roberto Barroso (2009, p. 230):

Na aplicação desse direito puro e idealizado, pontifica o Estado como árbitro imparcial. A interpretação jurídica é um processo silogístico de subsunção dos fatos a norma. O juiz - *la bouque qui prononce les paroles de la loi* - é um revelador de verdades abrigadas no comando

geral e abstrato da lei. Refém da separação de poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo.

O positivismo, marco teórico do Estado Liberal e caracterizado, no âmbito jurídico, pela supremacia do direito codificado e vinculado a aspectos formais de validade, não permitia que a aplicação das normas pelo Poder Judiciário fosse além da busca pela vontade do legislador.

Nesse panorama, a jurisdição era entendida como *tutela de direitos subjetivos privados violados* ou como *atuação da vontade da lei*, voltada à afirmação do direito objetivo.” (MARINONI, 2018)

Essas teorias evoluíram para as ideias de jurisdição como *atuação da vontade concreta da lei* (Chiovenda) ou como *justa composição da lide* (Carnelutti), que também continuaram a remeter aos ideais liberais, no sentido de entender que caberia aos juízes a mera revelação da *mens legis* (MARINONI, 2018):

É verdade que Chiovenda afirmou que a função do juiz é aplicar a vontade da lei “ao caso concreto”. Com isso, no entanto, jamais desejou dizer que o juiz cria a norma individual ou a norma do caso concreto, à semelhança do que fizeram Carnelutti e todos os adeptos da teoria unitária do ordenamento jurídico.

[...]

As concepções de que o juiz atua a vontade da lei e de que o juiz edita a norma do caso concreto beberam na mesma fonte, pois a segunda, ao afirmar que a sentença produz a norma individual, quer dizer apenas que o juiz, depois de raciocinar, concretiza a norma já existente, a qual, dessa forma, também é declarada. (MARINONI, 2018, p.12)

A partir da segunda metade do século XX, porém, acentuou-se a decadência desse legalismo acrítico.

A barbárie promovida em nome da lei pelos movimentos nazifascistas, ensejou um novo momento de reflexão na filosofia do direito, denominado pós-positivismo e marcado pelo retorno à busca de ideias de justiça superiores, que adentraram o ordenamento na forma de princípios constitucionais. (BARROSO, 2009)

Passa-se a exigir então que a legalidade não seja qualquer legalidade, mas que tenha conteúdo compatível com determinados valores pelos e para os quais se constitui a ordem jurídica (MENDES, 2010):

A transformação operada pelo Estado legislativo teve a intenção de conter os abusos da administração e da jurisdição e, assim, obviamente não se está dizendo que o sistema anterior ao do Estado legislativo era melhor.

Não há dúvida de que a supremacia da lei sobre o judiciário teve o mérito de conter as arbitrariedades de um corpo de juízes imoral e corrupto. O problema é que, como o direito foi resumido à lei e a sua validade conectada exclusivamente com a autoridade da fonte da sua produção, restou impossível controlar os abusos da legislação. Ora, se a lei valia em razão da autoridade que a editava, independente da sua correlação com os princípios de justiça, não havia como direcionar a produção do direito aos reais valores da sociedade. (BARROSO, 2009, p. 241)

Diante desse novo cenário, compete ao juiz não apenas revelar a vontade da lei, mas conforma-la aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais, estabelecidos nas Constituições contemporâneas, inclusive com a declaração de sua inconstitucionalidade, quando for o caso. (MARINONI, 2018)

No panorama mais atual, o desenvolvimento das técnicas de controle de constitucionalidade nos casos de omissão, ou de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto ou ainda de interpretação conforme, bem como, das técnicas de ponderação de um direito fundamental frente a outro, fica evidente a atuação criativa do Poder Judiciário. (MARINONI, 2018)

Diante da admissão ou do reconhecimento de que em várias hipóteses o juiz efetivamente cria o direito, exsurge a problemática sobre a legitimidade de suas decisões.

## 2 A OBRIGATORIEDADE DE MOTIVAÇÃO COMO PRINCÍPIO

Em seu aclamado estudo sobre a motivação da sentença civil, Michelli Taruffo tratou de diferenciar o que se entende por motivação do *iter* lógico empreendido pelo juiz para chegar à decisão. (TARUFFO, 2006)

Assim, embora relacionados, o *context of discovery* e o *context of justification* não se confundiriam, não somente do ponto de vista estrutural, mas também do ponto de vista fenomenológico, no sentido de que o primeiro seria uma atividade, e o segundo, um discurso:

La relación examinada es, en efecto, compleja y mediada através de un esquema que puede representarse, de manera sintética, de la siguiente manera: razonamiento decisorio (actividad) / decisión (resultado) / razonamiento justificativo (actividad) / motivación (resultado). (TARUFFO, 2006, p. 104)

O eminente processualista investiga, pois, a motivação do ponto de vista da sua função justificadora, deixando em segundo plano perspectivas que busquem deduzir as razões reais da decisão:

El discurso justificativo del juez cumple la función que le es propia en la medida en la que la aserción que debe ser motivada puede considerarse como una consecuencia lógicamente correcta de los cánones usados en la función justificativa [...]. (TARUFFO, 2006, p. 247)

De outro lado, Cruz e Tucci afirma ser obrigatório que o julgador exteriorize as razões de seu decidir, com a demonstração concreta do raciocínio fático e jurídico que desenvolveu para chegar às conclusões contidas na decisão. (CRUZ TUCCI, 1987)

Acrescenta-se a necessidade de que a fundamentação do juiz leve em consideração os argumentos expendidos pelas partes, em função do princípio do contraditório. (MENDES, 2010)

A partir dessas perspectivas, é possível conceituar a motivação enquanto justificativa racional da decisão. A racionalidade deve existir tanto do ponto de vista da coerência entre as suas proposições, quanto do ponto de vista da aceitabilidade, por parte dos destinatários do discurso, das eleições valorativas sobre as quais se funda o seu conteúdo:

Al respecto, debe subrayarse el hecho de que el concepto de racionalidad se desdobra inevitablemente en dos acepciones que demandan consideraciones separadas: se puede, en efecto, hablar de racionalidad de la justificación em cuanto la argumentación en la cual ésta consiste presenta determinados requisitos de coherencia y de orden lógico, con referencia preeminente, por lo tanto, al aspecto estructural y formal del discurso. Se puede hablar, además, de racionalidad en el sentido de *materiale Gerechtigkeit* de la justificación, es decir, en el sentido de la aceptabilidad, por parte de los usuarios de la motivación, de las elecciones valorativas sobre las cuales se funda, para decirlo de alguna manera, el contenido de la justificación misma. (TARUFFO, 2006, p. 249)

Essa concepção racional das sentenças e de sua fundamentação, segundo Taruffo, evidencia-se nos ordenamentos jurídicos que impõem aos juízes a obrigação de motivar as próprias decisões. (TARUFFO, 2013)

Assim o fez a Constituição brasileira, que estabelece em seu artigo 93, IX:

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. (BRASIL, 1988)

Como afirma Cruz e Tucci (2016, p. 171), embora não tenha incluído a obrigação de motivar dentro do Catálogo dos Direitos e Garantias Fundamentais, o constituinte brasileiro a inseriu dentro das disposições sobre o Poder Judiciário, de forma que deve ser considerada autêntica garantia fundamental de cunho processual:

Sebbene la garanzia della pubblicità degli atti e quella dell'obbligo della motivazione non siano state inserite nel catalogo dei Diritti e Garanzie Fondamentali, il costituente brasiliano le ha collocate all'interno delle disposizioni generali sul Potere Giudiziario. Ad ogni modo, entrambe le garanzie in discorso sono state considerate dalla vigente Costituzione Federale come delle autentiche garanzie processual.

Pode-se falar, assim, principalmente depois das reformas que se iniciaram a partir da segunda metade do século XX, tratadas no item anterior, em um princípio da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais, afinado com o princípio democrático que veio a se somar às ideologias do Estado de Direito.

A constitucionalização desse princípio promove, como sublinha Taruffo (2013, p. 104), uma transformação nas funções que se atribuem a ele:

A la tradicional función endoprocesal, según la cual la motivación de la sentencia tiene la finalidad de facilitar la impugnación y el juicio de impugnación, se agregó, de hecho, una función extraprocesal: la motivación representa, en efecto, la garantía de la controlabilidad del ejercicio del poder judicial fuera del contexto procesal, y entonces por parte del *quibus de populo* y de la opinión pública en general. Eso deriva de una concepción democrática del poder, según la cual el ejercicio del poder tiene que ser controlado siempre desde afuera. En sentido contrario, no se vale objetar que en la práctica este control no siempre puede ser ejercido, pues el significado profundo de las garantías está, en efecto, en la posibilidad de que el control sea puesto en práctica, no en el hecho de que sea efectuado concretamente en cada caso individual.

À função endoprocessual, associada à eficácia persuasiva e à importância da fundamentação para a impugnação da sentença, na medida em que possibilita sua interpretação e compreensão adequada, soma-se uma perspectiva extraprocessual, relacionada ao controle político e social da função jurisdicional.

### 3 A MOTIVAÇÃO COMO EXIGÊNCIA DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS NO NOVO CPC BRASILEIRO

Partindo-se da premissa de que os juízes criam normas jurídicas, embora não escolhidos para tanto pelo voto, e que essa normas assumem, muitas vezes, posições contramajoritárias, a motivação de suas decisões tem, ao lado de outros princípios constitucionais, caráter legitimador dessa atuação.

Embora a democracia seja usualmente identificada com o princípio da maioria, após o reconhecimento dos direitos fundamentais, centrados na dignidade da pessoa humana, o regime democrático passou a representar o comprometimento com a efetiva igualdade de posições entre todos os cidadãos, conforme ensinamentos de Ronald Dworkin.

Afinal, se parte da população não pode participar dos processos de tomada de decisões por não ter a garantia de um patamar civilizatório mínimo que lhe dê condições para tanto, não há como existir o poder democrático. (DWORKIN, 2004)

Por outro lado, quanto as instituições majoritárias respeitam essas condições mínimas para que haja democracia, é legítimo que sejam aceitas por todos. (DWORKIN, 2004)

Observa-se que hoje a democracia está vinculada, portanto, ao conceito de legitimidade. Aqueles que agem em nome do Estado de Direito devem ser legítimos representantes dos verdadeiros titulares do poder soberano<sup>1</sup>.

No caso do Poder Judiciário, como esclarece ROCHA (2009, p. 30), os princípios constitucionais do processo, como o princípio da motivação, são os mecanismos que legitimam a autoridade, suprimindo a falta de eleição:

No caso das normas legislativas, a legitimidade do legislador é assegurada indiretamente através de sua eleição pelo povo. Como, porém, legitimar o juiz na produção das decisões judiciais, já que não é eleito? Os princípios constitucionais do processo são, justamente, os mecanismos para legitimar o juiz, suprimindo a falta de eleição [...].

---

1 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 10 fev. 2018.

Compensam ainda o fato de haverem decisões proferidas por apenas um juiz, o que em tese afastaria esse processo de tomada de decisão das discussões e diálogos inerentes aos ambientes democráticos.

Isto porque a obrigação de fundamentar, no sistema processual vigente, no qual estão cristalizados os princípios do contraditório e da ampla defesa, exige do juiz que leve em conta os argumentos das partes, evitando que o processo decisório seja completamente solitário.

Veja-se o que diz Marinoni (2018, p. 75) a respeito:

Aliás, não se pode esquecer que, enquanto a decisão legislativa (a lei) expressa o resultado do embate parlamentar, a decisão jurisdicional, embora possa ser aperfeiçoada através do sistema recursal e de formação jurisprudencial, pode ser tomada apenas por um juiz.

Prossegue o eminente processualista:

A legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido, mas também de o juiz justificar a racionalidade da sua decisão com base no caso concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito. [...] isso permite o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer cidadão, já que a sentença deve ser o resultado de um raciocínio lógico capaz de ser demonstrado mediante a relação entre o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva. (MARINONI, 2018, p. 76)

Assim, a motivação funciona como verdadeira exigência de legitimidade das decisões judiciais, permitindo o controle da atividade do juiz pelas partes e também por qualquer cidadão, em razão da necessária publicidade desses atos, afastada apenas em circunstâncias excepcionais<sup>2</sup>.

