

# Publicações da Escola da AGU

---

## Pós-Graduação em Direito Público - UnB 2014 Eixos Processual Civil e Tributário

---

v. 34 número 4, jul./ago. 2014 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 34	p. 1-372	jul./ago. 2014
---------------------------------	----------	-------	----------	----------------

# 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

## ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

### DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo de Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretária-Geral de Contencioso

### ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
André Luiz de Almeida Mendonça	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

### EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

### COORDENADOR DA PUBLICAÇÃO

André Luiz de Almeida Mendonça

### Conselho Editorial

Juliana Sahione Mayrink Neiva  
André Luiz de Almeida Mendonça  
Jefferson Carús Guedes

**Apoio Institucional:** Escola da AGU

**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.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Publicações da Escola da AGU / Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. — Brasília : EAGU, 2009.  
v. ; 23 cm.

Irregular: n.1, 2009-n.7-2011. Bimestral: n. 8-13, 2011. Mensal:  
n. 14, 2012-n.34, 2014. Bimestral: n.35, 2014-.

ISSN 2236-4374

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 340.5  
CDU 34 (05)

## SUMÁRIO

Editorial.....	5
<b>EIXO PROCESSUAL CIVIL</b>	
As Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública: perspectivas de alterações no projeto do novo código de processo civil <i>Aluisio Martins de Sousa Junior</i> .....	7
A Natureza Jurídica da Intervenção Processual do CADE nas Demandas Judiciais que Envolvam a Defesa da Concorrência: análise crítica do artigo 118 da lei nº 12.529/2011 <i>Daniel Gustavo Santos Roque</i> .....	37
Contraditório versus celeridade nos Juizados Especiais Federais: uma análise dos riscos desse conflito para a dialeticidade do processo <i>Felícia Carvalho Machado</i> .....	77
O Prévio Requerimento Administrativo do Benefício Previdenciário: Uma Análise À Luz dos Princípios Constitucionais do Direito de Proteção Judicial Efetiva e da Separação dos Poderes <i>Francisco Wendson Miguel Ribeiro</i> .....	111
Ativismo ou Garantismo no Processo Civil: qual o caminho adequado para um processo justo, democrático e efetivo diante de um novo código de processo civil (Lei 13.105/2015)? <i>Guilherme Maduro Zaroni</i> .....	149
Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: breves considerações e comparativo com o sistema de common law <i>Izabel Dourado de Medeiros</i> .....	197
O Princípio da Proporcionalidade como Instrumento Jurídico para Conformar a Judicialização do Direito à Saúde e a Função Social do Juiz no Contexto do Estado Federal <i>Paulo José Monteiro Santos Lima</i> .....	227
O Processo como Instrumento para a Promoção de Políticas Públicas <i>Rodrigo Matos Roriz</i> .....	251

Coletivização de Demandas Repetitivas contra a Fazenda Pública em Juízos Singulares: uma proposta de solução no uso do enfoque do acesso à justiça <i>Rodrigo Montenegro de Oliveira</i> .....	283
---	-----

## **EIXO TRIBUTÁRIO**

A Proteção da Privacidade e a Possibilidade de Transferência do Sigilo Bancário ao Fisco para Lançamento do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física com Base em Receitas Incompatíveis com a Renda Declarada <i>Carlos Alberto Lemes de Moraes</i> .....	335
--	-----

## EDITORIAL

A Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal – Escola da AGU, tem a satisfação de apresentar, através da presente Revista, coletânea de alguns dos melhores trabalhos finais elaborados por seus membros na Pós-Graduação em Direito Público realizada em parceria entre a EAGU e a Universidade de Brasília – UnB no ano de 2014.

O conteúdo da Revista está dividido em quatro volumes, os quais tratam dos seguintes: Direito Administrativo, Direito Ambiental, Direito Regulatório, Direito Previdenciário, Direito Processual Civil e Direito Tributário. Portanto, os artigos coletados abordam temas de relevante interesse para a Advocacia Pública.

No presente volume, são apresentados artigos relacionados ao Direito Processual Civil e ao Direito Tributário. No Eixo Processual Civil estão os resultados de pesquisas sobre: As Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública: perspectivas de alterações no projeto do novo código de processo civil; A Natureza Jurídica da Intervenção Processual do Cade nas Demandas Judiciais que Envolvam a Defesa da Concorrência; Contraditório versus celeridade nos Juizados Especiais Federais: uma análise dos riscos desse conflito para a dialeticidade do processo; O Prévio Requerimento Administrativo do Benefício Previdenciário; Ativismo ou Garantismo no Processo Civil; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: breves considerações e comparativo com o sistema de common law; O Princípio da Proporcionalidade como Instrumento Jurídico para Conformar a Judicialização do Direito à Saúde e a Função Social do Juiz no Contexto do Estado Federal; O Processo como Instrumento para a Promoção de Políticas Públicas; Coletivização de Demandas Repetitivas contra a Fazenda Pública em Juízos Singulares. No Eixo Tributário está o resultado do trabalho sobre: A Proteção da Privacidade e a Possibilidade de Transferência do Sigilo Bancário ao Fisco para Lançamento do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física com Base em Receitas Incompatíveis com a Renda Declarada

Assim, a Escola da AGU parabeniza aos autores e espera que o conteúdo ora apresentado enriqueça a pesquisa a respeito de temas atuais, relevantes e diretamente relacionados ao Direito Público.

Boa leitura!

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal



---

# AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA: PERSPECTIVAS DE ALTERAÇÕES NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

## *PROCEDURAL PREROGATIVES OF PUBLIC TREASURY: PROSPECTS FOR CHANGES IN THE DESIGN OF THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE*

---

*Aluisio Martins de Sousa Junior*  
*Procurador Federal*

*em exercício na Procuradoria Federal junto à Universidade Federal do Cariri*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Princípios jurídicos que fundamentam as prerrogativas processuais da Fazenda Pública; 1.1 Princípio da isonomia ou igualdade; 1.2 Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; 1.3 Princípio da indisponibilidade, pela administração, do interesse público; 2 Prerrogativas processuais da Fazenda Pública; 2.1 Prazos processuais diferenciados; 2.2 Citação e intimação pessoal; 2.3 Fixação de honorários sucumbenciais mediante apreciação equitativa; 2.4 Reexame necessário; 2.5 Dispensa de adiantamento de despesas de atos processuais; 2.6 Dispensa de depósito prévio para ajuizamento de Ação Rescisória; 2.7 Ação Monitória contra a Fazenda Pública; 3 Especificidades do processo de execução contra a Fazenda Pública; 3.1 Execução contra a Fazenda Pública – particularidades; 3.2 A defesa da Fazenda Pública no processo de execução; 3.3 Execução Provisória; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O trabalho trata das prerrogativas processuais da Fazenda Pública com enfoque nas perspectivas de alterações contidas no projeto do novo Código de Processo Civil, buscando conhecer os aspectos do projeto que possam impactar significativamente a atuação da Fazenda Pública em juízo e que possam direta ou indiretamente afetar o interesse da coletividade. O fundamento teórico para análise da legitimidade de tais prerrogativas encontra-se no princípio da isonomia, em cotejo com o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, de modo que se possa avaliar com maior precisão a diferença entre igualdade formal e igualdade material, aplicável ao caso em estudo. Da análise realizada conclui-se que o princípio da igualdade é o sustentáculo primeiro das prerrogativas processuais (necessárias) instituídas em favor da Fazenda Pública para que esta, conforme suas especificidades, possa litigar em pé de igualdade com o particular e, assim, atuar em juízo adequadamente defendendo o interesse público. Em análise ao que consta no projeto do Novo Código de Processo Civil, observa-se que estão mantidas, com poucas alterações, aquelas prerrogativas necessárias ao equilíbrio de forças na lide processual.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Civil. Fazenda Pública. Prerrogativas. Processo de Execução.

**ABSTRACT:** The work deals with the procedural prerogatives of the Public Treasury with a focus on the perspectives of changes contained in the project of new Code of Civil Procedure, seeking to know aspects of the project that may significantly impact the performance of Public Treasury in mind and that might directly or indirectly affect the interests of the collective. The theoretical basis for analysis of the legitimacy of such prerogatives can be found in the principle of equality in comparing with the principle of supremacy of the public interest over private, so that they can assess with greater precision the difference between formal equality and material equality applicable to the case in question. The analysis concluded that the principle of equality is the mainstay of the procedural prerogatives (required) imposed on the Public Treasury for the latter, according to their specific characteristics, can litigate on equal footing with the private and, thus, act properly in court defending the public interest. Thus, in the analysis contained in the project of the new Code of Civil Procedure, it is observed that are maintained, with few changes, those privileges necessary to balance of power in the deal.

**KEYWORDS:** Code of Civil Procedure. Public Treasury. Prerogatives. Enforcement Proceedings.

## INTRODUÇÃO

Ressalta-se a relevância do tema a ser abordado ao tempo em que se discute a instituição de um Novo Código de Processo Civil, por meio do Projeto de Lei do Senado PLS nº 166/2010, que tem como sua missão precípua assegurar ao jurisdicionado os direitos fundamentais à efetividade da tutela jurisdicional e à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal).

Destacamos a discussão das prerrogativas processuais até então atribuídas à Fazenda Pública, tais como os casos de reexame necessário das decisões contrárias ao ente estatal, os prazos processuais diferenciados e a intimação pessoal dos advogados públicos, bem como as alterações que possam modificar substancialmente a atuação processual, objeto da presente análise.

Sendo assim, as alterações no Código de Processo Civil em muito interessam à Fazenda Pública e, por consequência, à sociedade em geral, porquanto sua atuação visa única e exclusivamente à satisfação do interesse público, e, nesse contexto, a excessiva litigiosidade que envolve tais questões necessita de tratamento adequado por parte dos três Poderes da República.

Portanto, faz-se necessário conhecer os aspectos do projeto que possam impactar significativamente a atuação da Fazenda Pública em juízo e que possam direta ou indiretamente afetar o interesse da coletividade.

Nesse sentido, o presente artigo tem seu foco na verificação da necessidade de manter as prerrogativas processuais da Fazenda Pública ante à possibilidade de que as alterações no sistema processual, a serem promovidas com o advento do Novo Código de Processo Civil, possam resultar em prejuízos à sua defesa judicial, por inobservância das especificidades que fazem com que tais prerrogativas sejam, não uma desatenção ao princípio da igualdade, mas, pelo contrário, uma efetivação de tal princípio no seu aspecto material.

É preciso identificar as alterações propostas nas prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo, bem como verificar se a busca pela celeridade e efetividade processuais, manifesta na exposição de motivos do projeto, será acompanhada da devida adequação ao princípio da isonomia, no seu aspecto de tratar igualmente os iguais sem deixar de tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, ou, se ao contrário, a proposta deixa de respeitar as especificidades da Fazenda Pública apresentando risco à defesa do interesse público.