Diante desse contexto, o novo Código de Processo Civil brasileiro, ao mesmo tempo em que objetivou eliminar entraves à prestação da tutela jurisdicional de forma célere e efetiva, buscou fortalecer o compromisso com os valores constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito. Veja-se o seguinte trecho da exposição de motivos apresentada

2 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; (BRASIL. *Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2018.)

pela Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do Novo Código:

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) *estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal*; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.(grifou-se)(BRASIL, 2010)

Logo em seu artigo 11, o CPC de 2015 prevê: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Como observa Cruz e Tucci (2016, p. 171), o novo CPC não permite que uma decisão judicial de natureza decisória seja desprovida de justificação adequada. Ao utilizar o termo “decisões”, assim como a Constituição Federal, amplia expressamente a aplicação da regra para além das sentenças ou decisões de mérito, exigindo que sejam fundamentadas também as decisões interlocutórias, “acórdãos interlocutórios” e até mesmo decisões que negam ou admitem recursos, embora nestes últimos casos se possa admitir uma motivação com menos esforço argumentativo:

Il nuovo C.P.C., sebbene non abbia tracciato la distinzione tra i diversi tipi di provvedimenti decisori, si preoccupa, per quanto riguarda il dovere di motivazione, più con la forma che con il contenuto, al pari di quanto previsto dal vecchio codice.

Ciò nonostante, deve intendersi che necessitano di una motivazione più semplice le decisioni interlocutorie, le sentenze di rito (che non decidono il merito della lite), gli «acórdãos» interlocutori (15) e, ancora, le decisioni adottate monocraticamente che ammettono o negano prosecuzione ad un’impugnazione, senza escludere l’eccezionale possibilità per il giudice o per il tribunale di trovarsi davanti ad una situazione che impone loro una motivazione complessa.

Por seu turno, as decisões de mérito devem respeitar rigorosamente o esquema previsto no artigo 489, que contém, do ponto de vista estrutural, os elementos essenciais já previstos no Código anterior:

Le sentenze e gli «acórdãos» definitivi (che statuiscono sul merito) devono rispettare, rigorosamente, lo schema tracciato nel richiamato art. 489 e, quindi, contenere, da un punto di vista strutturale, gli elementi essenziali imposti da questa disposizione. (CRUZ E TUCCI, 2016, p. 171)

Assim, o artigo 489, II, do novo Código, trouxe disposições equivalentes àquelas contidas no artigo 458, II, do digesto de 1973:

CPC de 1973

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

[...]

II – os fundamentos, em que o juíza analisará as questões de fato e de direito;

[...] (BRASIL, 1973)

CPC de 2015

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

[...] (BRASIL, 2015)

Os parágrafos do mesmo artigo 489, no entanto, demonstram uma tentativa de reforçar a proteção ao princípio da motivação das decisões judiciais, na medida em que preveem:

§ 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.

§ 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.

§ 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. (BRASIL, 2015)

As referidas disposições parecem redundantes em algumas passagens, por se tratarem de situações em que claramente não estaria motivada uma decisão, com base na análise construída neste artigo.

No entanto, como esclarece THEODORO JR et al (2015), elas representam uma preocupação do legislador em acolher as críticas doutrinárias há muito feitas no Brasil em razão da existência de decisões com fundamentação extremamente deficientes.

O inciso I chama atenção para o fato de que *analisar as questões de direito* não significa unicamente apontar a disposição normativa aplicável ou reproduzir o texto da lei, mas envolve a exposição da pertinência de sua aplicação. (GONÇALVES, 2016)

O inciso II pretende evitar o uso de conceitos jurídicos indeterminados de forma arbitrária, sem que se permita a exata apreensão do seu sentido e de sua aplicabilidade ao caso concreto:

[...] não se desvencilha o julgador do dever de fundamentação quando se vale de “conceitos jurídicos indeterminados” sem mostrar como é que tais conceitos se aplicam ao caso a partir do debate em contraditório. Tal como com a menção à norma, o uso de qualquer conceito como “boa-fé”, “boa-fé objetiva”, “dignidade da pessoa humana”, “função social” (etc.) tem de estar atrelado às especificidades do caso concreto, sob pena do seu uso também se mostrar puramente voluntarístico. (THEODORO JR et al, 2015)

Pela determinação do inciso III, é preciso que o juiz fundamente sua decisão de maneira específica; formulas genéricas do tipo “foram preenchidos os requisitos” não são admissíveis. (GONÇALVES, 2016)

O inciso IV está intimamente relacionado ao princípio do contraditório, por exigir que o juiz leve em consideração, na sua fundamentação, os argumentos aduzidos pelas partes no processo. O dispositivo exige que sejam enfrentados *todos* os argumentos deduzidos no processo *capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*.

Sobre o tema, o jurista Daniel Amorim Assumpção Neves (2016), elucida que o Superior Tribunal de Justiça adota a teoria da fundamentação suficiente, segundo a qual, em sua decisão, o juiz não está obrigado a analisar *todas* as alegações das partes, desde que enfrente e decida todas as causas de pedir do autor e todos os fundamentos de defesa do réu.

Acrescenta que o dispositivo legal “deixou uma brecha ao juiz quando previu que a exigência de enfrentamento se limita aos argumentos em teses aptos a infirmar o convencimento judicial”, liberando-o da exigência de enfrentamento de argumentos impertinentes ou prejudicados. (NEVES, 2016)

Nesse sentido é o Enunciado nº 12 da Escola de Aperfeiçoamento de Magistrados, reproduzido por Donizetti (2016): “Não ofende a norma extraível do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante”.

Os incisos V e VI estão relacionados à correta aplicação da nova teoria dos precedentes que o Código de 2015 instituiu.

O inciso V pretende evitar decisões que meramente transcrevam julgados, precedentes ou enunciados de súmulas, sem demonstrar a aplicabilidade do entendimento consolidado ao caso efetivamente apreciado (DONIZETTI, 2016).

O inciso VI exige do magistrado a distinção entre o caso concreto e o precedente não observado (*distinguishing*) ou a demonstração de superação do entendimento (*overruling*).

Sobre o tema, o Enunciado 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), reproduzido por NEVES (2016) dispõe: “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”.

Por derradeiro, o parágrafo segundo pretende determinar que, na motivação, se demonstre corretamente a aplicação da técnica de ponderação entre princípios, e o parágrafo terceiro, que se leia a decisão a partir de todos os seus elementos, quais sejam, relatório, fundamentação e dispositivo, conforme o princípio da boa-fé. (THEODORO JR et al, 2015)

É importante destacar que, segundo o enunciado n. 303, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis o rol de hipóteses descritas no artigo 489 é meramente exemplificativo, o que significa que existem outras situações em que as decisões podem ser consideradas deficientes de fundamentação, e que não foram elencadas.

O CPC-2015 trouxe outras modificações concernentes ao princípio da motivação, mas que não merecem tanto destaque, no âmbito deste estudo, como as que acima foram citadas.

Estas que foram objeto de análise representam notoriamente uma tentativa de avanço, em relação ao Código de Processo Civil de 1973, na proteção da garantia de fundamentação racional e adequada das decisões judiciais, princípio de índole constitucional e inerente ao regime democrático.

A efetividade dessas mudanças legislativas, entretanto, é circunstancia que precisa ser avaliada à medida em que forem sendo aplicadas aos casos concretos e fixado o alcance de cada um desses dispositivos, pelos aplicadores da lei.

#### 4 CONCLUSÃO

Embora o Poder Judiciário já tenha sido considerado como aquele responsável pela aplicação estrita da lei, sem qualquer possibilidade de interpretação, hoje se admite que os juízes efetivamente criam direito.

Embora não sejam eleitos, como os representantes dos demais poderes, a legitimação democrática dos juízes e de suas decisões advém do respeito às garantias constitucionais do processo, dentre elas ao dever de motivação das decisões judiciais.

As novas disposições constantes do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 buscaram reforçar a proteção ao referido princípio, na medida em que exemplificaram como obrigações de não fazer situações em que a fundamentação é apenas aparente.

Assim, além de estabelecer a estrutura das decisões, preocupou-se com o seu conteúdo, especificamente com o conteúdo da motivação, para que atenda às exigências do princípio democrático, correspondendo a uma verdadeira fundamentação dotada de racionalidade e adequação.

Assim, ao mesmo tempo em que o Novo CPC eliminou o que foi considerado entrave à celeridade da entrega da tutela jurisdicional, fortaleceu o respeito às garantias processuais constitucionais, de forma que a exigência de motivação racional e adequada das decisões não pode ser considerada como um obstáculo à rápida solução dos litígios.

Ademais, o novo sistema processual aliou essa proteção à criação de um novo sistema de precedentes judiciais, que precisam ser corretamente motivados para que se julgue cada vez menos e de forma mais célere processos idênticos.

Portanto, as disposições do novo Código estão, neste aspecto, consentâneas com as determinações constitucionais e com sua promessa de construção do Estado Democrático de Direito.

#### REFERÊNCIAS:

ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Senado, 2010.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil (1973)*. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 1973.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil (2015)*. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1988)*. *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2018.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

\_\_\_\_\_. Le garanzie costituzionali della pubblicità degli atti processuali e della motivazione delle decisioni nel nuovo c.p.c. brasiliano. *Publicações da Escola da AGU Sistemas Processuais a Confronto: il Nuovo Codice Di Procedura Civile Del Brasile Tra Tradizione e Rinnovamento*. v. 8, n. 1, p. 171-184, jan./mar. 2016.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DWORKIN, Ronald. La construcción de La nación, el constitucionalismo y la democracia. In: KOH, Harol Hongju; Slye, Ronald C. *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquemático*. Marcus Vinicius Rios Gonçalves, coordenador Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Constitucional*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-A-JURISDI%C3%87%C3%83O-NO-ESTADO-CONSTITUCIONAL1.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Atlas. 2009.

TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. tr. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

\_\_\_\_\_. *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. Michele Taruffo. México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC - Fundamentos e Sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

---

# O SISTEMA JUDICIÁRIO ITALIANO COMPARADO AO BRASILEIRO: ALGUNS APONTAMENTOS

*THE ITALIAN JUDICIAL SYSTEM COMPARED TO THE  
BRAZILIAN ONE: SOME NOTES*

---

*Murilo Albertini Borba  
Procurador Federal  
Procuradoria-Regional Federal da 3.<sup>a</sup> Região*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A justiça constitucional; 2 A justiça especial; 2.1 A justiça administrativa; 2.2.A justiça de contas; 2.3 A justiça militar; 3 A justiça ordinária; 3.1 Tribunais de menores; 3.2 Cortes de apelação; 3.3 *Corti d'assise*; 3.4 Suprema Corte de Cassação; 4 Conselho Superior da Magistratura; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Os órgãos que compõem o sistema judiciário italiano são resultantes da estrutura unitária do Estado italiano, da sua história e de sua sociedade. Possui três justiças: justiça constitucional, justiça especial e justiça ordinária. A primeira é responsável, em essência, pela guarda da constituição. A segunda, através de suas especializações, aprecia as questões de direito administrativo, de finanças públicas e militares. A justiça ordinária é responsável por processar e julgar todos os demais casos, no âmbito civil e penal. Encimada pela Corte de Cassação, contém os juízes de paz, os tribunais ordinários, os tribunais de menores, as *corti d'assise* (“tribunais do júri”), os tribunais de vigilância e as cortes de apelação. Por fim, o Conselho Superior da Magistratura, de forma centralizada, trata de todos os aspectos da vida profissional dos magistrados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Itália. Justiça. Sistema. Corte. Tribunal. Jurisdição. Competência. Recurso

**ABSTRACT:** The organs that compose the Italian judicial system derive from the unitary structure of the Italian State, its history and its society. It has three justices: constitutional justice, special justice and ordinary justice. The first is responsible, in essence, for the guard of the constitution. The second, through its specializations, appreciates the issues of administrative law, public finances and army forces. The ordinary justice system is responsible for prosecuting and judging all other cases, both civil and criminal. Encompassed by the Court of Cassation, it contains judges of the peace, ordinary courts, juvenile courts, *corti d'assise* (“jury courts”), courts of law and courts of appeal. Finally, the Superior Council of the Magistracy, in a centralized way, deals with all aspects of the professional life of magistrates..

**KEYWORDS:** Italy. Justice. System. Court. Tribunal. Jurisdiction. Competence. Appeal.

## INTRODUÇÃO

O sistema judiciário italiano possui uma estrutura substancialmente diferente em relação ao sistema judiciário brasileiro, o que acaba por fazer o próprio direito processual de ambos os países dissentir em diversos pontos. Não obstante a tradição do direito do Brasil e da Itália ser a mesma, qual seja, romano-germânica ou de direito continental europeu, as peculiaridades culturais e políticas, refletidas na estrutura estatal, implicaram a substancial diferença entre os dois poderes judiciários.

Inicialmente, verifica-se que o sistema judiciário italiano divide-se em três justiças: justiça constitucional (*giurisdizione costituzionale*), justiça especial (*giurisdizione speciale*) e justiça ordinária (*giurisdizione ordinaria*). Não obstante, no idioma italiano se utilize o termo *giurisdizione*, optou-se, neste texto, pela sua tradução para o termo “justiça”, mais assemelhado ao utilizado pelo sistema brasileiro, além de não causar confusão com o conceito de jurisdição do direito brasileiro. Igualmente, não se utilizou o termo “competência” como tradução de *giurisdizione*, posto que relacionado à repartição das atribuições dentro de cada justiça e não propriamente a elas ou entre elas.

Essa divisão tripartite do sistema judiciário italiano já aponta para a primeira e substancial diferença relativamente ao sistema brasileiro, que possui uma justiça comum e uma especial, sendo que as subdivisões dessa última não correspondem às da justiça especial italiana.

Uma outra diferenciação linguística está no termo em língua italiana “*tribunale*”, que não tem exatamente o mesmo significado que “tribunal” tem em língua portuguesa. Enquanto o último, para nós, é sinônimo de corte e, portanto, órgão jurisdicional colegiado com funções, essencialmente, de segundo grau, o termo “*tribunale*” refere-se a órgão jurisdicional, colegiado ou não, conforme o caso, em regra de primeiro grau, mas, em alguns casos, com funções recursais. Portanto, o termo “*tribunale*” guarda semelhança com nosso conceito de foro, mas não corresponde a ele com precisão.

Em razão dessa falta de correspondência, neste artigo, será utilizado como tradução ao termo “*tribunale*” aquele que a ele mais se assemelha em língua portuguesa, qual seja “tribunal”, lembrando-se que o nosso conceito para essa palavra é diferente.

Passa-se, agora, à análise de cada umas das justiças.

### 1 A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

A justiça constitucional (*giurisdizione costituzionale*) é exercida exclusivamente pela Corte Constitucional (Corte Costituzionale - art. 134 a

136 da Constituição), que tem a competência para decidir sobre controvérsias relacionadas à constitucionalidade das leis e demais atos de igual força, tanto nacionais como das regiões; sobre conflitos de competência entre os poderes e entre a Itália e suas regiões e entre essas; e sobre acusações contra o Presidente da República de crimes de alta traição ou de ataque à Constituição.

Com o advento da República, a Itália, para preservar a novel Constituição de 1947, promulgada em 1948, das eventuais leis que a afrontassem, adotou a solução de criação da Corte Constitucional, com atribuições sempre voltadas à guarda constitucional.

Dessa forma, a Corte foi posicionada externamente ao sistema judiciário ordinário, mas com ele comunicante, como, por exemplo, quando há suscitação de dúvida, pelo juízo ordinário, quanto ao confronto da norma legal à Constituição, diante de um caso concreto posto. Tal situação é mais um diferencial em relação ao sistema judiciário brasileiro, o qual coloca o órgão responsável pela aferição da constitucionalidade das leis, ou seja, pela guarda da Constituição dentro da própria justiça comum, como órgão de cúpula e competência recursal.

Na hipótese das controvérsias relacionadas à constitucionalidade das leis, a justiça constitucional pode ser acionada pela via principal ou pela via incidental. A primeira, que corresponde ao controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, somente pode ser utilizada por sujeitos expressamente legitimados pela Constituição. A outra, pode ser provocada por qualquer juízo que ponha em dúvida a constitucionalidade de uma lei, que tenha relevância para o deslinde do caso concreto que lhe foi posto. Contudo, diferentemente do sistema brasileiro, o juízo ordinário não pode declarar, mesmo que só para aquela lide em análise, a inconstitucionalidade da lei. Cabe-lhe, outrossim, remeter a questão da legitimidade constitucional da norma à Corte Constitucional.

Além disso, a análise da constitucionalidade abarca inclusive a das leis em vigor antes da vigente ordem constitucional, podendo, assim, expurgar do ordenamento jurídico as leis antigas que não são compatíveis com a constituição republicana.

Anote-se que, com a declaração de inconstitucionalidade (*illegittimità costituzionale*), a norma é expurgada do ordenamento jurídico no dia seguinte ao da publicação da sentença de acolhimento na imprensa oficial, mesmo no caso de acionamento do controle de constitucionalidade pela via incidental. A decisão, portanto, não vale somente para o processo em que é proferida, mas atinge a lei objetivamente, tendo eficácia *erga omnes*, inclusive quando provocada no curso de um processo judicial singular. Destarte, às decisões da Corte Constitucional, que não se submetem a qualquer recurso, devem todos se conformar: indivíduos, pessoas jurídicas de direito privado e de direito público, autoridades administrativas, todos os agentes do estado, inclusive o judiciário.

Evidente, então, mais essa diferença entre o sistema de controle de constitucionalidade italiano e o brasileiro: em controle difuso, no sistema brasileiro, para a norma ser expurgada do ordenamento jurídico é ainda necessária a suspensão da sua vigência pelo Senado Federal, após a comunicação da decisão pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da Constituição Brasileira), condição que não existe no sistema italiano.

## 2 A JUSTIÇA ESPECIAL

A justiça especial (*giurisdizione speciale*), regulada por normas especiais e atuante em setores específicos, divide-se em três: administrativa (*amministrativa*), de contas (*contabile*) e militar (*militare*).

Descreve-se cada uma dessas especializações.

### 2.1 A JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

A justiça administrativa (*giurisdizione amministrativa*) é um dos traços diferenciais mais relevantes entre os sistemas judiciários italiano e brasileiro. Diversamente do sistema brasileiro, que não possui uma justiça própria para isso, não obstante a existência, em algumas localidades, de varas especializadas, a justiça administrativa existente na Itália cuida dos litígios entre os administrados e a Administração Pública e à legitimidade de seus atos.

Contudo, nem todas as lides existentes entre os administrados e a Administração Pública são de competência da justiça administrativa. Caso o conflito se trate de interesse legítimo do administrado contraposto aos poderes administrativos, a competência será da justiça administrativa. Porém, tratando-se de mero direito subjetivo do administrado em conflito com a Administração, não decorrente dos seus legítimos poderes, a causa deverá ser submetida à justiça ordinária.

A justiça administrativa é exercida pelos tribunais administrativos regionais (*tribunali amministrativi regionali - TAR*) e sua mais alta instância é o Conselho de Estado (*Consiglio di Stato*), que possui também natureza administrativa. No exercício da atividade administrativa é órgão máximo de consultoria jurídico-administrativa do Governo.

### 2.2 A JUSTIÇA DE CONTAS

Com funções extremamente semelhantes aos tribunais de contas brasileiros, a *giustizia de contas* (*giurisdizione dei conti*), exercida pela Corte de Contas (*Corte dei Conti - Lei n. 800, de 14 de agosto de 1862; arts.*

100 e 103 da Constituição) e por suas seções regionais, realiza o controle preventivo de atos do governo e de outros órgãos do Estado; o controle a posteriori das contas de gestão e do patrimônio público; assim como avaliam as questões acerca da responsabilidade dos agentes públicos.

Contudo, diferentemente da estrutura existente no Brasil, em que os Tribunais de Contas são órgãos do Poder Legislativo, auxiliando-o em sua função de controle, preventiva e repressivamente, das finanças públicas, a justiça de contas, como o próprio nome diz, é função típica da própria Justiça. É, assim, independente tanto em relação ao Governo, quanto ao Parlamento.

### 2.3 A JUSTIÇA MILITAR

A justiça militar (giurisdizione militare), de maneira muito semelhante à brasileira, é competente para processar e julgar os crimes militares cometidos pelos integrantes das forças armadas durante o período de paz e tem, na forma da lei, a sua competência ampliada em período de guerra.

É composta por quatro tribunais militares que dividem sua circunscrição territorial sobre todo o território italiano; por uma corte de apelo única para todo o país; e por um tribunal de vigilância para todo o território nacional.

As funções de corte suprema militar são exercidas pela Suprema Corte de Cassação, órgão judiciário da justiça ordinária, como mais à frente se verá.

### 3 A JUSTIÇA ORDINÁRIA

A justiça ordinária (giurisdizione ordinaria) é responsável pelo processamento e julgamento de todas as demais causas não abarcadas pelas demais justiças e divide-se em civil e penal.

Digno nota, dentro da justiça penal, é a natureza dos agentes públicos responsáveis pela acusação: as funções do Ministério Público (*Pubblico Ministero*) são exercidas por magistrados, da mesma carreira daqueles que compõem os órgãos judicantes. A função acusatória, ou requerente, portanto, não se desenvolve em órgão externo à própria justiça, mas é integrante dela própria.

Observe-se que essa peculiaridade é extremamente estranha para o sistema brasileiro, considerando que a separação do Ministério Público em relação ao próprio agente público julgador ou a qualquer outra parcela de poder é, no sistema pátrio, indispensável para que o exercício de suas funções se desenvolva de forma absolutamente independente, bem como

para garantir a imparcialidade da própria justiça. Parece que no sistema italiano semelhante preocupação não informa a estruturação dos sujeitos processuais, pelo menos não com a intensidade brasileira.

A justiça ordinária é composta, em primeiro grau de jurisdição, pelos juízes de paz (*giudici di pace*); pelos tribunais ordinários (*tribunali ordinari*), que julgam monocraticamente ou de forma colegiada; pelos tribunais de menores (*tribunali per i minorenni*), que julgam de forma colegiada, com a participação de especialistas honorários; pelos “tribunais do júri” (*corti d’assise*), que julgam os delitos mais graves; e pelos tribunais de vigilância (*tribunali di sorveglianza*), que julgam monocraticamente ou de forma colegiada, com a participação de especialistas honorários.

Os juízes de paz possuem competência para decidir causas civis de pequeno valor e penais de pequeno potencial ofensivo. São magistrados honorários, pois não fazem parte da magistratura profissional, composta pelos juízes que se submeteram a concurso público e exercem suas funções por tempo indeterminado.

Os tribunais de vigilância são competentes para decidirem sobre os requerimentos de penas alternativas às de prisão e incidentais ao cumprimento da pena (liberdade condicional, prisão domiciliar etc.).

Em segundo grau de jurisdição, existem as cortes de apelação, responsáveis pelos recursos contra as decisões dos tribunais ordinários e de menores; os tribunais ordinários, perante os quais são feitas as impugnações às decisões dos juízes de paz; os “tribunais do júri de apelação” (*corti d’assise d’apello*) e os próprios tribunais de vigilância, aos quais cabem os recursos contra as decisões dos magistrados de vigilância.

### 3.1 TRIBUNAIS DE MENORES

Os tribunais de menores (*tribunali per i minorenni*) têm atribuições nas esferas civil, administrativa e penal.

Na esfera civil, cuidam da proteção dos menores em situação de risco ou de abandono, podendo impor limitações ao exercício do poder familiar (*potestà genitoriale*) e modificar sua guarda. Podem, ainda, proceder adoções, realizando os atos necessários para syndicar os adotantes. Homologam, também, as sentenças de adoção estrangeiras para que tenham eficácia em território italiano. São competentes, da mesma forma, para os casos de subtração internacional de menores.

Na esfera administrativa, adotam medidas de caráter educativo para os menores com comportamentos não aceitos nos contextos familiares ou sociais a que pertencem, bem como como atuam nos casos em que menores se prostituem ou são vítimas de crimes sexuais.

Na esfera penal, possuem competência absoluta para processar e julgar os delitos cometidos por menores, mesmo em concurso com maiores. Para esse fim, os menores de 14 anos são inimputáveis, não se sujeitando sequer aos tribunais de menores. Estes julgam aqueles que têm idade entre 14 e 18 anos.

### 3.2 CORTES DE APELAÇÃO

As cortes de apelação (*corti d'apello*) têm, essencialmente, a competência para processar e julgar as impugnações contra as sentenças, civis e penais, proferidas pelos tribunais ordinários e de menores. Exercem o chamado juízo de mérito, o que significa que podem analisar todos as questões da causa, sejam de fato, sejam de direito, confirmando, reformando ou substituindo a sentença de primeiro grau, no todo ou em parte.

Em algumas matérias, as cortes de apelação exercem o juízo de primeiro grau, como por exemplo, nas controvérsias sobre indenização em razão de desapropriação por utilidade pública, na concessão de *exequatur* a sentenças estrangeiras, entre outras.

As sentenças das cortes de apelação submetem-se ao recurso de cassação (*ricorso per cassazione*), a ser apreciado pela Corte de Cassação.

### 3.3 CORTI D'ASSISE

As *corti d'assise* (singular: corte d'assise) são, no sistema judiciário italiano, o equivalente aos tribunais do júri brasileiros, não obstante as diferenças entre ambos sejam bastante graves, a ponto de ser extremamente impróprio ter um por tradução do outro.