Portanto, o trabalho analisa as perspectivas de mudanças nas prerrogativas processuais da Fazenda Pública contidas no projeto do novo código de processo civil na versão contida na “*Emenda Aglutinativa*

*Substitutiva Global*", apresentada pela Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei no 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei N° 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal), podendo produzir conclusões que possam ser apresentadas como propostas de alteração do PLS n° 166/2010 ou para a atuação da Fazenda Pública frente ao novo regramento a ser instituído.

## **1 PRINCÍPIOS JURÍDICOS QUE FUNDAMENTAM AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA**

O estudo das prerrogativas processuais da Fazenda Pública inicia necessariamente pelos princípios jurídicos que fundamentam tais prerrogativas, tomando conceitos vindos do Direito Administrativo, mormente aqueles atrelados ao binômio prerrogativas da administração pública – direitos dos administrados.

É da análise dos princípios que podemos encontrar a razão de instituir em favor do poder público posição diferenciada em relação ao particular no iter processual, para que se possa identificar se a diferenciação específica caracteriza-se como prerrogativa necessária à defesa do interesse coletivo, mantida em função dos deveres do Estado, ou se, ao contrário, constitui tão somente um elenco de poderes representativos de uma postura autoritária ou um privilégio injustificável que, aproveitando-se a oportunidade da reformulação da legislação processual brasileira, deve ser extirpado do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, identificamos três princípios jurídicos que norteiam a discussão sobre as prerrogativas da Fazenda Pública, quer pelos que as defendem ou pelos que tomam por injustificável o tratamento diferenciado. São eles o princípio da isonomia (igualdade), o da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade do interesse público.

O princípio da isonomia ou da igualdade, após longa evolução histórica, representa hoje a obrigatoriedade de se tratar os indivíduos sem discriminações ou favorecimentos, mas levando sempre em consideração a situação jurídica de cada um, para que se possa tratar igualmente as pessoas, na medida das igualdades, e desigualmente, na medida das desigualdades. Sendo assim, o interesse público demanda que se procedam aos ajustes necessários para que todos tenham a mesma oportunidade para o exercício de seus direitos. Tal princípio está explicitado no art. 5º da Constituição Federal, onde determina que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, com as devidas ponderações da promoção da justiça social e redução das desigualdades.

A administração pública, na busca da consecução de suas finalidades, atende a princípios e normas de caráter eminentemente público, sem margem para o administrador decidir se defende ou não o interesse que

lhe foi confiado, nesse contexto, o princípio da indisponibilidade, pela administração, do interesse público significa que ao administrador não é dada a escolha sobre atuar ou não em nome da Fazenda Pública na sua defesa dos seus interesses, o que inclui, por óbvio, a defesa judicial.

Com efeito, ao legislador e ao operador do direito compete conciliar tais princípios de modo que, sem prejuízo de nenhum deles, se possa encontrar a medida correta na formulação das regras jurídicas e na aplicação de cada um, de forma a efetivar a realização do bem comum, com um mínimo de sacrifício dos direitos individuais.

### 1.1 Princípio da isonomia ou igualdade

No ordenamento jurídico brasileiro vigente, o princípio da igualdade encontra sua previsão máxima na Constituição Federal, que, ao elencar os direitos individuais, estabelece no caput do seu art. 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Embora essa regra isolada apresente-se como uma garantia da igualdade formal, no decorrer do texto constitucional há outras disposições que visam promover a igualdade material, buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais<sup>1</sup>, vedando discriminações injustas, promovendo a redução das desigualdades sociais e regionais, na busca da efetivação da justiça social.

Ainda no direito processual, disposição relevante pode ser encontrada no vigente Código de Processo Civil, art. 125, I, que estabelece, entre os deveres do juiz, assegurar às partes igualdade de tratamento. Por meio desta diretriz, o magistrado deve, à luz da lei, oferecer as mesmas oportunidades aos litigantes de forma que todos possam atuar em juízo em igualdade de condições. Excetuam-se tão somente as situações específicas expressamente previstas em lei, tais como as prerrogativas da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, exclusivamente em razão de suas funções institucionais.

Sendo assim, na busca por estabelecer os direitos individuais, as sociedades democráticas prezam pelo princípio da igualdade, segundo o qual todos são iguais perante a lei, independentemente de prestígio ou riqueza, mas, obedecendo ainda à ponderação de que devem ser tratados igualmente aqueles que se encontram em situações iguais, ensejando tratamento diferenciado àqueles que estiverem em situações desiguais.

Com efeito, as especificidades da Fazenda Pública que justificam a instituição de prerrogativas para colocar-lhe em pé de igualdade com o particular na lide processual residem principalmente na dimensão do aparelho estatal encarregado da prestação dos serviços necessários à população.

1 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 211.

Ressalta-se que a amplitude dessa estrutura dificulta, por exemplo, a coleta das informações necessárias à instrução da defesa do ente estatal que, envolto num emaranhado de órgãos, setores, chefias, por vezes distribuídos pelos mais longínquos rincões do País, não tem como dar pronto atendimento aos órgãos jurídicos encarregados da sua defesa judicial, para que estes possam representar adequadamente a Fazenda Pública em juízo.

Some-se a isso, a existência de uma estrutura burocrática ainda arcaica que, apesar do intenso trabalho de melhoria tecnológica, de informatização dos registros, ainda enfrenta a necessidade e dificuldade de acesso a registros físicos que muitas vezes sequer são localizados no momento de instruir a defesa judicial.

Nesse sentido, os órgãos jurídicos encarregados (obrigados) a representar em juízo a Fazenda Pública encontram-se diante da missão hercúlea de apresentar defesa em toda e qualquer demanda judicial que contra ela se proponha, além daquelas que, por lei, tais órgãos estão também obrigados a promover contra o particular.

Isso significa dizer que aos órgãos jurídicos encarregados de representar a Fazenda Pública não resta opção senão atuar em todas as lides processuais onde o ente público seja parte interessada e, no cumprimento dessa missão, deve superar todas as dificuldades de comunicação e acesso aos elementos necessários para desempenhar o fiel patrocínio da causa. Tais características, se comparadas às bancas de advocacia privada, que podem livremente escolher regiões, especialidades, clientes, causas nas quais querem atuar, evidenciam significativa desigualdade nas condições de atuação que representam, sem qualquer dúvida, desvantagem para a defesa judicial da Fazenda, desvantagem essa que deve ser corrigida por meio de prerrogativas específicas que proporcionem o equilíbrio de forças e, assim, o interesse público não reste prejudicado. Nesse sentido, Leonardo José Carneiro da Cunha, expõe que:

Ora, a Fazenda Pública, que é representada em juízo por um de seus procuradores, não reúne as mesmas condições que um particular para defender seus interesses em juízo. Além de estar defendendo o interesse público, a Fazenda Pública mantém uma burocracia inerente à sua atividade, tendo dificuldade de ter acesso aos fatos, elementos e dados da causa. O volume de trabalho que cerca os advogados públicos impede, de igual modo, o desempenho de suas atividades nos prazos fixados para os particulares.

Demais disso, enquanto um advogado particular pode selecionar suas causas, recusando aquelas que não lhe convêm, o advogado público não pode declinar de sua função, deixando de proceder à defesa da Fazenda Pública.<sup>2</sup>

2 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 34.

Concluimos, portanto, que o princípio constitucional da igualdade, que impõe ao legislador a obrigação de se abster de incluir no ordenamento disposições que contenham discriminações, deve ser tomado no seu significado de igualdade material e, sendo assim, deve-se tomar em conta que as discriminações constitucionalmente vedadas são aquelas que imponham tratamento diferenciado a pessoas que estejam em situações jurídicas semelhantes, no aspecto específico do que a norma pretende disciplinar. Por isso, no que interessa ao presente estudo, a instituição de prerrogativas processuais em favor da Fazenda Pública não representa, pelo simples fato do tratamento diferenciado, a instituição de um privilégio inconstitucional. Há de se avaliar as razões de cada uma dessas prerrogativas para que se possa entender se a situação jurídica do poder público frente ao particular justifica o tratamento diferenciado.

## 1.2 Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado

Uma consideração necessária na aplicação do princípio da isonomia é a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que constitui a posição de superioridade do interesse coletivo sobre o particular, visando unicamente à promoção do bem comum, até mesmo como condição de sobrevivência do indivíduo.<sup>3</sup> Tal princípio está presente nas prerrogativas que a ordem jurídica confere à Administração Pública para consecução de suas finalidades, onde se exemplificam a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos e as prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública.

Ressalta-se, ainda, que a doutrina majoritária defende que, ao colocar-se o interesse da coletividade em posição de superioridade em relação ao interesse do particular, o ordenamento jurídico está, não tolhendo direitos do particular, mas protegendo tais interesses.

Por isso, negar os recursos para que a Fazenda Pública promova adequadamente sua defesa judicial, possibilitando-lhe prerrogativas específicas, não como vantagens, mas como ferramentas que possibilitem uma atuação efetiva, com a devida ponderação de suas finalidades e especificidades, resultaria desarrazoado.

Resta óbvio que a ninguém interessa a deficiência na defesa da Fazenda Pública, porquanto o seu interesse contempla o interesse da sociedade e, caso esse seja negligenciado, prejudicada estaria toda a coletividade que, pela redução do patrimônio público, menores seriam os serviços postos à sua disposição ou maior carga tributária e, portanto, maior sacrifício seria necessário para a consecução do colimado bem comum.

3 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 29.

### **1.3 Princípio da indisponibilidade, pela administração, do interesse público**

No tocante à obrigatoriedade de se proceder à defesa judicial da Fazenda Pública, ponderando-se sobre o que acima foi dito, na citação de Leonardo José Carneiro da Cunha, quando afirma que ao advogado público não é dada a possibilidade de decidir sobre atuar ou não na demanda onde a Fazenda Pública mantenha interesse, salvo exceções bastante específicas, ressalta-se que tal imposição encontra seu fundamento inicial no princípio da indisponibilidade, pela administração, do interesse público.

Sendo assim, tomando ainda a lição de BANDEIRA DE MELLO, pode-se definir que tal princípio impõe que “sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis”<sup>4</sup>.

Nesse sentido, ressalta ainda o referido doutrinador que o próprio órgão da Administração que representa o interesse público não tem disponibilidade sobre ele, sendo, portando, obrigado a cumprir o dever de curar esse interesse, ou seja, de cumprir a finalidade a que está adstrito.

Não é demais ressaltar que o interesse público supera, inclusive, o interesse da Administração, porquanto o titular do interesse que se defende é o Estado que o exerce por meio da função administrativa.

Portanto, a atividade de defender o estado em juízo não é uma opção, uma livre escolha daqueles encarregados dessa atribuição, mas um dever que deve ser exercido com zelo e dedicação, em todas as ações judiciais onde a Fazenda Pública mantenha relação de interesse, o que invariavelmente faz sobrecarregar a estrutura jurídica da Administração Pública e, por tais razões, mostram-se por demais necessárias as prerrogativas que objetivam, antes de equalizar as condições de atuação das partes no processo, possibilitar um mínimo de condições para a defesa judicial do Estado.