Na Idade Média, a administração da justiça por cidadãos, reunidos, sentados em assembleia, já era chamada, em francês antigo, de *asise*, derivado do termo latino "*assidere*", que significa sentar-se ao lado.

As *corti d'assise* surgiram no ordenamento jurídico italiano nos idos de 1859, por força de seu Código de Processo Penal. Contudo, com o fascismo, o instituto foi transformado de modo a permitir exclusivamente a participação de indivíduos com status social privilegiado e que fossem filiados ao partido fascista. Não obstante a mudança dos requisitos para compor as cortes, a estrutura permaneceu basicamente a mesma após o fim do fascismo.

Atualmente, são compostas por dois juízes togados, sendo um o presidente, e seis leigos (*giudici popolari*), que devem ter entre 30 e 65 anos e possuírem diploma de ensino médio, não podendo ser magistrados nem servidores da justiça, integrantes das forças armadas ou ministros de

qualquer religião ou ordem religiosa. Nos julgamentos, todos os juízes, togados ou populares, têm o mesmo voto, sendo as decisões tomadas por maioria.

Enquanto no sistema brasileiros os tribunais do júri são competentes para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida, conforme determinado pela Constituição brasileira, as *corti d'assise* são responsáveis pelo julgamento dos delitos contra a vida e de outros tipos, tidos por mais graves, e que podem ser punidos com as penas severas: prisão perpétua (*ergastolo*) ou reclusão superior a 24 anos. Em se tratando de menores, sua competência é excepcionada em favor dos tribunais de menores, haja vista a competência absoluta destes em relação aos delitos cometidos por indivíduos com idade entre 14 e 18 anos.

Os julgamentos das *corti d'assise* são impugnadas junto às *corti d'assise d'appello*. Ao contrário do sistema brasileiro, no qual as decisões dos tribunais do júri não podem ser reformadas em seu mérito pelo respectivo tribunal (de justiça ou regional federal), sendo soberanas quanto ao julgamento do fato, as *corti d'assise d'appello* podem apreciar livremente o fato e o direito, à semelhança das cortes de apelação ordinárias, e, assim, confirmando, reformando ou substituindo a sentença das *corti d'assise* em primeiro grau.

Os julgados das *corti d'assise d'appello* são impugnáveis por recurso de cassação, perante a Corte de Cassação.

### 3.4 SUPREMA CORTE DE CASSAÇÃO

No topo da justiça ordinária encontra-se a Corte de Cassação (*Corte di Cassazione*) ou *Suprema Corte de Cassação* (*Suprema Corte di Cassazione*). Essencialmente, compete a ela assegurar a exata observância e a uniforme interpretação da lei, a unidade do direito objetivo nacional e o respeito aos limites das diversas justiças e as competências dos diversos órgãos jurisdicionais.

É organizada em seis seções civis e sete penais, compostas cada uma por cinco juízes. Em determinados casos de relevância, o tribunal se reúne em seções unidas civis (*sezioni uniti civili*) e em seções unidas penais (*sezioni uniti penali*), caso em que as decisões têm efeito vinculante.

Os recursos para à Corte de Cassação, os recursos de cassação (*ricorso per cassazione*), podem ser apresentados contra os julgados das cortes de apelação ou de juízo de única instância. Contudo, é vedado à Corte a análise dos fatos, já apreciados pelas instâncias inferiores. No julgamento do recurso, a Corte poderá cassar a decisão recorrida, caso em que deverá indicar o princípio de direito que deverá ser observado pelo juízo ao qual será reenviada a causa, a fim de ser aplicado ao caso concreto.

Nesse caso, diz-se que a Corte de Cassação exerce um juízo de legitimidade, uma vez que não atua sobre o mérito da causa e só pode cassar a sentença recorrida por questões de direito, em contraposição ao juízo de mérito exercido pelas cortes de apelação, que tem ampla competência para adentrar no mérito da causa, confirmando, reformando ou substituindo a sentença de primeiro grau, no todo ou em parte.

O recurso à Corte de Cassação, portanto, guarda várias semelhanças ao recurso especial do direito brasileiro: visa a preservar o cumprimento da lei, a assegurar a uniformização da jurisprudência na interpretação da lei e não pode imiscuir-se nas questões de fato da causa, mas se limita às questões de direito relevantes para o caso concreto.

Contudo, há uma diferença: o recurso não decide a causa, mas somente pode cassar, ou não, o seu último julgamento e definir o caminho de direito que a corte ordinária poderá tomar na análise da causa. No recurso especial brasileiro, salvo as hipóteses de anulação do acórdão antecedente, ao julgar a questão de direito, o tribunal decide a causa, julgando a ação procedente ou improcedente.

As decisões da Corte de Cassação em cada caso concreto não têm efeito vinculante a outros casos, à exceção daquelas proferidas pelas seções unidas, mas geram uma jurisprudência à qual os juízos inferiores tendem a seguir. Assim, a uniformização da jurisprudência, pela Corte de Cassação, é obtida de forma direta, pelas próprias decisões por ela proferidas nos casos concretos, e de forma indireta, pela influência dessas decisões nos julgados dos órgãos jurisdicionais inferiores.

A chamada função nomofilática da Corte de Cassação é exatamente o seu dever de assegurar a uniforme interpretação das leis, através dos recursos de cassação, gerando uma jurisprudência orientativa às cortes e juízos inferiores.

Além disso, a Corte de Cassação decide os conflitos entre as justiças e os de competência, indicando qual é o órgão jurisdicional responsável por decidir determinado caso, haja vista sua supremacia institucional relativamente aos demais órgãos jurisdicionais.

#### 4 CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Não obstante não seja órgão jurisdicional, tendo em vista sua importância na estrutura do judiciário italiano, inclusive como garantidor de sua autonomia e independência, é necessário traçar umas linhas acerca do Conselho Superior da Magistratura italiano.

O *Conselho Superior da Magistratura (Consiglio Superiore della Magistratura)* é um órgão de previsão constitucional (arts. 104 a 110), com

a finalidade de gerir a carreira e a situação profissional dos magistrados, incluídos aqueles que exercem as funções do Ministério Público, haja vista, como dito anteriormente, tratar-se da mesma carreira. O Conselho tem o dever de garantir a autonomia e a independência da magistratura italiana, como pilar da isenção das decisões judiciais.

É composto pelo Presidente da República, que o preside; pelo Primeiro Presidente da Corte de Cassação; pelo Procurador Geral junto à Corte de Cassação; por dezesseis magistrados de carreira; e por oito professores de direito ou advogados com pelo menos quinze anos no exercício da profissão. Os componentes provenientes da magistratura são eleitos pelos próprios integrantes da carreira, enquanto os professores de direito e advogados são eleitos pelo Parlamento em sessão comum e entre os quais é eleito o Vice-Presidente do Conselho.

Todas as decisões acerca da vida profissional do magistrado são tomadas pelo Conselho Superior da Magistratura, tais como: acesso à carreira, formação, progressão na carreira, remoção, transferência de funções, licenças, aposentadoria, imposição de penalidades disciplinares etc.

O Conselho tem grande poder na organização dos ofícios de justiça, uma vez que estabelece regras gerais e objetivas, inclusive com a designação dos juízes responsáveis.

No Brasil, não existe órgão semelhante. As funções relativas à vida profissional dos magistrados são exercidas pelos diversos tribunais do país, conforme a vinculação de cada um, assim como o estabelecimento de regras dos ofícios de justiça.

## 5 CONCLUSÃO

Não obstante se perceba a existência de inúmeras diferenças entre o sistema judiciário brasileiro e o italiano, necessárias gizar algumas delas.

Grande parte dessas diferenças decorrem do fato de o Estado italiano ser unitário e de o Estado brasileiro organizar-se em uma federação. A autonomia dos estados federados brasileiro impõe a necessidade de uma justiça estadual e outra federal, com estruturas e regramentos próprios. A Itália, ao contrário, não tem essa necessidade e, por isso, possui uma estrutura única. Tal situação aponta para uma relativa simplificação da estrutura judiciária italiana.

A existência de uma corte constitucional, com a exclusividade para a apreciação da constitucionalidade de leis e outras normas, subtraindo do

juízo ordinário tal atribuição para os casos concretos, aponta para a ideia de que a importância da lei, emitida pelo Parlamento, e mesmo de outras normas de caráter geral, expedidas por autoridades ou órgãos colegiados de diversas ordens, impedem que um juízo de piso seja capaz de afastar sua aplicação por entendê-la não conforme à constituição.

Ademais, esse instituto reforça a segurança jurídica, posto que impede que determinados juízos entendam pela inconstitucionalidade de uma norma e outros não, haja vista que todos os juízos serão obrigados a observar a decisão da Corte Constitucional. Antes dela, somente poderão suscitar a dúvida sobre a legitimidade constitucional da norma ou, então, conformar-se em aplicá-la.

O posicionamento da Cortes de Contas, outrossim, como órgãos do judiciário italiano em contraposição ao sistema brasileiro, em que os tribunais de contas são órgãos auxiliares das casas legislativas, denotam um respeito extremo à observância das regras financeiras e contábeis devida pelos agentes públicos. Revela-se um desejo de afastar dos órgãos eminentemente políticos as decisões sobre esse tema, limitando-as aos aspectos técnicos.

A centralização das decisões sobre a vida profissional dos juízes de todo país, com um tratamento aparentemente uniforme, por sua vez, visa a afastar a aplicação diferenciada, pelos menos nos casos concretos, das normas que regulam a magistratura. Além disso, não há regulamentos diversos, como podem existir no Brasil, em âmbito nacional e em cada um dos estados, diferentes todos entre si.

Por fim, a limitação dos julgamentos da Corte Suprema de Cassação à anulação (cassação) das decisões das cortes inferiores e ao apontamento do princípio de direito a ser obrigatoriamente observado pelo juízo de reenvio, que deverá julgar novamente a causa, reserva ao juízo ordinário a apreciação das questões de fato. No Brasil, não obstante esse princípio também informe nossas cortes superiores e a corte suprema, o julgamento da causa, reformando em muitos casos os julgados dos juízos ordinários, acaba por favorecer o enfrentamento das questões de direito, a despeito de, formalmente, tal apreciação ser rechaçada.

Não se pode, contudo, pela simples diferenciação dos sistemas judiciários apontar qual é melhor, qual é pior. Na verdade, a estruturação histórica deles se deve a necessidades que surgem, a princípios que a sociedade local julga importantes e a realidades que não se repetem em nações cultural e historicamente diversas. Mas, o estudo comparado pode sugerir institutos existentes em um sistema que poderiam funcionar de forma satisfatória em outro, sem prejuízo de sua adequada adaptação às idiosincrasias locais.

**REFERÊNCIAS**

AUTOR NÃO IDENTIFICADO. *Che cosa è la Corte Costituzionale*. Roma: Ufficio Stampa della Corte Costituzionale, 5. ed. 2016.

AUTOR NÃO IDENTIFICADO. *Il sistema giudiziario*. Roma: sítio eletrônico do Conselho Superior da Magistratura. Disponível em: <<https://www.csm.it/web/csm-internet/magistratura/il-sistema-giudiziario>>.

AUTOR NÃO IDENTIFICADO. *Le funzioni della Corte*. Roma: sítio eletrônico da Corte de Cassação. Disponível em: <[http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/funzioni\\_corte.page](http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/funzioni_corte.page)>.

AUTOR NÃO IDENTIFICADO. *Corte di assise. Sítio eletrônico Lombardia Beni Culturali*. Disponível em: <<http://www.lombardiabeniculturali.it/archivi/profili-istituzionali/MIDL00012D/>>.

DOTTO, Renér Ferrari. *O júri no mundo - direito comparado*. Sítio eletrônico Jus.com.br. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33862/o-juri-no-mundo-direito-comparado>>. 2014.

VÁRIOS AUTORES. Coordenação de GRASSO, Gianluca; TRIA, Lucia. *Introduzione alla Corte di Cassazione*. Roma: Struttura di Formazione Decentrata della Corte di Cassazione, 2017.