## **2 PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA**

Uma vez anotado que o legítimo interesse público mantém relação de supremacia sobre os interesses individuais e que a Administração não dispõe daquele interesse, sendo mera curadora obrigada a fielmente representá-lo, incumbe ao legislador

<sup>4</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 74.

proporcionar o arcabouço legal imprescindível ao desempenho dessa finalidade.

Por tais razões, impõe-se a necessidade de acompanhar com atenção a evolução da legislação processual para que não se permita a exclusão das prerrogativas necessárias, tanto à Fazenda Pública como a qualquer outro ente encarregado de proteger legítimos interesses da sociedade, bem como se deve evitar a instituição de privilégios injustificáveis em favor de quem quer que seja.

O momento é por demais oportuno para lembrar a necessidade dessa discussão, haja vista a iminência da edição de um novo Código de Processo Civil, momento no qual ganha força a busca incessante pela simplificação de procedimentos e pela redução de prazos visando a celeridade processual que proporcione a razoável duração do processo de que trata a Constituição Federal no art. 5º, inciso LXXVIII.

Tal propósito já se encontra presente no projeto do novo código desde seus artigos iniciais, senão vejamos o que prescreve o art. 4º: “As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

Ocorre que a busca incessante pela razoável duração do processo não pode ser obtida mediante a supressão de prerrogativas processuais necessárias tanto à Fazenda Pública quanto a qualquer parte processual que, em sua situação específica, justifique o tratamento diferenciado com o objetivo de possibilitar a perfeita atuação processual.

Impõe-se a necessidade de manter as prerrogativas processuais da Fazenda Pública ante à possibilidade de que as alterações no sistema processual, a serem promovidas com o advento do Novo Código de Processo Civil, possam resultar em prejuízos à sua defesa judicial, por inobservância das especificidades que fazem com que tais prerrogativas sejam, não uma desatenção ao princípio da igualdade, mas, pelo contrário, uma efetivação de tal princípio no seu aspecto material.

Nesse sentido, passamos a analisar as prerrogativas da Fazenda Pública em espécie, tal como constam no ordenamento vigente, comparando-as com as alterações propostas para o Novo Código, buscando identificar eventuais alterações relevantes.

## **2.1 Prazos processuais diferenciados**

Entre as mais importantes prerrogativas processuais da Fazenda Pública contidas no vigente ordenamento, encontra-se a disposição do art. 188 do Código de Processo Civil que estabelece: “Art. 188.

Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.”

Essa disposição, ao proporcionar à Fazenda Pública e também ao Ministério Público prazos diferenciados em relação ao particular para atuar em juízo, especificamente por ocasião da contestação ou do recurso, tem a finalidade de garantir a efetividade da defesa do interesse público a cargo desses órgãos.

Analisando-se a compatibilidade desta prerrogativa processual específica com o princípio da isonomia, percebe-se que o legislador optou por proteger o interesse público a ser defendido em juízo, adaptando o prazo processual às especificidades da Fazenda Pública (e do Ministério Público), tomando-se em conta principalmente a estrutura para efetivação da representação de tais interesses.

Ressalte-se, por oportuno, que o art. 188 adota o conceito amplo de Fazenda Pública contemplando qualquer das pessoas políticas, bem como suas autarquias<sup>5</sup> e fundações públicas<sup>6</sup>. Mas, por tratar-se de disposição que institui um caso excepcional, o que impõe uma interpretação restritiva, as empresas públicas<sup>7</sup> e sociedades de economia mista não estão incluídas no conceito de Fazenda Pública para fins de aplicação da prerrogativa do art. 188.<sup>8</sup> Acrescente-se, ainda, que a previsão do art. 188 será aplicada a todas as situações onde houver prazo para recorrer ou contestar, salvo se houver disposição específica fixando prazo próprio.<sup>9</sup>

Em análise ao projeto do Novo Código de Processo Civil, na versão contida na “*Emenda Aglutinativa Substitutiva Global*”, apresentada pela Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei no 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei N° 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil”, na disposição que seria correlata ao atual art. 188, opta por conceder o prazo em dobro para todas as manifestações da Fazenda Pública, nos seguintes termos:

Projeto do NCPC.

Art. 184. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

5 ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 111.

6 Art. 10, da Lei nº 9.469, de 10/07/1997.

7 A única exceção é a pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, por força da decisão proferida pelo STJ nos autos do AgRg no Ag 418.318/DF.

8 CUNHA, op. cit., p. 40.

9 Idem.

§ 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público.

Observa-se que o projeto optou por unificar o tratamento em relação aos prazos da Fazenda Pública, atribuindo-se o prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, razão pela qual, em relação ao código vigente, houve a redução no prazo para contestação, que era em quádruplo e agora, se aprovado o projeto na forma da Emenda citada, será somente em dobro, o que representa a redução do prazo para a resposta do réu, de 60 para 30 dias. Essa redução deve ser cuidadosamente apreciada pelos representantes da Fazenda Pública, pois, embora constitua ainda o dobro do prazo comum para resposta, reduz pela metade o prazo atualmente praticado.

Com base na experiência pessoal da nossa lida diária na defesa da Fazenda Pública, podemos afirmar que, quando a ação judicial tramitar no mesmo local onde fora proferida a decisão que se busca combater, é possível sim formular a resposta no prazo de 30 dias, mas, quando a ação judicial tratar de situação ocorrida em localidade diversa, que demande o trâmite de pedido de subsídios para a defesa entre órgãos distantes, esse prazo pode verdadeiramente dificultar a ação dos representantes judiciais do órgão público acionado. Ressalva-se, ainda, que o prazo para contestação afetado pela mudança é tão somente aquele de que trata o rito ordinário, sendo que, nos demais, o prazo que constitui norma específica, não será alterado.

Já o prazo para recorrer mantém-se inalterado, continua em dobro, ao tempo em que os prazos para as demais manifestações da Fazenda Pública, que não tinham qualquer diferenciação em relação ao particular, agora passam a ser também dobrados, o que deve proporcionar um ganho qualitativo na defesa, a partir do momento que sucede à resposta do réu.

Nesse sentido, no que se refere aos prazos processuais, percebe-se que a vontade legislativa presente no projeto do Novo Código mantém a sensibilidade em relação às peculiaridades da Fazenda Pública, e, principalmente, aos interesses que esta defende, mantendo as suas prerrogativas e até ampliando o prazo processual diferenciado previsto no código vigente, à exceção do prazo para contestação no rito ordinário, que restou significativamente reduzido.

É importante considerar, ainda, que a tendência de substituição do processo físico pelo processo eletrônico que representa uma contribuição efetiva na busca pela razoável duração do processo não contribui de forma significativa para a agilidade da defesa da Fazenda Pública, pois a maioria dos procedimentos administrativos do serviço público, de todas as esferas de governo, ainda tramita no meio físico estando a informatização, embora com avanços consideráveis, ainda distante do ideal de possibilitar o imediato acesso à informação pelos encarregados da defesa judicial.

## 2.2 Citação e intimação pessoal

A citação válida, como único ato capaz de dar conhecimento ao réu sobre o conteúdo da demanda judicial, para que este venha a apresentar suas razões, no caso da Fazenda Pública, pelas suas especificidades já detalhadas, deve operar-se não só por seus legítimos agentes, mas, unicamente pelos agentes detentores da atribuição específica para tanto que, na quase totalidade das hipóteses, concentra-se nos ocupantes dos cargos da carreira jurídica do Estado.

Busca-se, com isso, que a citação efetivada na pessoa do agente público sem conhecimento para realizar o correto encaminhamento da resposta do réu, possa prejudicar ou inviabilizar a defesa judicial.

No tocante às intimações, que, conforme o art. 234 do CPC atual, seria o “ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa”, em regra, é efetuada na pessoa do procurador legalmente constituído nos autos (ou *ex lege*) para representar o réu, por um dos meios previstos na legislação. No caso da Fazenda Pública, o ato de intimação deve ser dirigido a um dos detentores da atribuição de defender o ente específico em juízo.

Com relação à forma da realização das citações, no que se aplica à Fazenda Pública, estas devem ser realizadas na forma pessoal, ou seja, serão seus procuradores citados pessoalmente, por meio de oficial de justiça. Tal previsão está contida no art. 222, “c”, do Código vigente que, ao estabelecer como padrão a citação pelo correio, excepciona os casos onde for ré pessoa jurídica de direito público, fixando que o ato será realizado por oficial de justiça, a teor do art. 224, do mesmo Código. Há, contudo, disposições específicas que possibilitam a citação por meio eletrônico, em sistemas onde seus representantes estejam previamente cadastrados, o que não descaracteriza a condição da citação pessoal.

Quanto às intimações, a disciplina não é tão clara, estando a intimação pessoal prevista em disposições esparsas como, no caso da União, na da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que, ao estabelecer a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, determina, no “Art. 38. As intimações e notificações são feitas nas pessoas do Advogado da União ou do Procurador da Fazenda Nacional que officie nos respectivos autos.”

Nesse mesmo sentido, a Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, fixou: “Art. 6º *A intimação de membro da Advocacia-Geral da União, em qualquer caso, será feita pessoalmente.*”

Registra-se, também, o conteúdo da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, que, em seu art. 7º, estabelece o seguinte:

Art. 7o. As citações e intimações da União serão feitas na forma prevista nos arts. 35 a 38 da Lei Complementar no 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Parágrafo único. A citação das autarquias, fundações e empresas públicas será feita na pessoa do representante máximo da entidade, no local onde proposta a causa, quando ali instalado seu escritório ou representação; se não, na sede da entidade.

Relevante transcrever, ainda, o art. 17 da Lei n.º 10.910, de 15 de julho de 2004, onde novamente ficou consignada a obrigatoriedade da intimação pessoal:

Art. 17. Nos processos em que atuem em razão das atribuições de seus cargos, os ocupantes dos cargos das carreiras de Procurador Federal e de Procurador do Banco Central do Brasil serão intimados e notificados pessoalmente.

Observa-se que as disposições legais acima transcritas, sobre intimação pessoal, aplicam-se tão somente aos representantes judiciais dos órgãos públicos federais, nada dispondo em específico sobre os defensores da Fazenda Pública estadual ou municipal.

O novo Código, simplificando as regras a respeito do tema, traz, em seus artigos 242, §3º, e 269, parágrafo único, a previsão de que os atos de citação e intimação da Fazenda Pública, respectivamente, serão realizados perante o órgão responsável pela sua representação judicial, tal como se verifica nas disposições abaixo transcritas:

*Projeto do Novo CPC*

*Art. 242. A citação será pessoal. Poderá, no entanto, ser feita na pessoa do representante legal do procurador do réu, executado ou interessado.*

[...]

§ 3º A citação da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações de direito público será realizada perante o órgão de Advocacia Pública responsável por sua representação judicial.