---

A RECEPÇÃO DO DIREITO ROMANO NA  
EUROPA E A SUA IMPORTÂNCIA PARA  
A TUTELA PROVISÓRIA PREVISTA  
NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL  
BRASILEIRO

---

*THE RECEPTION OF ROMAN LAW IN EUROPE AND ITS  
IMPORTANCE FOR THE INTERIM PROTECTION PROVIDED  
FOR IN THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE*

*Roberta Terezinha Uvo Bodnar*

*Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)*

*Professora Convidada da Pós-Graduação em Direito Previdenciário e do Trabalho da  
Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)*

*Procuradora Federal, em exercício na Procuradoria Federal do Estado de Santa  
Catarina (PFSC)*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O renascimento jurídico medieval e a formação de um direito comum europeu; 2 A contribuição do Direito Romano para a tutela provisória prevista no Código de Processo Civil brasileiro; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo analisa a recepção do Direito Romano na Europa e a sua importância para a tutela provisória, atualmente, prevista no Código de Processo Civil brasileiro. A análise busca constatar se em Roma Antiga havia alguma previsão semelhante a atual tutela provisória expressa nos diplomas processuais e a partir de qual momento passou a ser utilizada no sistema processual brasileiro. A tarefa proposta segue disposta de forma a descrever o renascimento jurídico medieval e a formação de um direito comum europeu, isto é, a recepção do Direito Romano na Europa. A pesquisa destaca a contribuição do Direito Romano, inclusive, para a tutela provisória prevista no Código de Processo Civil brasileiro. Este artigo recorre ao método de abordagem indutivo, por meio das seguintes técnicas de pesquisa: bibliográfica, documental, legal, e utilização de livros e de revistas especializados e é desenvolvida em dois itens.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Romano. Glosadores. Pós-Glosadores. Interdictum. Tutela Provisória. Código de Processo Civil.

**ABSTRACT:** This article analyzes the reception of Roman law in Europe and its importance for the interim protection, currently provided for in the Brazilian Civil Procedure Code. The analysis seeks to verify if in Ancient Rome there was some similar prediction to the current interim protection expressed in the procedural documents and from which moment it began to be used in the Brazilian procedural system. The proposed task is described in such a way as to describe the medieval legal renaissance and the formation of a common European law, that is, the reception of Roman law in Europe. The research highlights the contribution of Roman law, including, for the interim protection provided for in the Brazilian Civil Procedure Code. This article uses the method of inductive approach, through the following research techniques: bibliographic, documentary, legal, and use of books and specialized magazines and is developed in two items.

**KEYWORDS:** Roman Law. Glossators. Postglossators. Interdictum. Interim Protection. Civil Procedure Code.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a importância da recepção do Direito Romano na Europa para a tutela provisória prevista no Código de Processo Civil Brasileiro, instituído pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

O primeiro item descreve a recepção do Direito Romano na Europa, partindo do renascimento jurídico medieval até a formação de um direito comum Europeu, compreendendo os Séculos XII a XV.

O segundo item destaca a tutela interdital prevista em Roma Antiga a qual, de forma semelhante a previsão do sistema processual italiano, passa a ser incorporada no ordenamento jurídico brasileiro com a reforma do Código de Processo Civil de 1973, ocorrida no ano de 1994.

Registre-se que como marco teórico pertinente ao Direito Romano, será utilizada a tradução doutrinária pertinente, que tem como principais os seguintes autores: na doutrina internacional, Paricio e Barreiro; na doutrina nacional, Rolim. Para as tutelas provisórias serão utilizados ensinamentos de Carmignani, de Marinoni, de Arenhart e de Mitidiero.

Para realização da análise descrita será utilizado o método monográfico e indutivo, o que, nas palavras de Pasold (2000, p. 104), significa “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”. Da pesquisa bibliográfica e da documental, chegar-se-á a uma conclusão geral sobre o tema estudado.

## 1 O RENASCIMENTO JURÍDICO MEDIEVAL E A FORMAÇÃO DE UM DIREITO COMUM EUROPEU

A tradição romanística como elemento constitutivo da cultura jurídica europeia decorre do renascimento jurídico medieval e forma parte de um conjunto de transformações tendentes a configurar a nova estrutura da sociedade e o mundo da cultura (Século XII a XV), no marco de um processo de substituição evolutiva da ordem de valores conforme os quais se entendiam as relações de convivência e se estruturava a sociedade no período alto-medieval (PARICIO; BARREIRO, 2010, p. 186).

Vários são os aspectos que contribuíram para o renascimento do direito romano no período medieval, em especial, os fatores: culturais, econômicos, políticos, sociológicos e epistemológicos, conforme se conclui dos ensinamentos de Paricio e Barreiro na obra intitulada “Historia del derecho romano y su recepción europea” (2010; 263 p.).

A recepção do Direito Romano, segundo Weber (1999, p. 127), “deve-se principalmente à posição soberana do monarca estabelecida na

codificação de Justiniano”. Ainda, na visão do referido autor (1999, p. 128), a importância da recepção do Direito Romano no período medieval residia em seu aspecto formal, e não em seu aspecto material:

A recepção das disposições materiais do direito romano, ao contrário, em nada importava precisamente aos interessados no direito mais “modernos”, isto é, os burgueses; as instituições do direito mercantil e de bens de raiz urbanos da Idade Média correspondiam muito melhor às suas necessidades. Somente as qualidades gerais formais do direito romano eram as que, com a especialização inevitavelmente crescente da vida jurídica, lhe possibilitavam a vitória por toda parte, menos onde, como na Inglaterra, existia uma instrução jurídica nacional que era protegida por interesses poderosos. Estas qualidades formais também condicionaram que a justiça principesca patrimonial do Ocidente não seguisse os caminhos de um cultivo genuinamente patriarcal da justiça material e do bem-estar, como ocorreu em outras partes. Um fato fundamental que impediu isto foi a instrução formalista dos juristas, dos quais esta justiça precisava como funcionários, conservando para a justiça do Ocidente aquele grau de caráter formal-jurídico que lhe é específico, em oposição à maioria das outras administrações patrimoniais do direito. O respeito ao direito romano e à formação romanista dominava, por isso, tudo que os inícios da Época Moderna viam de codificações principescas – em sua grande maioria criações do racionalismo de juristas com formação universitária.

O ponto de partida historicamente significativo para a formação da cultura jurídica europeia constitui o descobrimento científico do Digesto e sua adoção como base para os estudos e obras desenvolvidos pelas universidades, com destaque para a Universidade de Bolonha, na Itália.

Paricio e Barreiro (2010, p. 187) mencionam que “não parece ter existido no Ocidente escolas de direito que tomaram o Digesto como objeto de estudos anteriormente a que começa a desenvolver sua atividade em Bolonha no final do Século XI”.

Sobre o renascimento da formação da cultura jurídica e a Universidade de Bolonha, Fernandes (2004, p. 74-75) acrescenta que:

Esse renascimento parte da Escola de Bolonha, defensora do partido dos imperiais, que formará uma plêiade de juristas, glosadores e comentadores dos textos *justinianeus*. Os imperiais armam-se de legistas, capazes não só de ler, mas de também interpretar a essência de princípios que foram constituídos numa época bem distante e para

uso de jurisconsultos romanos. Defendendo e recuperando a ordem jurídica do Império Romano, os imperiais do século XII afirmavam-se frente ao Papado.

O plano da cultura jurídica, e da formação e da difusão da tradição romanística-europeia, teve especial relevância à adoção do direito contido no Digesto para a construção e desenvolvimento do direito canônico que, com o Decreto de Graciano (1140-1142), foi objeto da primeira ordenação que teve uma grande influência, tanto no plano científico como no prático, como explicam Paricio e Barreiro (2010, p. 188).

A inter-relação entre o direito romano e o direito canônico no período alto-medieval, segundo os autores citados (2010, p. 188), proporciona a expressão de uma cultura jurídica comum naquele momento em forma harmônica. Nesse sentido, Franco Jr. (2001, p. 161-162) escreve que:

Nas faculdades de Direito os dois ramos estudados refletiam bem a dualidade cultura eclesiástica/cultura vulgar. Formando uma sociedade à parte, com suas próprias regras, a Igreja desde o século VI procurara organizar e classificar as normas estabelecidas por concílios gerais, sínodos locais e bulas papais. Contudo, o volume de material e suas inúmeras contradições dificultavam sua consulta e aplicação. Daí a elaboração de coleções que selecionassem e sistematizassem as leis da Igreja. Para tanto, recorreu-se aos métodos que se desenvolviam nas escolas, e assim foi se tornando necessária a formação de especialistas e, portanto de faculdades de Direito Canônico. Paralelamente, naquele contexto de complexização da sociedade, as regras jurídicas estabelecidas pelo costume (Direito consuetudinário de origem germânica) não mais atendiam às necessidades do momento. A revalorização da cultura antiga que então ocorria fornecia o material desejado pelas monarquias nascentes e pela população urbana. O Direito Romano tornou-se objeto de estudo em vários locais, sendo Bolonha o principal deles.

Como marco de encontro entre as grandes tradições jurídicas europeias que nascem no período Medieval, Paricio e Barreiro (2010, p. 189) destacam a romano-canônica (tradição romanística) no continente e a *Common Law* e a *Equity* (indiretamente influenciada pela tradição romanística) na Inglaterra.

Sobre a tradição jurídica romano-canônica, o renascimento jurídico medieval e a formação de uma ciência europeia do direito produzem a partir da compreensão e assimilação científica do conjunto do direito contido nas diversas partes da Compilação Justiniana, que é entendida e assumida

como um ordenamento normativo completo, a que se dá a denominação de *Corpus Iuris*<sup>1</sup>.

De acordo com Machado (2014), “não é exagerado dizer que, se não fosse a compilação de Justiniano, talvez o conhecimento do direito romano não tivesse perpetuado, e suas influências nos direitos modernos não teriam acontecido”.

No meio em que nasce o estudo e os ensinamentos do direito em forma autônoma, explicam Paricio e Barreiro (2010, p. 189-190) tomando como base o *Corpus Iuris* e, em especial o Digesto, é uma escola de artes fundada ao final do século XI em Bolonha, e quem começa a ocupar dos textos romano-justinianos são os gramáticos, que levam a cabo uma primeira recomposição do Digesto (*Littera Bononiensis ou Vulgata*). Pinho (2011) afirma que “Foi essa elaboração da Vulgata, com o uso das *artes liberales* que deflagrou o surgimento da ciência jurídica europeia”.

Escreve Rolim (2010, p. 124) que um manuscrito do Digesto foi descoberto por Irnério, no ano de 1.090, numa biblioteca de Pisa, em Bolonha, sendo que a partir de então, o referido professor de gramática e dialética passou a estudá-lo por partes, inserindo notas explicativas entre as linhas ou margens do texto estudado.

Na Itália haviam mantido o conhecimento do direito romano através de manuscritos de diversas partes da Compilação Justiniana (partes acessíveis). Porém, o Digesto, fragmentariamente conservado em diferentes manuscritos, mas incompreensível, por sua complexidade técnica e caráter casuístico, nos ambientes relacionados com os ensinamentos e prática do direito, segundo explicam Paricio e Barreiro (2010, p. 190).

Os referidos autores (2010, p. 190) registram que em 1.113 foi fundado o *Studium*, centro para ensinar o direito, do *Corpus Iuris*, onde surgem as primeiras gerações de juristas, de seu método de análise textual nasce a primeira literatura jurídica em forma de anotações explicativas (glosas) ao texto romano-justiniano, por esta razão esses juristas recebem o nome de glosadores.

A Escola dos Glosadores, conforme explica Rolim (2010, p. 124), assim foi denominada “porque as notas que eles inseriam às margens dos textos eram chamadas *glosas*, palavra originária do grego que significa ‘uma breve explicação de uma palavra difícil’”. O autor citado acrescenta que “as *glosas* mais curtas eram escritas entre as linhas do manuscrito

1 O *Corpus Iuris Civilis* ou, ainda, Direito Romano Erudito, foi publicado entre os anos 529 e 534, por ordens do imperador bizantino Justiniano I e era composta por 4 (quatro) partes: 1ª) o Código de Justiniano, que continha toda a legislação romana revisada e compilada; 2ª) o Digesto ou Pandectas, composto pela jurisprudência romana; 3ª) as Institutas, que representavam os princípios fundamentais do direito; e 4ª) as Novelas ou Autênticas, que seriam outras leis formuladas por Justiniano, contendo reformas importantes, como no direito hereditário e matrimonial.

(*glosas interlineares*) e as que eram mais longas eram colocadas à margem do mesmo (*glosas marginais*)”.

Os glosadores, segundo Machado (2014), “dedicaram-se ao estudo do direito romano por uma metodologia analítica que tinha como principal objetivo preservar o texto ao explicitar o seu sentido literal através das chamadas ‘glosas’, o que repercutiu fortemente na construção racional do direito medieval”.

Em 1234 acrescentou-se uma coleção de decretos promulgados por Gregório IX àquela elaborada por Graciano, constituindo assim a base da autonomia do direito canônico como disciplina jurídica. Sendo assim, a legislação eclesiástica passou a ter um sentido universal, bem como passou a ser a primeira disciplina jurídica que recebeu a influência da nova cultura jurídica romanística elaborada pelos glosadores, conforme Paricio e Barreiro (2010, p. 192).

Destaca-se que, segundo Rolim (2010, p. 120), “a influência do direito canônico se deve, dentre outros motivos, por ter sido ele o único direito escrito na Europa ocidental, entre o fim do século IX e o século XIII”.

Machado (2014) explica que o Direito Romano “foi se tornando o fundamento principal da ciência jurídica em toda a Europa e, aliando-se aos elementos do Direito Canônico, concebeu o *Ius Commune*, que significa Direito Comum para todo o Ocidente”. Ao tratar do direito comum ou *ius commune*, Cappelini (2014) ensina que:

O direito comum se encarna e se identifica na *interpretatio*. O que quer dizer duas coisas: que tem uma dimensão essencialmente científica, é produto da ciência; que a ciência, enquanto *interpretatio*, não o produz sozinha, fantasiando, mas elabora a partir dos fundamentos e presa a um texto de autoridade. O direito comum se escande e combina-se sempre em dois momentos incidíveis, o momento de validade representado pelo *Corpus iuris civilis* e pelo *Corpus iuris canonici*, e o momento de efetividade, representado pela construção doutrinal (e somente secundariamente judicial e notarial). A ciência jurídica em questão não é pensável sem o texto a interpretar, mas o texto não pode ser considerado senão como uma insubstituível referência formal. Não esqueçamos que a *interpretatio* é declaração, mas também integração, correção, modificação do texto, e que ela tem dois objetos diante de si: formalmente o texto, substancialmente os fatos. Ela é, portanto, mediadora entre os dois. Nestas vestes, é criativa e construtora de direito.

Quanto à posição política da Igreja de Roma e sua contribuição para a difusão europeia da cultura jurídica de tradição romanística, conclui Paricio

e Barreiro (2010, p. 193), que a Igreja de Roma contribuiu poderosamente, “tanto na prática do direito nos tribunais eclesiásticos, como nos centros universitários de ensino, onde o direito romano-justiniano se estudava junto ao direito canônico”.

Já no século XIII, escreve Rolim (2010, p. 125) que surgiu na Itália a Escola dos Pós-glosadores ou Bartolistas, também conhecidos como Comentadores, em um movimento contrário ao método adotado pelos glosadores, sendo que este era considerado excessivamente analítico.

Em síntese, os Comentaristas defendiam que o Direito Romano deveria ser estudado “através de longos comentários comparativos entre o Direito Romano clássico, o direito canônico, e os direitos de cada região”, nos termos expostos por Rolim (2010, p. 125).

Nesse sentido, Machado (2014) explica que “a atuação dos comentadores se diferenciou da dos glosadores, na medida em que o texto do direito Justiniano foi colocado como instrumento e não mais como o objeto do estudo”.

A difusão do direito comum romano-canônico no continente europeu, conforme Paricio Barreiro (2010, p. 196) constitui um fenômeno de natureza prevalentemente cultural e que um componente essencial dessa difusão é a atuação dos comentadores.

Ademais, explica Machado (2014) que a recepção não significou a adoção pura e simples do Direito Romano, “mas sim a incorporação da forma de pensamento, o que contribuiu fortemente para racionalização e (re)construção da ciência jurídica na modernidade”. Nesse contexto, ensina WEBER (1999, p. 127), “quanto à importância para a revolução do pensamento jurídico e também do direito material vigente, nenhuma delas pôde comparar-se à recepção do direito romano”.

Portanto, observa-se que a técnica utilizada pelos pós-glosadores influenciou de maneira preponderante na estruturação de um sistema comum romano-canônico, sendo que através da metodologia por eles adotada, especificamente da jurisprudência, era possível adequar o direito à realidade social, conseqüentemente, sendo o referido sistema recepcionado nos demais países europeus, como em Portugal, de onde deriva o direito brasileiro.

## **2 A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO ROMANO PARA A TUTELA PROVISÓRIA PREVISTA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

No Brasil vigorou o direito português, contido nas Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, que por sua vez tinham raízes eminentemente romanas e, mesmo após a independência, a origem do direito brasileiro “permanece nos ensinamentos contidos secularmente no

Digesto, compilado pelo imperador Justiniano, no longínquo ano de 533 depois de Cristo”, conforme ensina Rolim (2010, p. 138-139).

A influência do Direito Romano é percebida em todo o ordenamento jurídico brasileiro, a mesma também é nítida no atual Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, especialmente, em seu Livro destinado à tutela provisória<sup>2</sup>.

Conclui Paim (2017) que “de qualquer sorte, pode-se perceber alguma influência do período clássico do direito romano em nosso sistema processual, salientando-se a sumariedade procedimental das tutelas antecipadas”.

Isso porque, já em Roma Antiga, havia a possibilidade do *praetor* romano conferir a tutela interdital<sup>3</sup>, conforme explica Cruz (2017):

A tutela interdital, na Roma Antiga, consistia em ordem emitida pelo “praetor” romano, impondo certo comportamento a uma pessoa, a pedido de outra, com nítida feição mandamental; ou promovendo atos executórios, como ocorria na “*missio in possessionem*”.

Segundo o referido autor “a partir do século XIII em inúmeras regiões européias, da Espanha à Alemanha, na qual eram nominados de ‘*inhibitiones*’, enquanto ordens judiciais liminares para a tutela do interesse reclamado (*‘mandatum’*)”. E, completa que:

Tais mandados germânicos podiam ser expedidos com ou sem cláusula justificativa, já albergando em si noções a respeito de “*periculum in mora*” e “*fumus boni iuris*”, vindo a se constituir no fundamento principal das atuais medidas cautelares, e do próprio mandado de segurança.

Quanto à evolução da tutela provisória, na modalidade de urgência, assim explica Lamy (2007, p. 26):

Durante o século XX, a realidade de uma sociedade cada vez mais complexa e ágil levou os estudiosos do processo a redescobrirem a tutela

2 A principal finalidade da tutela provisória “é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela). Serve, então, para redistribuir, em homenagem ao princípio da igualdade, o ônus do tempo do processo, conforme célebre imagem de Luiz Guilherme Marinoni” (DIDIER JR.; BRAGA; ALEXANDRIA, p. 644, 2017).

3 “O procedimento dos interditos era, geralmente, o seguinte: comparecendo o demandado perante o magistrado, após prévia citação, o autor expunha os fatos que motivavam o pedido de interdito, e o demandado expunha as razões de sua atitude, solicitando ao magistrado a inserção de uma *exceptio* ou a denegação do interdito. Examinando brevemente o caso, o magistrado decidia se dava ou não o interdito (*denegare interdictum* ou *reddere interdictum*). Na concessão da ordem, o magistrado outorgava também a fórmula da ação para o procedimento formulário. Tal fórmula não continha nomeação de *iudex* e era uma ordem dirigida nominalmente ao autor, ao demandado ou a ambos”. (TABORDA; 2017)

não definitiva de cognição sumária anterior ao marco da Revolução Francesa, por meio da técnica cautelar que, em princípio, deveria ter caráter apenas assecuratório.

[...]

Naquele momento, além da crescente complexidade social, a necessidade de se obterem provimentos jurisdicionais capazes de assegurar ou satisfazer os efeitos da decisão a ser obtida ao final do processo de conhecimento ordinarizado, incentivou, especialmente a doutrina italiana, a estudar e aperfeiçoar o emprego de tutelas adequadas à situações urgentes.

Como constatado no item anterior, durante o renascimento jurídico medieval surgiu o Direito Canônico influenciado pela nova cultura jurídica romanística elaborada pelos glosadores; afinal, segundo Paricio e Barreiro (2010, p. 192), em 1.234 acrescentou-se uma coleção de decretos promulgados por Gregório IX àquela elaborada por Graciano, constituindo assim a base da autonomia do direito canônico como disciplina jurídica. E, é dessa prescrição romana canônica que é adepto o Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, conforme se depreende das palavras de Corsi (2017, p. 191):

Apesar do direito processual civil brasileiro – adepto à prescrição romana canônica – admitir a separação entre a ação de conhecimento e a de execução da sentença, com o passar dos anos, o legislador infraconstitucional, em alguns procedimentos, deixou de promover a cognição ordinária plena e exauriente e passou a prestar efetividade ao processo com medidas liminares, de efeito satisfativo, o que fundamentou, evidentemente, a conexão, em uma única fase, conhecimento e execução.

Com a reforma do Código de Processo Civil em 1994, ensina Lamy (2007, p. 29) que foi:

[...] introduzida no sistema processual a generalização da técnica antecipatória, inserida no art. 273 do Código de Processo Civil, visando exatamente possibilitar a tomada de decisões de cunho executivo e satisfativo, no bojo do processo de conhecimento, através da cognição sumária.

Eis o dispositivo citado:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Corsi (2017, p. 193) ao expor o artigo supra, destaca que “estava, no ordenamento jurídico brasileiro, inserida a tutela antecipada, como se retornasse ao sistema interdital romano clássico”. Ademais, o citado autor (2017, p. 193-194) lembra que Chiovenda e Calamandrei instaram o legislador italiano a editar, embora acautelatoriamente, a tutela antecipada, transcrevendo o *Código di Procedura Civile, in verbis*:

Sezione V: DEI PROVVEDIMENTI D'URGENZA (1)

(1) Numerazione così modificata dalla L. 26 novembre 1990, n. 353.

Art. 700.

(Condizioni per la concessione)

Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.<sup>4</sup>

Ratifica Carmignani (2001, p. 5), em sua obra intitulada “A origem romana da tutela antecipada”<sup>5</sup>, que o surgimento da tutela antecipada

4 Art. 700. Fora dos casos regulados nas seções precedentes deste capítulo, quem tiver fundado motivo para temer que, durante o tempo necessário para fazer valer seu direito pela via ordinária, possa o mesmo ser ameaçado de um prejuízo iminente e irreparável pode requerer que o juiz lhe conceda os provimentos de urgência que pareçam, segundo as circunstâncias, mais idôneos a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito. (Tradução livre)

5 Da referida obra é importante transcrever parte de sua sinopse: “a tutela interdital romana era uma tutela de urgência, introduzida pelo pretor romano para combater a longa duração da actio ordinária [...] Como era uma tutela concedida com base em cognição superficial, o provimento que a concedia era sempre provisório, ou seja, podia ser reexaminado posteriormente pelo iudex, mediante cognição plena e exauriente, levando então a uma sentença definitiva. Essa técnica sobreviveu nas ações possessórias do direito moderno, foi estendida paulatinamente a algumas ações especiais (por exemplo: ações de alimentos, mandado de segurança, habeas corpus, etc.), mantendo-se no entanto, como regra, o procedimento ordinário de cognição exauriente. Somente com a reforma do Código de Processo Civil, de 1994, é que se generalizou sua adoção no bojo

remonta ao Direito Romano, exatamente ao período clássico de seu processo civil, por intermédio do chamado “interdicto” ou “interdictum”.

Importante mencionar que segundo Lamy (2007, p. 69), no Direito Português “são chamadas de ‘procedimentos de urgências’ e não faz a distinção entre as técnicas antecipatórias”. No Direito Italiano são chamadas de “provimentos de urgência” e não diferencia a técnica antecipatória da técnica cautelar (Comissão designada para a reforma do CPC italiano – Prof. Edoardo Ricci). No Direito Argentino, também influenciado pela doutrina italiana, não prevê expressamente a técnica antecipatória e nem tem “*demonstrado grande preocupação doutrinária em relação à distinção*”.

No entanto, quando da tramitação do projeto do atual Código Processo Civil Brasileiro no Congresso Nacional, para a Câmara dos Deputados a terminologia deveria ser tutela antecipada, ao passo que para o Senado a terminologia passou a ser tutela de urgência<sup>6</sup> e tutela de evidência.

Em vigor desde 18 de março de 2016, o Código de Processo Civil Brasileiro prevê em seu Livro V<sup>7</sup>: a Tutela Provisória, e em seus artigos 300 e 311<sup>8</sup> encontram-se, respectivamente, a tutela de urgência e a tutela de evidência<sup>9</sup>.

do procedimento ordinário, em qualquer situação que reclame urgência, atribuindo provisoriamente ao requerente o próprio bem da vida, com o escopo de assegurar a efetividade do processo, sem ferir a ampla defesa e o contraditório. [...]”.