*Art. 269. Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo.*

*Parágrafo único. A intimação da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações de direito público será realizada perante o órgão de Advocacia Pública responsável pela sua representação judicial.*

Com efeito, percebe-se que, no tocante às citações e intimações relativas às ações judiciais onde constem a Fazenda Pública como interessada, o projeto disciplina de forma clara o destinatário, sendo ele o órgão de Advocacia Pública responsável pela sua representação judicial. Com efeito, o projeto do novo código, desta feita, refere-se à Fazenda Pública contemplando a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Mas, quanto à forma do ato, ainda resta a indefinição sobre o modo de se proceder. Nesse sentido, a permanecer o código silente a esse respeito, restarão inalteradas as demais regras contidas na legislação ordinária, sendo pessoal a citação, mas sem previsão no código quanto à necessidade de se proceder por meio de oficial de justiça ou outra forma adequada.

### 2.3 Fixação de honorários sucumbenciais mediante apreciação equitativa

A disciplina relativa à condenação em pagamento dos honorários advocatícios está presente no art. 20 do CPC atual, que, em seu § 3º, estabelece que a verba poderá variar entre 10 e 20% do valor da condenação, a depender do grau de zelo do profissional; do lugar de prestação do serviço; da natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Quanto for vencida a Fazenda Pública, deve-se aplicar a regra do §4º, que estabelece a condenação mediante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas do §3º.

Percebe-se, portanto, que nas condenações contra a Fazenda Pública, o juiz tem ampla margem de subjetividade para dosar a condenação que, conforme a doutrina e jurisprudência, pode ser estabelecida em valor inferior a 10%. No dizer de Leonardo Carneiro da Cunha, temos que:

*Na realidade, restando vencida a Fazenda Pública, a fixação da verba honorária não será, necessariamente, inferior a 10% do valor da condenação. A depender dos elementos concretos da demanda, e diante de uma apreciação equitativa que leve em conta os critérios contidos nas alíneas a, b e c do parágrafo 3º do art. 20 do CPC, o juiz poderá fixar os honorários de sucumbência contra a Fazenda Pública em percentual inferior a 10%, ou até mesmo em valor que se enquadre entre os 10% e 20% previstos naquele mesmo parágrafo 3º do art. 20. Alternativamente, poderão os honorários ser estabelecidos num valor fixo.<sup>10</sup>*

Em cotejo ao tratamento dado aos honorários pelo código projetado, verifica-se que o art. 85, em seu §3º, disciplina a matéria de forma mais detalhada, fixando uma “tabela regressiva” para o percentual de honorários a depender do valor da condenação, podendo variar de 1% a 20% do proveito econômico obtido.

Em análise ao conteúdo da alteração, embora não se trate propriamente de uma redução no valor dos honorários a serem pagos pela Fazenda Pública, entendemos que a alteração lhe é favorável, pois, ao substituir o método de “condenação mediante apreciação equitativa

10 CUNHA, op. cit., p. 115.

do juiz” pela forma proposta, a condenação, embora mantenha ainda um juízo de equidade com espaço para a valoração subjetiva, esta passa a ocorrer de forma parametrizada, com pequena margem de variação e, com isso, os valores pagos podem sim ser reduzidos em relação à prática atual, especialmente nas causas de valor elevado, onde a verba honorária pode ser limitada a 1% do valor do proveito econômico, o que não se verifica com grande frequência no modelo atual, que costuma praticar percentuais mais elevados.

O projeto traz também a vedação específica à condenação em honorários nas execuções de sentença que não tenham sido objeto de embargos pela Fazenda Pública, disposição essa que não encontra similar no regramento atual.

#### 2.4 Reexame necessário

Considerando-se a atual disciplina relativa ao reexame necessário, em comparação ao que se projeta para o novo código, percebe-se que, na essência, pouco se altera. O caput, juntamente com os incisos I e II, permanecem praticamente como estavam, mantendo-se a disposição de que o sentença proferida contra a União, Estados Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público, está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeitos senão depois de confirmadas pelo tribunal, assim como aquelas em que se julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

O § 1º estabelece que ao fim do prazo para apelação, o juiz remeterá os autos ao tribunal e, caso não o faça, serão os autos avocados pelo presidente do tribunal respectivo, disposição essa que praticamente repete o regramento vigente.

No § 2º, o novo código altera o valor dos limites para dispensa da remessa necessária, majorando-os de 60 (sessenta) salários mínimos contidos na previsão anterior, para mil salários mínimos nas causas de interesse da União, quinhentos salários mínimos nas causas de interesse dos Estados, Distrito Federal e capitais dos Estados, e cem salários mínimos para os demais municípios, incluindo, em todos os casos, autarquias e fundações de direito público.

O § 3º, mantendo em parte a previsão anterior, traz algumas adaptações para os casos de dispensa de remessa necessária, fundada nas súmulas e jurisprudências dos tribunais, acrescentando a possibilidade de dispensa do duplo grau quando houver “entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa”.

Sendo assim, percebe-se que houve uma redução no rol de decisões (sentenças) sujeitas ao duplo grau de jurisdição necessário, afastando-se os casos onde há pouca probabilidade de reforma, com base na jurisprudência, inclusive administrativa, e também afastando-se as causas de pequeno valor, promovendo um aumento substancial no valor mínimo a ser submetido ao reexame.

De toda forma, entendemos estarem preservadas as hipóteses de maior relevância, seja em razão da matéria ou do valor da condenação ou proveito econômico da ação. Além disso, entendemos que essa prerrogativa esteja direcionada aos casos onde a Fazenda Pública se quede silente em relação à decisão, o que ocorre em razão da ausência de interesse em promover a sua reforma ou da impossibilidade de se apresentar o recurso correspondente, situações que podem ser resolvidas mediante controle eficaz do conteúdo das decisões e dos prazos judiciais submetidos aos responsáveis pela defesa judicial.

## 2.5 Dispensa de adiantamento de despesas de atos processuais

De acordo com o art. 19 do CPC vigente, “cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final”. Mas, com relação à Fazenda Pública, esse pagamento tem sido postergado para o final do processo, conforme previsão do art. 27.

O termo despesa constitui gênero, o qual se divide em três espécies, a saber: custas, emolumentos e despesas em sentido estrito, tal como consta na lição de Leonardo Carneiro da Cunha:

O termo despesa constitui o gênero, do qual decorrem 3 (três) espécies:

a) custas, que se destinam a remunerar a prestação da atividade jurisdicional, desenvolvida pelo Estado-juiz por meio de suas serventias e cartórios;

b) emolumentos, que se destinam a remunerar os serviços prestados pelos serventuários de cartórios ou serventias não oficializados, remunerados pelo valor dos serviços desenvolvidos, e não pelos cofres públicos;

*c) despesas em sentido estrito, que se destinam a remunerar terceiras pessoas acionadas pelo aparelho judicial, no desenvolvimento da atividade do Estado-juiz. Nesse sentido, os honorários do perito e o transporte do oficial de Justiça constituem, por exemplo, despesas em sentido estrito.<sup>11</sup>*

<sup>11</sup> CUNHA, op. cit., p. 106.

Lembra ainda, o citado doutrinador, que as custas e emolumentos judiciais ostentam, segundo entendimento firmado pelo STF, natureza tributária, constituindo uma taxa destinada a remunerar um serviço público posto à disposição do jurisdicionado e, sendo assim, estão sujeitas ao princípio constitucional da legalidade, devendo, portanto, serem fixadas mediante lei específica<sup>12</sup>.

Ainda com relação à diferença entre as três espécies de despesas de atos processuais, ressalta-se que para as duas primeiras, quais sejam, as custas e emolumentos, o produto de sua cobrança é destinado à serventia judicial, razão pela qual podem ser objeto de isenção. Já as despesas em sentido estrito, por se prestarem a remunerar terceiras pessoas estranhas à estrutura do poder judiciário, tais como peritos eventualmente nomeados, os meios de transporte para deslocamento dos oficiais de justiça ou as despesas de postagem das comunicações processuais, não podem ser objeto de isenção, sob pena de tais particulares trabalharem sem a devida contraprestação.

No caso de processo com trâmite na justiça de mesma esfera de governo a que pertence o órgão litigante, o acerto de contas das despesas processuais resultaria no instituto da “confusão” que enseja a extinção da obrigação. Por outro lado, tratando-se de esferas de governo diversas, tal como uma causa onde figure a Fazenda Pública Federal, com trâmite no Poder Judiciário Estadual, a isenção dependeria de convênio ou lei específica estadual, ante à vedação da concessão das chamadas isenções heterônomas, por força do art. 151, III, da Constituição Federal e, também, da inaplicabilidade da imunidade recíproca, prevista no art. 151, VI, “a”, que restringe-se aos impostos, não atingindo taxas ou outras espécies tributárias.

De toda forma, independentemente da existência de isenção de custas e emolumentos, as despesas dos atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública serão recolhidas somente ao final do processo, pela parte vencida, por força do art. 27 do vigente Código de Processo Civil.

No projeto, temos mantida a disposição atual sobre despesas de atos processuais, com poucas alterações. No art. 91, temos praticamente a transcrição do atual art. 27, remetendo as despesas para o final do processo, a serem recolhidas pelo vencido.

Há, também, disposição específica sobre a dispensa de preparo atribuída ao Ministério Público, à União, ao Distrito Federal, aos Estados, aos Municípios, e respectivas autarquias, e aos que gozam de isenção legal, para interposição de recurso, contida no art. 1020 do projeto, abaixo transcrito. Mas, há de se questionar se essa dispensa

12 CUNHA, op. cit.

(isenção) de preparo pode constituir-se em isenção heterônoma, vedada pelo art. 151, III, da Constituição Federal.

Encontram-se, ainda, no código projetado, disposições que remetem ao final do processo o recolhimento de multas pela Fazenda Pública, tais como nos casos de agravos (art. 1.034) ou embargos (art. 1.039) tidos por protelatórios.

Sendo assim, no tocante à dispensa de adiantamento de despesas de atos processuais, não se vislumbra no projeto do novo código de processo civil nenhuma inovação prejudicial à atuação da Fazenda Pública em juízo.

## **2.6 Dispensa de depósito prévio para ajuizamento de ação rescisória**

No tocante à ação rescisória, o código atual obriga o autor ao recolhimento do depósito em valor equivalente a cinco por cento do valor da causa, mas, tal como nas despesas dos atos processuais e nas multas processuais acima indicadas, isenta a União, os Estados, os Municípios, e o Ministério Público.

No código projetado, o art. 980 traz disposição que praticamente repete a disciplina atual, acrescentando ao rol das pessoas isentas do depósito prévio a Defensoria Pública e os que tenham obtido o benefício da gratuidade de justiça.

Para melhor sistematização, inclui também o Distrito Federal e as autarquias e fundações de direito público, que já se incluíam no regramento atual, embora não constassem de forma expressa no texto.

Neste ponto, também, não houve qualquer alteração que possa alterar o procedimento da Fazenda Pública.