- 6 “Ao contrário do CPC de 2015, na Itália, a tutela de urgência tem a denominação comum de tutela cautelar, embora a lógica instrumental seja a mesma. Apenas na Itália a chamada ‘tutela cautelar’ efetivamente corresponde a uma espécie de tutela jurisdicional. No Brasil, atualmente, significa apenas uma espécie de técnica pela qual se presta uma tutela preponderantemente executiva não definitiva e, portanto, urgente, por meio de cognição sumária. A técnica cautelar é um meio, e não um fim, pois o fim é a própria tutela urgente”. (LAMY; 2015)
- 7 Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux: “Dentre as novidades inauguradas pelo Código de Processo Civil de 2015, uma que se destaca é a previsão de livro próprio ao tratamento das tutelas provisórias”. (Ação Cautelar n. 4.223 DF, Relator: Min. Luiz Fux, Data da decisão: 08.09.2016).
- 8 Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.  
 § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.  
 § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.  
 § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.
- Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:  
 I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;  
 II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;  
 III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;  
 IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.  
 Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.
- 9 A tutela de urgência, segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 394) “serve como gênero em que se inserem a tutela antecipada (tutela satisfativa) e a tutela cautelar”. Já a tutela de evidência, conforme os

Nas palavras de Donizetti (2017), “no novo CPC e com ele os institutos das tutelas provisórias ganharam muita musculatura, tanto que constitui objeto de um livro inteiro (o livro V), constante na parte geral do Código”.

Importante registrar que da análise do Livro V, especialmente de seus artigos 294 a 311, ratifica-se a origem no Direito Romano da tutela provisória.

Logo, constata-se a grande contribuição do Direito Romano, por intermédio do chamado *interdictum*, para a tutela provisória prevista no Código de Processo Civil brasileiro, conseqüentemente, resta verificada a importância da recepção do Direito Romano na Europa; afinal, do Direito Romano se origina o direito brasileiro, com destaque a tutela provisória prevista no Código de Processo Civil brasileiro.

### 3 CONCLUSÃO

Portanto, verifica-se que o Direito Romano, por intermédio da Universidade de Bolonha, durante o período Medieval, tornou-se o fundamento principal da ciência jurídica por toda a Europa, especialmente ao lembrar que o sistema *Common Law* também sofreu, mesmo que indiretamente, influência da tradição romana.

As figuras mais importantes deste período foram os glosadores e os comentaristas (pós-glosadores), juristas oriundos de Bolonha, que auxiliaram na disseminação dos ensinamentos de *Corpus Iuris*. Além disso, constatou-se a poderosa contribuição da Igreja de Roma, que em seus ensinamentos de direito romano-justiniano, auxiliou na disseminação da cultura jurídica de tradição romanística pela Europa.

Essa disseminação e recepção na Europa foi posteriormente observada no sistema jurídico brasileiro, por intermédio do direito português. Mesmo após a independência do Brasil, constatou-se que a origem do direito brasileiro permanece nos ensinamentos secularmente, inclusive, vislumbra-se no Código de Processo Civil, como sua tutela provisória.

Assim, conclui-se que a recepção do Direito Romano na Europa foi de extrema importância para a revolução do pensamento jurídico e do direito material vigente, conforme conclui Max Weber, sendo, também, constatada a sua importância para a tutela provisória prevista no Código de Processo Civil brasileiro, por intermédio do chamado *interdictum*.

---

referidos autores (2017, p. 405) “o legislador procurou caracterizar a evidência do direito postulado em juízo capaz de justificar a prestação da ‘tutela provisória’ a partir as quatro situações arroladas no art. 311, CPC”.

**REFERÊNCIAS**

BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 12 out. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 12 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar n. 4.223*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310268734&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2017.

CAPPELLINI, Paolo. A formação do direito comum europeu (baixa idade média). *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 79-82, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://profsandroalex.blogspot.com.br/2012/05/formacao-do-direito-comum-europeu-baixa.html>>. Acesso em: 03 dez 2014.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. São Paulo: Ltr, 2001.

CORSI, Heitor Cavagnoli. A origem da Tutela Antecipada e o seu tratamento nos países estrangeiros. *Vox Forensis*. Espírito Santo do Pinhal, v. I, n. 1, jan./jun. 2008. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18248/A\\_origem\\_da\\_Tutela\\_Antecipada\\_e\\_o\\_seu\\_tratamento\\_nos\\_Paises\\_Estrangeiros.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18248/A_origem_da_Tutela_Antecipada_e_o_seu_tratamento_nos_Paises_Estrangeiros.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2017.

CRUZ, André Luiz Vinhas da. *A evolução histórica das tutelas de urgência: breves notas de Roma à Idade Média*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=344](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=344)>. Acesso em: 12 out. 2017.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 12 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. *O instituto da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente (arts. 303 e 304 do NCPC) aplica-se às ações possessórias?* Disponível em: <<https://portalied.jusbrasil.com.br/artigos/473866879/o-instituto-da->

estabilizacao-da-tutela-antecipada-requerida-em-carater-antecedente-arts-303-e-304-do-ncpc-aplica-se-as-acoess-possessorias>. Acesso em: 12 out. 2017.

FERNANDES, Fátima Regina. Recepção do Direito Romano no ocidente europeu medieval: Portugal um caso de afirmação régia. *Revista questões e debates*. Curitiba. n. 41, 2004.

FRANCO JR, Hilário. *A Idade Média: o nascimento do ocidente*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milénio*. Mem Martins: Europa-America, 2003.

ITALIA. *Código di Procedura Civile*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/news/2014/12/10/dei-procedimenti-speciali-dei-procedimenti-sommari>>. Acesso em: 12 out. 2017.

LAMY, Eduardo de Avelar. Considerações sobre a tutela de urgência no CPC de 2015. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n.69, dez. 2015. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao069/Eduardo\\_Lamy.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao069/Eduardo_Lamy.html)>. Acesso em: 14 out. 2017.

\_\_\_\_\_. *Flexibilização da Tutela de Urgência: a Redução da Forma na Utilização das Técnicas Cautelar e Antecipatória*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

MACHADO, Daniel Carneiro. Breves considerações sobre a recepção do direito romano na Alemanha. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3962, 7 maio 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28180>>. Acesso em: 5 ago. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Da tutela cautelar à tutela antecipatória*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/home/artigos/pagina/4/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; METIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PAIM, Gustavo Bohrer. *Breves notas sobre o Processo Civil Romano*. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/50-v1-n3-setembro-de-2011/144-breves-notas-sobre-o-processo-civil-romano>>. Acesso em: 12 out. 2017.

PARICIO, Javier; FERNÁNDEZ BARREIRO. *Historia del derecho romano y su recepción europea*. 9. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. 4. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

PINHO, Daniella Ribeiro de. História do Direito: o Renascimento do século XII e as repercussões no ressurgimento do Direito Romano. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3021, 9 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20178>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TABORDA, Maren Guimarães. *Estudo sobre o procedimento civil e as obrigações no direito romano clássico*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/taborda2.htm>>. Acesso em: 14 out. 2017.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília: Universidade de Brasília - São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. Disponível em: <<https://ayanrafael.files.wordpress.com/2011/08/weber-m-economia-e-sociedade-fundamentos-da-sociologia-compreensiva-volume-2.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2017.

---

# LIMITES DO PODER-DEVER DO JUIZ NA PRODUÇÃO DA PROVA

*LIMITS OF POWER-DUTY OF JUDGE IN PRODUCTION OF  
EVIDENCE*

---

*Rosária Aparecida Maffei Vilares*

*Procuradora Federal atuante no Subnúcleo de Matéria de Pessoal do Núcleo de  
Matéria Administrativa da Procuradoria Regional Federal da 3ª Região. Bacharel em  
Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Definição de prova; 2 Finalidade e destinatários da prova; 3 O ônus da prova; 4 O juiz e a busca da verdade real; 5 Fundamentação da decisão; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A prova é o conjunto de meios legais e moralmente legítimos pelos quais os fatos são demonstrados ou negados no decorrer do processo judicial. O propósito do autor é a obtenção das provas que comprovarão os fatos constitutivos do seu direito, enquanto que o réu demonstrará a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do artigo 373, I e II do Código de Processo Civil. O juiz, por sua vez, tem o poder-dever de buscar a verdade real no processo judicial, tendo como objetivo proferir uma decisão fundamentada e justa, sendo que para alcançar tal desígnio poderá usar dos meios legais para a obtenção das provas e nesse contexto tem o embasamento jurídico expressamente contido no artigo 370, *caput*, do CPC.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo. Partes. Juiz. Prova. Ônus. Verdade Real.

**ABSTRACT:** Evidence is defined as the set of legally and morally legitimate means by which the facts are demonstrated or denied in the course of the judicial process. The purpose of the plaintiff is to obtain evidence that will prove the constituent facts of his right, while the defendant must demonstrate the existence of fact which prevents the creation, or extinguishes fact of the plaintiff's right, pursuant to Article 373, I and II of the Code of Civil Procedure. The judge, then, has the power-duty to seek the real truth in the judicial process, with the objective of issuing a reasoned and fair decision, and to achieve such a design, he may use the lawful means to obtain evidence, and in this context, has the legal basis expressly set forth in Article 370, *caput*, of the Code of Civil Procedure.

**KEYWORDS:** Process. Litigants. Judge. Evidence. Onus. Real Truth.

## INTRODUÇÃO

No processo judicial, a prova tem por escopo a busca da verdade real para o fim de fornecer ao juiz todos os meios legais e moralmente legítimos destinados ao embasamento de uma decisão justa e devidamente motivada.

A prova é um direito fundamental, conforme preleciona Humberto Theodoro Júnior: “O acesso à justiça, mediante um *processo justo*, é garantido por direito inserido entre os fundamentais catalogados pela Constituição. Entre os requisitos desse processo, figuram o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV), que envolvem, sem dúvida, o *direito inafastável à prova necessária à solução justa do litígio*.” (grifo nosso) (THEODORO JR., 2015, p. 1262)

Além das partes, cabe ao juiz a busca das provas necessárias ao deslinde da demanda, portanto, poderá determinar a investigação da verdade real, já que a verdade formal diz respeito à forma apropriada da execução dos atos processuais.

Dispõe o artigo 370 do Código de Processo Civil: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”, assim, o juiz tem o poder-dever de decidir sobre a necessidade de produção de outras provas, além daquelas já produzidas pelas partes.

### 1 DEFINIÇÃO DE PROVA

Prova é o conjunto de meios legais e moralmente legítimos pelos quais os fatos são demonstrados ou negados no decorrer do processo judicial.

Para Michele Taruffo “o termo «*prova*» é aqui usado em um significado amplo, capaz de abrigar todo e qualquer gênero de dados cognoscitivos, de procedimento ou de meio que produz informações passíveis de utilização para a apuração da verdade dos fatos.” (TARUFFO, 2012, p. 164).

A prova demonstrará a veracidade, ou não, dos fatos narrados no processo judicial, sendo que nesse caso comprovará a verdade real.

A verdade formal, todavia, é definida como a forma pela qual os atos processuais são executados, tendo em vista uma previsão legal predeterminada.

Segundo Cassio Scarpinella Bueno, o artigo 369 do Código de Processo Civil “consagra, no plano infraconstitucional, o princípio da *atipicidade* da prova, de estatura constitucional (art. 5º, LVI, da CF), ao estatuir que “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.” (BUENO, 2015, p.311)

Portanto, o referido artigo possibilita a produção de provas típicas e atípicas, cujo objetivo é proporcionar a solução do litígio, porém buscando a solução mais próxima da verdade possível, demonstrando a existência de um caráter ideológico no Código de Processo Civil de 2015.

A convicção do juiz deve ser formada pelos meios ou instrumentos reconhecidos pelo direito como idôneos. Todavia, não é apenas do Código de Processo Civil a função de determinar quais são os elementos de prova, tendo em vista que o artigo 212 do Código Civil<sup>1</sup> especifica também a presunção como meio de prova, não se podendo olvidar ainda dos indícios.

A prova emprestada, outro meio do juiz obter subsídios para a sua convicção, admitida no artigo 372 do Código de Processo Civil<sup>2</sup>, é aquela que foi produzida em outro processo e que é trasladada por meio de certidão para outro processo, no qual entra sob a forma documental. Qualquer tipo de prova pode ser admitido como prova emprestada, cuja finalidade é o aproveitamento de um ato processual anteriormente praticado, com base no princípio da economia processual, todavia, após ter sido submetida ao contraditório e com a devida valoração pelo juiz.

## 2 FINALIDADE E DESTINATÁRIOS DA PROVA

A prova tem como destinatários as partes, o juiz e a própria sociedade. O autor almeja provar o direito alegado na inicial, enquanto que o réu anseia a demonstração da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Com relação ao juiz, ator principal do litígio, já que será o sujeito responsável pela prolação da decisão, as provas irão promover o conhecimento dos fatos reais para que possa deliberar sobre a questão posta em juízo, com imparcialidade, fazendo a subsunção dos fatos à norma jurídica.