## **2.7 Ação Monitória contra a Fazenda Pública**

A ação monitória ou, procedimento monitorio, como prefere parte da doutrina, introduzido no Direito brasileiro pela lei nº 9.079/1995, possibilita ao portador de documento ou prova escrita sem eficácia de título executivo, que preveja o pagamento de quantia em dinheiro, a entrega de coisa móvel ou bem fungível, a formação de um título executivo judicial hábil a instruir o processo de execução forçada.

O procedimento inicia-se mediante petição inicial acompanhada do documento escrito que fundamenta a obrigação, para o que o juiz, após procedimento de cognição sumária capaz de verificar a idoneidade do documento e a plausibilidade da existência dívida, determinará a citação do demandado para efetuar o pagamento ou a entrega da coisa, no prazo de 15 (quinze) dias, ou apresentar embargos. Se apresentados os embargos, estes se processarão no rito ordinário.

O código atual não traz previsão expressa quando à possibilidade de se processar a ação monitória em face da Fazenda Pública e boa parte da doutrina e da jurisprudência nega essa possibilidade. Os que assim entendem, fundamentam seu ponto de vista no fato de que a execução contra a Fazenda Pública depende de sentença judicial transitada em julgado, tal como determina o art. 100 da Constituição Federal. Como o procedimento monitório não resulta numa sentença, não seria um meio hábil a constituir um título judicial e, por isso, ao credor somente restaria o meio do processo de conhecimento para obtenção de sentença capaz de instruir um procedimento de execução (cumprimento de sentença), que resulta na expedição de um precatório ou requisição de pequeno valor<sup>13</sup>.

Ocorre que o STJ, após decisões contraditórias de suas turmas, firmou o entendimento pela possibilidade de se processar a ação monitória em face da Fazenda Pública, ao argumento de que “o procedimento monitório não colide com o rito executivo específico da execução contra a Fazenda Pública previsto no art. 730 do CPC”, acrescentando, ainda, que a possibilidade de oposição dos embargos, tanto na fase do procedimento monitório quanto no procedimento executivo que o sucede, enseja a cognição plena “sem malferir os princípios do duplo grau de jurisdição; da imperiosidade do precatório; da impenhorabilidade dos bens públicos; da inexistência de confissão ficta; da indisponibilidade do direito e não-incidência dos efeitos da revelia.”<sup>14</sup>.

Observa-se, portanto, que a omissão do código atual ocasionou a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade do procedimento monitório contra a Fazenda Pública. Já o projeto do novo código, com maior precaução, traz expressamente a admissibilidade da ação monitória em face da Fazenda Pública, no art. 715, § 6º, além de fixar outros detalhes nos artigos que seguem.

Sendo assim, comparativamente ao regime atual, considerando-se o que decidiu o STJ sobre a ação monitória com relação à Fazenda Pública, o projeto do novo código não traz propriamente uma inovação ao prever essa possibilidade, mas trata-se de previsão importante para estabilizar qualquer eventual discussão a respeito dessa possibilidade.

Ressalte-se que o tema não constitui propriamente uma prerrogativa da Fazenda Pública, mas, pelo contrário, a negação de uma prerrogativa que parte da doutrina defende existir. Na égide no código projetado, resta indiscutível que à Fazenda Pública não será lícito furtar-se a cumprir o julgado resultante de ação (procedimento) monitória.

13 CUNHA, op. cit., p. 106.

14 Acórdão não unânime da 1ª Seção do STJ. REsp 434.571/SP, rel. Min. Eliana Calmon, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 8/6/2005, DJ de 20/3/2006, p. 181, citado por CUNHA, op. cit., p. 351-352.

### 3 ESPECIFICIDADES DO PROCESSO DE EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Além das prerrogativas processuais, há também um rito específico instituído para o processo de execução contra a Fazenda Pública, estabelecido principalmente em razão da impenhorabilidade dos bens públicos, que substitui a possibilidade de expropriação de bens para satisfação do credor, pelo regime de precatórios, previsto em âmbito constitucional.

Doravante nos deteremos às especificidades da execução contra a Fazenda Pública no código vigente e aos principais aspectos das alterações previstas no projeto do Novo Código de Processo Civil.

#### 3.1 Execução contra a Fazenda Pública – particularidades

Tratando-se de execução contra a Fazenda Pública, aí compreendidos a União, os Estados, os Territórios, o Distrito Federal, os Municípios e outras entidades da administração cujo patrimônio esteja sujeito ao regime de bens públicos, há peculiaridades que conduzem a execução por procedimentos próprios, especialmente em razão da impenhorabilidade e inalienabilidade dos bens públicos<sup>15</sup>, bem como pela presunção de que a Fazenda Pública é sempre solvente.

A execução contra a Fazenda Pública, no dizer de THEODORO JÚNIOR, “não tem natureza de execução forçada, visto que se faz sem penhora e arrematação, vale dizer, sem expropriação ou transferência forçada de bens”, “trata-se de uma execução imprópria”.<sup>16</sup>

CÂMARA, de forma diversa, entende que o módulo processual executivo é aquele que tem a finalidade de realizar o crédito do demandante e, mesmo contra a Fazenda Pública, é exatamente a isso que se presta, mesmo que não se utilize da apreensão forçada de bens do executado.<sup>17</sup>

Registre-se que a impenhorabilidade dos bens públicos está diretamente relacionada à finalidade pública que tais bens exercem em favor da coletividade, não podendo ser livremente alienados ou onerados e, mesmo aqueles que não se encontrem destinados a uma finalidade específica, demandam cautelas especiais para sua alienação<sup>18</sup>, nos casos e

15 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 269.

16 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 34. ed. v 2, Rio de Janeiro. Forense. 2003. p. 249.

17 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, v. I, 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 359.

18 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. III, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 401.

pela forma prevista em lei<sup>19</sup>. Por isso, não se adotam em relação a ela as medidas expropriatórias do procedimento executivo comum, razão pela qual a Constituição Federal estabeleceu em seu art. 100, a sistemática de pagamento por meio de precatórios ou requisições de pequeno valor, quando for o caso.

Nesse sentido, interessante a lição de CÂMARA, acerca das razões da vedação à penhora dos bens públicos:

Nosso regime jurídico, a fim de evitar os males de um conflito entre “Poderes” do Estado (no caso em tela, entre o Executivo e o Judiciário), estabelece, com sede constitucional, um sistema diferenciado para a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. Tal sistema é todo construído a partir de uma premissa essencial: os bens públicos são inalienáveis e, por conseguinte, impenhoráveis. A inalienabilidade dos bens públicos, como sabido, existe enquanto estão os mesmos afetados ao uso público. Podem eles ser alienados a partir da edição de lei de desafetação, a qual prevê, porém, o meio pelo qual o bem será alienado. A penhora e a arrematação (ou a adjudicação) não são meios previstos na lei de desafetação, o que torna inviável a utilização de tais atos executivos para o fim de realizar o direito do credor.<sup>20</sup>

No tocante à execução por quantia certa, esta varia conforme a natureza do título, podendo fundar-se tanto em título executivo judicial quanto extrajudicial. No procedimento comum, a execução do título judicial adota a sistemática do cumprimento de sentença, enquanto o título extrajudicial é executado por meio de ação autônoma. Tratando-se de Fazenda Pública, independentemente da natureza do título, seja judicial ou extrajudicial, a execução inaugura uma ação autônoma, seguindo as regras dos arts. 730 e 731 do CPC<sup>21</sup>. Ressalta-se, neste particular, que a possibilidade de execução de título extrajudicial está sumulada pelo STJ por meio do enunciado 279 que disciplina: “É cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública”.

Digna de nota a opinião contrária de CÂMARA, para quem a execução contra a Fazenda Pública, se fundada em título judicial, terá sempre a característica de cumprimento de sentença, sendo “mera fase complementar do mesmo processo em que o provimento jurisdicional tenha sido proferido, e a Fazenda será, tão-somente, intimada para oferecer seus embargos.”<sup>22</sup>

Com respeito à opinião divergente, entendemos que, tratando-se de execução por quantia certa, independentemente da natureza do título, à

19 MOREIRA, op. cit., p. 269.

20 CÂMARA, op. cit., p. 358.

21 DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. v. 5, Salvador. 2012. p. 724.

22 CÂMARA, op. cit., p. 362.

Fazenda não se aplicam os procedimentos de cumprimento de sentença. Preferimos fixar que o pedido de cumprimento de sentença enseja sempre a intimação do devedor para impugnar a cobrança e o processo autônomo de execução demanda a citação do executado para oposição de embargos.

Tampouco será imposta a multa do art. 475-J ao ente público, caso não venha a cumprir espontaneamente o julgado, pois à pessoa jurídica de direito público, mesmo que o quisesse, não seria lícito efetuar o pagamento de imediato<sup>23</sup>.

No tocante à execução contra a Fazenda Pública, para entrega de coisa certa ou incerta, não se aplica o procedimento do art. 730 e 731 do CPC, visto que a execução, nesse caso, refere-se a bens do próprio credor e não da Fazenda Pública, que, na situação específica, seria mera detentora de bens de terceiros, situação na qual a execução é feita *in natura*, sem nenhum privilégio, mediante procedimento normal dos arts. 621 e 631, podendo resultar em imissão na posse, se a coisa for imóvel, ou em busca e apreensão, quanto se tratar de bem móvel<sup>24</sup>.

Também quando se tratar de obrigação de fazer ou não fazer não será aplicado o rito dos arts. 730 e 731. Nesse caso, adota-se o procedimento comum do art. 461, inclusive por meio de petição de execução de sentença, nos próprios autos do processo de conhecimento, podendo o juiz valer-se da imposição de “*astreintes*” para compelir o devedor a adimplir sua obrigação.

Nota-se, portanto, que o rito diferenciado para execução contra a Fazenda Pública, limita-se aos casos de execução por quantia certa, ou, em outras palavras, “as execuções para entrega de coisa e de obrigação de fazer e não fazer seguem o regime comum, ainda que executada seja a Fazenda Pública.”<sup>25</sup>

Com efeito, analisando-se o projeto, podemos identificar, entre as inovações propostas para o processo de execução, no que se aplica à Fazenda Pública, que este especifica, no art. 548, onde descreve a sistemática para cumprimento de obrigação de pagar quantia certa, os elementos essenciais para a apresentação da conta da execução pelo exequente. Traz, também, a disposição expressa quanto à não aplicabilidade à Fazenda Pública da multa prevista no §1º do art. 537, correspondente ao art. 475-J do código vigente.

Há, ainda, no art. 548, uma expressão que deve mudar o procedimento da execução atual, na forma em que entendemos. O artigo trata de execução de sentença e não de processo de execução. Assim, como alguns doutrinadores já defendiam inclusive para o código vigente, a prevalecer a redação do

<sup>23</sup> MOREIRA, op. cit., p. 270.

<sup>24</sup> THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 254.

<sup>25</sup> CÂMARA, op. cit., p. 360.

projeto na forma em que está, não existirá mais processo autônomo para execução de título judicial, mesmo contra a Fazenda Pública.

Na sequência, o art. 549, determina que a intimação da Fazenda Pública será realizada na pessoa do representante judicial mediante carga, remessa ou por meio eletrônico, para que esta apresente impugnação à execução, elencando, ainda, as matérias passíveis de conhecimento nessa fase.

Com relação à sistemática atual, a Fazenda Pública terá o mesmo prazo atualmente praticado, mas, a partir de então, não será mais citada para opor embargos, mas, sim, intimada para impugnar a execução. Nesse particular, vislumbramos a manutenção do prazo, sem prejuízo para a defesa na mudança do rito processual. Da mesma forma, no tocante às matérias admissíveis na impugnação, não há prejuízo em relação ao elenco hoje vigente para os embargos à execução.

Em seguida, o art. 926, traz o procedimento para a execução fundada em título extrajudicial, resolvendo a atual discussão a respeito dessa possibilidade e mantendo a sistemática atual da execução por processo autônomo, onde se realiza a citação do devedor para que no prazo de trinta dias oponha embargos, onde pode alegar qualquer matéria que se possa deduzir em processo de conhecimento. Nesse caso, esclarece melhor o procedimento, mas em nada altera a sistemática atual.

### 3.2 A defesa da Fazenda Pública no processo de execução

Na disciplina atual, ajuizada a execução contra a Fazenda Pública, está será citada para apresentação de embargos no prazo de 30 (trinta) dias. Observe-se que o prazo difere da regra geral por força da previsão contida no art. 1º-B da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Medida Provisória nº 1.1890-35/2001. Com efeito, cumpre observar que a alteração do prazo processual por meio de Medida Provisória chegou a ter sua constitucionalidade questionada, mas tal questionamento já se encontra superado com o julgamento da ADC nº 11 pelo STF. A esse respeito, registre-se que o prazo para os embargos também não é contado em quádruplo, porquanto tecnicamente não se trata de defesa<sup>26</sup>.

Os embargos opostos pela Fazenda Pública, na previsão do §1º do art. 739, eram sempre recebidos no efeito suspensivo, obstando o andamento da execução até o seu julgamento. Com a alteração dada pela Lei nº 11.382/2006, a aplicação do efeito suspensivo ficou a critério do juiz, na forma do art. 739-A, §1º, *verbis*:

o juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes os seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado

26 MARINONI, et al. 2008. p. 404.

grave dano de difícil e incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

Da disposição transcrita, releva observar que a exigência de garantia da execução não se aplica à Fazenda Pública, porquanto esta não se sujeita a penhora, depósito ou caução.

Além disso, mesmo que se resolva por não aplicar o efeito suspensivo aos embargos, tal medida restaria de todo inviável ou inócua, porquanto o resultado final da execução, qual seja, o pagamento, somente será efetuado mediante expedição de precatório, o qual demanda a certidão de trânsito em julgado, tanto do processo de conhecimento quanto dos embargos, ou seja, mesmo sem o efeito suspensivo, o pagamento somente poderá ser realizado quando não houver mais qualquer discussão sobre o seu valor<sup>27</sup>, ressaltando-se, contudo, a possibilidade de expedição da requisição relativa à parcela incontroversa da execução.

Quanto às matérias que se podem alegar em sede de embargos à execução opostos pela Fazenda Pública, estas se encontram em rol mais reduzido do que o procedimento comum, estando restritas à previsão contida no art. 741 do CPC, que limita aos vícios, defeitos ou questões da própria execução e às causas impeditivas, modificativas ou extintivas da obrigação, desde que supervenientes à sentença ou, ainda, à falta ou nulidade de citação, se o processo correu à revelia, e à coisa julgada inconstitucional.

Observe-se, contudo, que, tratando-se de título executivo extrajudicial, não há essa limitação, pois a execução não é precedida de um processo de conhecimento e, por isso, os embargos têm fundamento no art. 745 do CPC, sendo possível alegar quaisquer matérias, inclusive questões pertinentes à obrigação e à relação jurídica que teria dado origem ao crédito.

No tocante à alegação de excesso de execução, o Código impõe ao embargante que demonstre, de pronto, o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação, por força do disposto no §2º do art. 475-L do CPC.

A sentença que rejeita os embargos à execução opostos pela Fazenda Pública não está sujeita ao reexame necessário, porquanto esta não se encontra na previsão do art. 475, II do CPC, que ampara somente a sentença proferida no processo de conhecimento e a sentença da ação de embargos em execução fiscal, mas, se interposta a apelação, esta será recebida no duplo efeito (devolutivo e suspensivo), ressalvando-se, contudo, a alteração advinda da Lei nº 11.232/2005, que excluiu a obrigatoriedade do efeito suspensivo (art. 520, V, do CPC), mas, da mesma forma que no recebimento dos embargos, restaria inócua a expedição

27 DIDIER Jr. et al., 2012. p 727.

da requisição de pagamento anteriormente ao trânsito em julgado da sentença dos embargos<sup>28</sup>.

Na sequência, anotamos que, correndo a execução por processo autônomo, não há ensejo para a impugnação do art. 475-L do CPC, prevalecendo a regra específica que autoriza à Fazenda Pública apresentar sua manifestação por meio da oposição de embargos.

No projeto do novo código, a atual disciplina dos embargos à execução, contida no art. 740 do CPC, foi praticamente transposta para a impugnação à execução de sentença, prevista no art. 549 do projeto, consolidando o processo sincrético, sem maiores especificidades em relação ao procedimento comum e sem alterações capazes de dificultar a defesa da Fazenda Pública, razão pela qual não se vislumbra, nesse aspecto, qualquer prejuízo à sua defesa judicial.

### 3.3 Execução Provisória

Denomina-se execução definitiva aquela fundada em título executivo extrajudicial ou em sentença transitada em julgado. Já a execução provisória ocorre quando a sentença ainda está pendente de recurso, sem efeito suspensivo (recebido somente no efeito devolutivo). Sobrevindo a reforma da sentença, fica a execução provisória sem efeito, em parte ou na sua totalidade. Caso contrário, ela se torna definitiva<sup>29</sup>.

Em relação à Fazenda Pública, o entendimento do STJ permitia a execução provisória (por quantia certa), mesmo que aplicáveis os arts. 730 e 731 do CPC. Após a Emenda Constitucional nº 30/2000, passou-se a exigir o prévio trânsito em julgado para a expedição da requisição de pagamento o que, a princípio, poderia inviabilizar a execução provisória, entendimento esse que restou confirmado após a Emenda Constitucional nº 62/2009.

Ocorre que as alterações constitucionais acima indicadas passaram a exigir o prévio trânsito em julgado apenas para a expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor, nada impedindo que a execução pudesse tramitar normalmente, mesmo que na pendência de recurso sem efeito suspensivo, até o momento anterior à requisição do pagamento que, esta sim, somente poderia ser efetivada em definitivo.

A execução provisória contra a Fazenda Pública teria, então, apenas a utilidade de antecipar os procedimentos da execução para que, por ocasião do trânsito em julgado, se confirmada a decisão

<sup>28</sup> DIDIER Jr. et al., p. 730.

<sup>29</sup> MOREIRA, op. cit., p. 206.

de fundamentou a cobrança, fosse expedida a requisição no valor já devidamente apurado.

Nesse ponto, observa-se que os processualistas contrários às restrições impostas à execução provisória contra a Fazenda Pública, a exemplo de MARINONI<sup>30</sup>, fundamentam sua crítica na violação do direito fundamental à “tutela jurisdicional efetiva” (art. 5º, XXXV, da CF) e à “duração razoável do processo” (art. 5º, LXXVIII, da CF). Argumenta, ainda, o referido doutrinador, que a regra constitucional contida no art. 100, não exclui a inclusão de outros créditos, mas, tão somente obriga a inclusão daqueles fundados em sentença judicial transitada em julgado e, por isso, defende que “nada obsta a admissão da execução de decisão provisória contra a Fazenda Pública”.

Importante lembrar que a execução da parcela de crédito não embargada, ou seja, da parcela incontroversa, não caracteriza execução provisória, mas verdadeira execução definitiva, ressalvando-se, apenas, a inadequação de se expedir a requisição de pequeno valor a título de parcela incontroversa quando o total da execução demandaria a expedição de precatório, de trâmite mais complexo e demorado, sob pena de se deturpar a parcela em fracionamento de precatórios, expressamente vedada pelo regramento constitucional (art. 100, §4º, CF).

Ressalte-se, ainda, que a execução provisória a ser obstada pela ausência de trânsito em julgado é somente a execução por quantia certa, nada havendo que impeça a execução provisória de obrigações que não se resolvam com a expedição de precatório, como por exemplo, das obrigações de fazer.

No âmbito do código de processo projetado, não há disciplina específica para a execução provisória em face da Fazenda Pública, razão pela qual permanecem válidas as considerações atuais, mormente e por óbvio aquelas contidas no texto Constitucional, que em nada seriam afetadas pela reforma na lei processual.

#### 4 CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto, há de se concluir que o princípio da igualdade é o sustentáculo primeiro das prerrogativas processuais (necessárias) instituídas em favor da Fazenda Pública para que esta, conforme suas especificidades, possa litigar em pé de igualdade com o particular e, assim, atuar em juízo adequadamente defendendo o interesse público.

<sup>30</sup> MARINONI et al., 2008. p. 403.

As reformas a serem instituídas com o Novo Código de Processo Civil, devem ser conduzidas de forma a evitar que a busca pelo valor constitucional da razoável duração do processo não venha a prejudicar valores igualmente caros à sociedade, mormente o patrimônio público e os serviços que o Estado oferece ao cidadão.

No projeto do novo código, entre as prerrogativas e peculiaridades da Fazenda Pública em juízo, ressalta-se a alteração no prazo para a resposta do réu que, reduzido pela metade do que atualmente praticado, pode, em algumas situações, dificultar a ação dos representantes judiciais do órgão público. Quanto aos demais prazos, estes foram mantidos ou até mesmo ampliados no projeto do novo código, razão pela qual não se identifica prejuízo à defesa judicial da Fazenda Pública. Importante alteração se observa, também, na redução dos casos de reexame necessário, principalmente com relação ao valor da causa que enseja o duplo grau de jurisdição obrigatório. Já os ritos específicos, tais como aqueles presentes no processo de execução, em nossa análise obtiveram melhor sistematização, sem alterar as condições para a defesa do interesse público presente na atuação da Fazenda Pública.

No mais, o projeto traz em várias passagens a sistematização e regramento adequados, inclusive para matérias onde há controvérsia doutrinária e jurisprudencial no regime atual, como é o caso da possibilidade do procedimento monitório e da execução de título extrajudicial, em face da Fazenda Pública.

Sendo assim, em análise ao que consta no projeto do Novo Código de Processo Civil, observa-se que o legislativo levou em conta as especificidades da Fazenda Pública e, por isso, manteve, com poucas alterações, aquelas prerrogativas necessárias ao equilíbrio de forças na lide processual.