Ainda mais, o Estado democrático também faz parte do cenário jurídico do processo, pois os magistrados representam o interesse maior do Estado em prolar uma decisão justa e qualitativa para a solução de conflitos.

A prova tem o intuito de buscar da verdade real dos fatos, que é uma condição necessária para a justiça da decisão, assim, o artigo 378 do Código

---

1 Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:  
[...]

IV - presunção;

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

de Processo Civil dispõe que qualquer pessoa que tiver sob seus cuidados as provas necessárias ao convencimento do juiz, deverá disponibilizá-las.<sup>3</sup>

Conclui-se que o juiz não é o único destinatário da prova, tendo em vista que, no Estado Democrático de Direito, o processo ultrapassa a finalidade de formar a convicção do juiz, mas também almeja uma resposta pretendida pela sociedade, sendo que os agentes do processo judicial devem atuar de forma cooperativa.

### 3 O ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova é uma opção do sujeito de efetuar determinados atos processuais para que não seja prejudicado, caso fique inerte, podendo recair sobre ele um prejuízo processual.

O artigo 373 do Código de Processo Civil<sup>4</sup> normatiza a distribuição do ônus da prova, dispondo que ao autor recai o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto que ao réu cabe a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O § 1º do referido artigo cria a possibilidade de “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.”

Portanto, o juiz poderá inverter o ônus da prova, todavia, deverá ser por decisão fundamentada e possibilitando as condições para que a parte a que foi atribuído o encargo possa se desincumbir adequadamente da missão.

Além disso, de acordo com o § 2º do mesmo artigo, “A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”

O § 3º do artigo 373 do Código de Processo Civil estipula as situações em que não poderá haver a inversão do ônus da prova:

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

3 Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

4 Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

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

Com relação à inversão do ônus da prova, “o juiz que pretendesse exercitar seu pretense poder de intervir nos ônus probatórios deveria pelo menos indicar tal determinação às partes o quanto antes, de modo a consentir que essas pudessem predispor suas atividades defensivas e probatórias levando em conta a regra de juízo a ser adotada pelo juiz.” (TARUFFO, 2012, p. 270).

Por fim, o § 4º do mesmo artigo aponta a possibilidade de convenção entre as partes com relação ao ônus da prova antes ou durante o processo.

#### 4 O JUIZ E A BUSCA DA VERDADE REAL

O juiz tem o poder-dever de adotar iniciativas probatórias, caso não tenha formado o seu convencimento, todavia, deve haver um equilíbrio entre atividade probatória das partes e aquela exercida pelo magistrado, pois não pode substituir os litigantes, desrespeitando o princípio isonômico.

O artigo 370, *caput*, do Código de Processo Civil<sup>5</sup> estabelece que o juiz, de ofício, poderá determinar a produção de provas, portanto, tem permissão legal para buscar a verdade real dos fatos com o objetivo do deslinde do litígio.

Há ainda a possibilidade de que o juiz determine que um terceiro informe sobre fatos e circunstâncias de que tenha conhecimento, apresente coisa ou documento que esteja em seu poder, nos termos do artigo 380 do Código de Processo Civil<sup>6</sup>.

O juiz ainda poderá determinar, em caso de descumprimento, a imposição de multa ou outras medidas cabíveis, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo.

O parágrafo único do artigo 400 do Código de Processo Civil dispõe que: “Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido.” Portanto, caso um sujeito esteja na posse de algum documento de que tenha conhecimento o magistrado, poderá adotar as medidas elencadas nesse dispositivo legal para a obtenção da prova.

Segundo essa premissa, “o juiz não deve se limitar a ocupar uma posição de terceiro e de equidistância em relação às partes, e tampouco

5 Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

6 Art. 380. Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa:

I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento;

II - exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder.

Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

de indiferença em relação ao objeto da controvérsia: ele deve também orientar o próprio comportamento com o fim da apuração da verdade dos fatos com base nas provas.” (TARUFFO, 2012, p.144).

Não obstante, a prova produzida de ofício deverá ser submetida ao contraditório, tendo em vista que ambas as partes deverão ser intimadas para se manifestarem sobre o que foi obtido no teor da prova requerida pelo juiz.

Humberto Theodoro Júnior afirma que “O juiz deve contribuir na produção de provas em real igualdade com as partes, desde que preserve o *contraditório* e o *equilíbrio*, cautela que, assim, evita qualquer risco à sua imparcialidade.” (THEODORO JR., 2016, p. 1296)

Conforme preleciona Lenio Luiz Streck, com relação à produção de prova de ofício pelo juiz, trata-se de “responsabilidade política do juiz; o que é novo é que ele não é o protagonista do processo; o que é inovador é que houve opção legislativa por um novo paradigma de compreensão dos objetos e do mundo.” (STRECK, 2016, p. 113)

A passividade do juiz na instrução probatória pode prejudicar a busca da verdade real, pois se não forem trazidas aos autos as provas necessárias ao deslinde do litígio, o processo não terá o atributo indispensável de justiça da decisão.

O processo civil atual não privilegia o princípio dispositivo, ou seja, a verdade formal obtida com a atuação das partes, mas prestigia o princípio da verdade real, tanto com a atuação das partes como do próprio magistrado.

O ativismo judicial, exercendo os poderes instrutórios, não perde a imparcialidade, quando não visa ao favorecimento de uma das partes, mas simplesmente a busca de elementos relevantes e úteis para a apuração da verdade, portanto, o êxito de uma das partes decorre simplesmente da apuração da realidade dos fatos.

A extensão do poder instrutório do juiz diz respeito à determinação da produção de provas que considera relevantes para a apuração dos fatos, mas que as partes não requereram.

Caso os fatos alegados na inicial não sejam refutados pela parte contrária, não significa que sejam tidos como verdadeiros automaticamente, caso as provas obtidas no processo demonstrem que são falsos, já que a decisão judicial deve ser justa, e não pode considerar verdadeiros fatos que não foram provados, ou que ainda foram considerados falsos.

A atividade judicial em busca da verdade real favorece ainda a cooperação, a celeridade e a efetividade processual para que uma decisão justa e fundamentada seja proferida com imparcialidade.

Gustavo Gonçalves Gomes<sup>1</sup> afirma que:

Contudo, mais adequado seria considerarmos uma atuação mais proativa a até mesmo investigatória dos magistrados no âmbito do processo cognitivo, pois este tipo de iniciativa é coerente com o ideal de processo participativo e democrático, não se mostrando, de forma alguma, como afronta a outras garantias fundamentais do processo.

Quando o magistrado, todavia, verificar que os pedidos de provas pelas partes demonstrarem que são inúteis ou de caráter protelatório, deverá indeferi-los, porém deverá fazê-lo de forma fundamentada para que não haja a alegação de cerceamento de defesa, conforme disposto no parágrafo único do artigo 370 do Código de Processo Civil.<sup>7</sup>

No processo, um fato é considerado verdadeiro quando confirmado pelas provas, decorrendo dessa premissa que a decisão proferida pelo juiz, quando baseada na prova real é também definitivamente verdadeira e não poderá ser contestada pelas partes.

Segundo Michele Taruffo: “Muitas causas são vencidas ou perdidas nos fatos, dependendo de se o autor conseguiu ou não provar os fatos postos como fundamento de sua demanda; muitos *hard cases* são *hard* porque os fatos são complexos em demasia e difíceis de subsumir em clara regra de direito.” (TARUFFO, 2012, p.60)

A obrigação do juiz é perseguir a veracidade das versões apresentadas com relação aos fatos, atuando na condução da produção probatória, sem que implique em violação da imparcialidade. Caso o juiz não consiga obter a verdade real, deverá buscar a verdade possível.

Todavia, o juiz não pode perpetuar a busca da verdade real, sob pena de inutilizar o processo e de sonegar a prestação jurisdicional, devendo decidir de acordo com o seu convencimento, baseado nas provas que foram obtidas durante o desenrolar do processo.

Não apenas o juiz de primeiro grau é responsável pela produção probatória, mas também o magistrado em sede recursal poderá exercer o dever da atividade probatória, caso haja necessidade de produzir determinada prova que, todavia, não foi perpetrada pelo juiz de primeira instância.

Portanto, o tribunal, ao invés de anular a sentença e determinar o retorno dos autos à primeira instância, poderá exercer atividade probatória, conforme aponta o Artigo 932, I,<sup>8</sup> e 938, §§§§ 1º, 2º, 3º e 4º do Código de Processo Civil<sup>9</sup>

7 Parágrafo único do artigo 370 do CPC. “O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

8 Art. 932. Incumbe ao relator:

I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

9 Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão.

## 5 FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO

Na concepção de Michele Taruffo: “O juiz que decide sobre os fatos é o último, definitivo e, portanto, mais importante narrador no âmbito do processo. Ao final do procedimento, ele se vê diante de diferentes histórias narradas pelas testemunhas e pelos advogados: geralmente essas histórias são em larga escala divergentes ou contrastantes.” (TARUFFO, 2012, p. 71)

O magistrado deverá fundamentar a decisão de forma a analisar todas as provas produzidas pelas partes e de ofício, aceitando-as ou rejeitando-as, mas nunca poderá deixar de considerar todas as provas produzidas e todos os fatos relevantes para o julgamento da demanda, sob pena de nulidade da decisão.

Nos termos do § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil:

§ 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;

---

§ 1o Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes.

§ 2o Cumprida a diligência de que trata o § 1o, o relator, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso.

§ 3o Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução.

§ 4o Quando não determinadas pelo relator, as providências indicadas nos §§ 1o e 3o poderão ser determinadas pelo órgão competente para julgamento do recurso.

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.

Rennan Faria Krüger Thamay e Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima<sup>2</sup> afirmam que:

Nesse contexto, com o olhar atento e direcionado à adequada solução do litígio em tempo razoável (art. 6º - *in fine* – do CPC/2015), o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, indicando na decisão as razões da formação de seu convencimento, assim como preceitua o artigo 371 do CPC/2015.

O juiz deve ser imparcial na prolação da decisão, portanto, ao decidir, deve formar seu convencimento analisando as provas por meio de critérios lógicos e fundamentadamente, conforme o disposto no artigo 371 do Código de Processo Civil: “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.”

## 6 CONCLUSÃO

O juiz tem o poder-dever de determinar a produção de todas as provas possíveis a fim de alcançar a verdade real, tendo como destinatários o autor, o réu, o juiz e o Estado Democrático, que tutela a prestação jurisdicional.

A verdade real, que demonstra os fatos com todos os seus desdobramentos, e a verdade formal, que é a maneira como tais fatos são comprovados no curso do processo determinados pela norma, dão o embasamento para que o magistrado possa proferir uma decisão justa e fundamentada.

Portanto, não apenas às partes compete a confirmação dos fatos, mas o juiz também deve rastrear provas para a comprovação da realidade ou falsidade dos fatos alegados pelas partes, a fim de fundamentar a sua decisão, para que seja justa e com embasamento suficiente para que possa ser mantida.

Na desincumbência desse mister, o juiz tem o poder-dever de determinar, de ofício, a produção de todas as provas legais e moralmente legítimas, tendo em vista o objetivo inafastável da produção da prova suficiente e necessária à solução justa do litígio.

Por fim, tem-se que caberá ao juiz conduzir a fase probatória com o único fim de obter a verdade real dos fatos, por meio do ativismo judicial que

lhe foi conferido legalmente pelo artigo 370, *caput*, do Código de Processo Civil, determinando a produção de provas, de ofício ou a requerimento das partes, a fim de que o processo seja democrático na elucidação da demanda.

## REFERÊNCIAS

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I, Forense Ltda, 2015.

TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade – O Juiz e a Construção dos Fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos, Madri, São Paulo: Marcial Pons, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Capítulo 5: As provas e o novo CPC: A Extinção do Livre Convencimento. In: DIDIER JR., Fredie. (coordenador), *Grandes Temas do Novo CPC - Direito Probatório*. v. 5, p. 113, Salvador, 2016.

GOMES, Gustavo Gonçalves. Capítulo 18: Os Deveres Instrutórios do Juiz no Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie, (coordenador), *Grandes Temas do Novo CPC - Direito Probatório*. v. 5, p. 401, Salvador, 2016.

THAMAY, Rennan Faria Krüger; LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula. Capítulo 19: Primeiras Reflexões sobre a Atuação Ativa do Juiz no Direito Probatório. In: DIDIER JR., Fredie. (coordenador), *Grandes Temas do Novo CPC - Direito Probatório*. v. 5, p. 419, Salvador, 2016.

Esta Obra foi impressa pela Imprensa Nacional  
SIG, Quadra 6, Lote 800 - 70610-460, Brasília - DF  
Tiragem: 300 exemplares