Permanece, de toda forma, a necessidade de acompanhar a evolução das discussões sobre a reforma na legislação processual a ser efetivada, ressaltando-se que o projeto ainda está em discussão, prestes a ser votado, mas, ainda aberto a alterações e à composição de interesses que podem, em alguma medida, alterar o regramento das prerrogativas aqui discutidas, tanto no código projetado, quanto nos ajustes que certamente seguirão à vigência do novo código.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BEZERRA, Micheline Silveira Forte. A Necessidade dos Prazos Especiais para a Fazenda Pública Atuar em Juízo. In: *Publicações da Escola da AGU: pós-graduação em direito público – UnB. Brasília*, v. 1, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. I, 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. II, 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CARVALHO NETO, Menelick de. Público e Privado na Perspectiva constitucional contemporânea. *Apostila do Curso de Especialização em Direito Público – Universidade de Brasília*, 2013.

CELLA, André Augusto. A Prescrição Após a Lei nº 11.280/06. In: *Revista da AGU – Advocacia-Geral da União*. nº 14, Brasília, Ano VI, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO; Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. São Paulo. 2002.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. 5 v. Salvador. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. III, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ROBERTO, Roberto de Aragão Ribeiro. As prerrogativas processuais da Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil. In: *Revista da AGU – Advocacia-Geral da União*. nº 27, Brasília, Ano IX, 2011.

RODRIGUES, Mário Henrique Cavalcanti Gil. A Evolução da Execução de Sentença no Direito Processual Civil e o Novo Regime Jurídico das Sentenças Após a Reforma Implementada pela Lei nº 11.232/2005. In: *Revista da AGU – Advocacia-Geral da União*. nº 19, Brasília, Ano VIII, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella. *Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo. 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 39. ed. v 1, Rio de Janeiro. Forense. 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*. 34. ed. v 2, Rio de Janeiro. Forense. 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*. 34. ed. v 3. Rio de Janeiro. Forense. 2004.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA Jr., Joel Dias. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim Vieira. Embargos à Execução Interpostos pela Fazenda Pública: Constitucionalidade da Ampliação do Prazo para 30 (trinta) dias – questões práticas. In: *Revista da AGU – Advocacia-Geral da União*. nº 15, Ano VII, Brasília, 2008.



---

**A NATUREZA JURÍDICA DA INTERVENÇÃO  
PROCESSUAL DO CADE NAS DEMANDAS JUDICIAIS  
QUE ENVOLVAM A DEFESA DA CONCORRÊNCIA:  
ANÁLISE CRÍTICA DO ARTIGO 118 DA LEI Nº  
12.529/2011**

---

*Daniel Gustavo Santos Roque  
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A intervenção de terceiros e a legitimidade extraordinária no contexto da coletivização de direitos; 2 A aproximação dos institutos processuais às situações jurídicas de direito material; 3 A defesa da ordem econômica no ordenamento jurídico brasileiro: a compreensão da tutela da concorrência enquanto Direito Fundamental de terceira dimensão; 4 O Poder Judiciário na ambiência democrática: o dever de prestar contas à sociedade; 5 A Teoria Neoinstitucionalista como fundamento teórico da participação dos interessados no processo; 6 A participação dos interessados no processo enquanto garantia de legitimidade da decisão judicial; 7 Uma proposta de interpretação do artigo 118 da Lei nº 12.529/2011; 8 Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva formular proposta de identificação da natureza jurídica da intervenção processual do CADE nas demandas judiciais que objetivem tutelar a concorrência no mercado.

O CADE é costumeiramente intimado a ingressar em processos judiciais que envolvem a discussão sobre questões concorrenciais, mesmo nas situações em que não figura como parte. Nesses casos, ainda não se observa a desejável pacificação jurisprudencial quanto à interpretação da expressão “assistência” constante do então vigente artigo 89 da Lei nº 8.884/94, atualmente reproduzido no artigo 118 da Lei nº 12.529/2011.

Embora o referido dispositivo legal qualifique a intervenção do CADE em juízo como assistência, alguns questionamentos em torno do tema naturalmente trazem desafios ao intérprete. A expressão literal desse texto normativo seria a que mais se ajusta à proteção de um valor fundamental de natureza difusa como é a tutela da concorrência? Seria o CADE assistente do juízo ou de alguma das partes litigantes? A intervenção seria espontânea ou determinada pelo juízo que conduz a tramitação da causa? A atuação da autarquia federal como terceiro interessado dar-se-ia apenas nas causas de natureza coletiva ou também em demandas que veiculam pedidos de indenização entre concorrentes?

A identificação da natureza jurídica da intervenção do CADE propicia a definição, com maior clareza, dos poderes, ônus, deveres e faculdades processuais a serem desempenhadas pela autarquia ao longo do processo.

Nesse contexto, a consolidação do regime de livre concorrência no Brasil, o fortalecimento da atuação do CADE na proteção desse valor fundamental, notadamente a partir da Lei nº 12.529/2011, e o desenvolvimento dogmático da temática relacionada à democratização da participação dos interessados no processo judicial constituem elementos que nortearão a análise da questão.

Com efeito, a identificação da natureza jurídica da intervenção judicial do CADE passa pelo enfoque dado à tutela jurídica da concorrência no país, a fim de se identificar se tal ingresso se dá, de fato, na simples qualidade de assistente, conforme aponta a literal expressão do dispositivo legal, ou se há alguma outra figura processual que mais se assemelhe às atribuições institucionais da autarquia e ao valor fundamental objeto de proteção.

Ademais, a democratização da participação dos interessados no processo constitui um dos pontos centrais do debate. A atuação de terceiros, que não constituem parte autora nem ré do processo civil, constitui fenômeno relativamente novo na dogmática processual civil brasileira. O estudo dessa perspectiva do processo civil, sob o enfoque do princípio democrático, e à luz da teoria neoinstitucionalista do

processo, certamente trará enormes contribuições teóricas para o estudo da natureza da intervenção da autoridade da concorrência (CADE) em processos que discutam a proteção desse valor fundamental.

Em suma, temas como os direitos fundamentais à concorrência e à democratização do processo devem guiar a análise específica a ser efetuada ao longo do trabalho, circunstância hábil a demonstrar a atualidade da questão no pensamento jurídico constitucional e processual pós-contemporâneo.

## 1 A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS E A LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA NO CONTEXTO DA COLETIVIZAÇÃO DE DIREITOS

O termo parte, compreendido como o exercício da titularidade de direitos e obrigações no âmbito do sistema jurídico brasileiro, não encerra um conceito unívoco. Nesse sentido, a doutrina costuma distinguir parte em sentido material de seu significado no âmbito processual.

A parte, em sentido material, corresponde ao titular do direito material deduzido em juízo. Trata-se daquele que se afirma, ou de quem se afirma ser, titular do direito subjetivo reivindicado perante o Poder Judiciário.

Já a parte em sentido processual corresponde aos sujeitos que efetivamente integram a relação jurídica processual. No decorrer da relação processual, as partes exercem diversos direitos, obrigações, ônus, faculdades e pretensões de natureza processual. São, por assim dizer, aqueles que participam da prática dos atos processuais que se desenvolvem no âmbito de um procedimento em contraditório.

A distinção de que ora se está a tratar consiste, inegavelmente, em um dos principais corolários da tese que propugna pela autonomia científica do direito processual. Isso porque, até o advento da obra de Oskar von Bulow, publicada em 1868 e intitulada “A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais”, não se concebia uma noção de parte diversa da titularidade da relação jurídica de direito material, na medida em que a concepção privatista ou civilista do processo civil então vigente propugnava pela compreensão da figura do processo a partir de bases típicas do direito material de natureza privada.

Nesse ponto, ensina Bedaque<sup>1</sup> que:

O direito processual passou a ser estudado cientificamente a partir da polêmica iniciada em 1856, entre Windscheid e Muther, a respeito do direito de ação, bem como da obra de von Bulow (1868). Encerrou-se a fase sincrética, em que o processo era tratado como mero apêndice do direito material, iniciando-se a fase autonomista, marcado pela ideia separatista.

<sup>1</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 19.

Aqui, a grande preocupação dos estudiosos do novo ramo do Direito era determinar seus fundamentos e princípios. A técnica passou a imperar, e era considerada valor quase absoluto, acima até mesmo do próprio direito material, que foi relegado a plano inferior. A observância das regras processuais era mais importante que a solução da questão substancial.

Com efeito, apenas a partir da publicação da referida obra é que tem início a chamada fase científica ou autônoma do direito processual frente ao direito material que lhe é subjacente, momento em que, a partir de uma visão científica do fenômeno processual, o processo passa a ser estudado a partir de objeto e métodos próprios, distintos daqueles usualmente aplicáveis ao direito civil.

O conceito de parte, a partir dessa perspectiva científica do direito processual, acaba por adquirir contornos próprios, distintos daqueles que compõem a relação jurídica de direito material. O autor é parte, em sentido processual, desde o momento em que postula inicialmente em juízo, mediante a propositura de uma demanda. O réu, por sua vez, adquire a qualidade de parte no momento em que é citado para responder à pretensão veiculada pelo autor, independentemente do fato de ser ou não o efetivo responsável pela satisfação da pretensão que contra si é dirigida.

Nesse sentido, o reconhecimento de que a parte processual nem sempre corresponde àquele que se afirma ser o titular do direito material acaba por implicar no reconhecimento de que a relação jurídica de direito processual pode afigurar-se, em certa medida, autônoma e distinta da relação de direito material que lhe é subjacente. O termo parte passa a ser visto, a partir de então, como um elemento do processo, de modo a apresentar, a partir dessa perspectiva, indiscutível sentido processual. O conceito de parte ganha contornos processuais, dissociando-se, em alguns casos, da figura do titular da pretensão de direito material.

Embora essa autonomia não guarde, de fato, caráter absoluto, é importante reconhecer que a parte em sentido processual pode não ser equiparada ao titular do direito subjetivo reivindicado processualmente. Nem sempre a parte em sentido processual, ou seja, quem efetivamente postula em juízo, corresponde ao sujeito que se afirma ser o titular do direito perseguido em juízo. Admite-se, nos casos previstos em lei, que determinado sujeito processual atue em juízo na defesa do direito material afirmado em favor de outrem.

Em regra, a legitimação para a causa<sup>2</sup> é atribuída àquele que se apresenta como o titular da pretensão de direito material postulada em juízo, o que evidencia um dos pontos de conexão entre o direito

---

<sup>2</sup> A legitimidade para a causa (ou *legitimatio ad causam*) integra, ao lado da possibilidade jurídica do pedido e do interesse de agir, as chamadas condições da ação. Trata-se, em outras palavras, dos requisitos necessários ao regular exercício do direito de ação e que, quando estão presentes, viabilizam a apreciação do mérito da pretensão pelo magistrado.

processual e o direito material. Excepcionalmente, entretanto, nos casos em que houver autorização legal, o sistema processual brasileiro admite que a legitimação se dê de forma extraordinária, mediante a substituição do alegado titular do direito material por um terceiro. Este, intitulado legitimado extraordinário, postula em juízo, em nome próprio, na defesa dos interesses daquele de quem se afirma ser o titular do direito material.

Dissocia-se, nesse caso, o plano processual e o plano material da questão, na medida em que a titularidade do direito material diverge daquele que pretende tutelar esse mesmo direito em juízo. Está-se diante, nesse contexto, do instituto da legitimidade extraordinária, também intitulada de substituição processual<sup>3</sup>, prevista no artigo 6º do Código de Processo Civil.

Pode-se facilmente perceber, a partir do exposto, que a legitimação ordinária constitui a regra, ao passo que a extraordinária somente se afigura admitida quando expressamente autorizada por lei, até porque, nesses casos, a sentença proferida e, por via de consequência, eventual coisa julgada dela decorrente têm o efeito de vincular não apenas a parte no processo – o legitimado extraordinário – como também, e principalmente, aquele a quem é imputada a titularidade da pretensão de direito material manifestada perante o juízo.

Nesse contexto, há de se ressaltar que, principalmente a partir de 1985, diversas modificações legislativas alteraram de modo substancial o sistema processual brasileiro, de modo a se poder concluir que atualmente o processo civil não se limita à tutela de direitos de caráter individual. Em um processo que teve significativa importância especialmente a partir da Constituição de 1988, a legitimação extraordinária passou a assumir posição cada vez mais destacada no âmbito da tutela de direitos, notadamente daqueles que ostentam natureza coletiva, tais como a defesa de interesses relacionados à tutela do meio ambiente, dos direitos do consumidor, de um adequado desenvolvimento urbanístico, dentre outros igualmente titularizados por toda a sociedade<sup>4</sup>.

3 Parte da doutrina entende que a substituição processual constitui espécie de legitimação extraordinária que ocorre quando o legitimado processual atua sozinho, em substituição ao titular do direito material discutido em juízo, ao passo que as demais espécies de legitimação extraordinária ocorreriam nos casos em que ambos os legitimados atuam de forma concorrente no processo (BUENO, 2006, p. 50-51). Essa também é a posição adotada por Mazzilli (2013, p. 64) quando distingue substituição processual de representação, tratando-as como espécies de legitimação extraordinária. De todo modo, para os propósitos do presente trabalho, não se pretende observar essa distinção, seja porque a expressão “substituição processual” é mais consagrada pelo uso, seja porque a legitimidade extraordinária pode ser exercida de forma exclusiva ou concorrente, de modo a permitir que se designe as expressões como sinônimas.

4 Podem ser citadas, a título exemplificativo, as seguintes hipóteses de legitimação extraordinária consagradas constitucionalmente: a) a legitimidade das associações para representar seus filiados, judicial ou extrajudicialmente (artigo 5º, inciso XXI, da CF/88); b) a admissibilidade da ação penal privada subsidiária da pública, quando esta não for intentada no prazo legal (artigo 5º, inciso LIX, da CF/88); c) a legitimação dos sindicatos para a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria (artigo 8º, inciso III, da CF/88); d) a legitimidade conferida ao cidadão para defender o interesse coletivo em sede de ação popular (artigo 5º, inciso LXXIII, da CF/88). No plano infraconstitucional, podem ser mencionados: a) a atuação do marido como substituto processual da mulher na defesa dos direitos

Com efeito, a tutela dos direitos coletivos e difusos – direitos de natureza material – estava a exigir o aperfeiçoamento de institutos de direito processual que viabilizassem sua adequada efetivação, sob pena de se prejudicar a defesa judicial de direitos pertencentes a toda a coletividade, na medida em que o sistema anteriormente em vigor estava voltado prevalentemente para a proteção dos direitos subjetivos de cunho individual.

A legitimidade ativa no processo coletivo não se coaduna, de fato, com a concepção social que dele se espera a partir da tutela de direitos que ostentam natureza coletiva, na medida em que essa mudança de paradigma exigiu o reconhecimento da possibilidade de indivíduos ou grupos atuarem na representação de interesses difusos<sup>5</sup>. Não fosse a legitimação extraordinária, não haveria condições efetivas de tutela jurisdicional desses direitos, dotados de dimensão coletiva, com sensíveis obstáculos à reivindicação judicial de relevantes pretensões, em prejuízo da efetivação de sua própria tutela.

Mazzilli<sup>6</sup> realça a importância do instituto da legitimidade extraordinária em sede de ação coletiva ao tecer as seguintes considerações sobre a questão:

Sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupo, não é apenas o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática. Mais do que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual dos lesados à Justiça seja substituído por um acesso coletivo, de modo que a solução obtida no processo coletivo não apenas deve ser apta a evitar decisões contraditórias como, ainda, deve conduzir a uma solução mais eficiente da lide, porque o processo coletivo é exercido em proveito de todo o grupo lesado.

Em suma, por força da legitimação extraordinária, admite-se que um terceiro atue processualmente em defesa daquele a quem, por se afigurar titular da relação jurídica de direito material, caberia atuar em um dos polos da demanda.

Tecidas algumas considerações sobre a legitimidade extraordinária, ou substituição processual, cabe destacar, em prosseguimento, que o sistema processual brasileiro admite, ao lado desse instituto, outras

---

referentes aos bens dotais desta (artigo 289, III, do Código Civil); b) a atuação do denunciado da lide que vem a juízo, chamado pelo denunciante, e passa a agir em defesa do direito deste último (artigos 70, inciso I e 74 do Código de Processo Civil); c) a atuação do gestor de negócios quando age em defesa dos direitos de seu representado (artigo 1331 do Código Civil).

5 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 49-50.

6 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 26. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 50.

hipóteses em que um terceiro, diverso das partes que originariamente integram o processo, pode participar da relação jurídica processual. Com efeito, há casos em que, além das partes originárias, que veiculam pretensões em seu nome na defesa do próprio direito ou do direito de outrem, o sistema processual civil brasileiro também admite a formulação de pretensões por terceiros ou em face destes.

É o caso, por exemplo, da admissibilidade de interposição de recurso por terceiro interessado, das clássicas formas de intervenção de terceiros e, mais recentemente, do ingresso no processo da figura do *amicus curiae*<sup>7</sup>. Admite-se o ingresso no processo daquele que não se apresenta como titular da relação jurídica de direito material deduzida em juízo, tampouco figura como integrante originário da relação jurídica de direito processual<sup>8</sup>.

O terceiro, ao apresentar interesse jurídico ou econômico na causa, ingressa na relação processual originariamente constituída por outras partes, de modo que nela passa a exercer posições jurídicas processuais. Demonstrado o interesse jurídico, e, excepcionalmente, econômico<sup>9</sup>, na causa, tem-se que o ingresso do terceiro em lide pendente objetiva garantir economia processual e coerência às decisões judiciais a serem proferidas<sup>10</sup>.

A economia processual não se refere apenas ao tempo necessário para o desenvolvimento do processo, mas, sobretudo, à redução dos custos nele envolvidos, de modo a se promover ampla otimização da prestação jurisdicional por meio da implementação do menor esforço possível. Nesse ponto, como o terceiro desfruta de uma situação jurídica que se relaciona com aquela que está deduzida em juízo, é possível concluir que a admissão do terceiro no processo “revela aptidão de resolver, desde logo, um outro litígio, conexo com o que já se apresentou para resolução”<sup>11</sup>.

7 Há quem defenda a existência de uma quarta hipótese de admissão do terceiro em juízo, que ocorre nos casos em que há interesse de natureza institucional, como é o caso da previsão legal de atuação da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB em juízo em causa na qual seja parte advogado, nos termos do artigo 49, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94.

8 A adoção do critério dúplice justifica-se na medida em que é possível o ingresso posterior da parte na demanda para a tutela do direito material discutido em juízo, do qual o entrante se afirma titular, como ocorre nas hipóteses do litisconsórcio ulterior e da sucessão processual.

9 Com base no dispositivo legal em referência, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido o interesse econômico da União em intervir nos processos em que se discute a correção monetária dos saldos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, visto que, sob o prisma estritamente econômico, o saldo das contas vinculadas é garantido pelo Governo Federal, em ordem a respaldar o interesse do ente público na lide (BRASIL, 2005).

10 Por outro lado, há certa preocupação em torno da procrastinação que a intervenção de um terceiro pode provocar no andamento de um processo. Daí porque, em algumas situações, o ordenamento jurídico não permite o ingresso de terceiro na lide, de modo a evitar o indesejável prolongamento das demandas, como ocorre na sistemática dos Juizados Especiais Federais (artigo 10 da Lei nº 9.099/95). De modo semelhante, mas por fundamento diverso, a intervenção de terceiros também não é admitida nas demandas que tenham por objeto a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (artigo 7º, “caput”, e artigo 18, ambos da Lei nº 9.868/99), visto que o processo de fiscalização normativa abstrata qualifica-se como processo de caráter objetivo.

11 BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 21.

Em certas ocasiões, o ingresso do terceiro na relação jurídica “antecipa um litígio inevitável que poderia ser ajuizado posteriormente, dependendo do resultado do processo no qual se intervém, compulsória ou voluntariamente”<sup>12</sup>. Disso resulta, portanto, a segunda fundamentação da intervenção de terceiros, relacionada à necessidade de se evitar a prolação de decisões contraditórias, em prestígio à racionalidade e à necessidade de uniformidade da prestação jurisdicional.

Nos casos de intervenção de terceiros, e à semelhança do que ocorre com o instituto da legitimação extraordinária, a sentença proferida deixa de projetar-se tão somente ao demandante e ao demandado no feito, de modo a estender-se também a terceira pessoa que, embora seja estranha à relação jurídica processual originária, possui um vínculo com o objeto litigioso do processo e com a relação jurídica de direito material deduzida em juízo<sup>13</sup>.

Essa incidência de efeitos da decisão proferida sobre outra relação jurídica de direito material, que lhe é conexa, é que legitima, tradicionalmente, a intervenção de um terceiro em processo alheio.

Daí porque se disse que o instituto da intervenção de terceiros tem por objetivo evitar a propositura de demandas posteriores, relacionadas intrinsecamente com a demanda originária, na qual se deu a intervenção, obstando-se, por via de consequência, a prolação de decisões contraditórias a respeito de idênticas ou aproximadas relações jurídicas de direito material. O terceiro, na verdade, ingressa em feito do qual sequer era parte com a finalidade de participar da formação do convencimento do magistrado na prolação de decisão que pode reflexamente lhe atingir, dada a intrínseca relação existente entre a sua situação jurídica e a relação jurídica de direito material discutida em juízo.

## 2 A APROXIMAÇÃO DOS INSTITUTOS PROCESSUAIS ÀS SITUAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO MATERIAL

Os institutos processuais passaram, em recente período, por um processo de revisitação voltado à garantia de adaptabilidade a duas situações dignas de registro.

A primeira diz respeito à adaptação cada vez mais reclamada das formas, institutos e procedimentos às situações jurídicas de direito material, como decorrência da visão instrumentalista do processo. Já a segunda está intimamente relacionada à adaptação do procedimento processual ao movimento de tutela coletiva de direitos, que se desenvolveu,

12 BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

13 Bueno (2006. p. 18) destaca que, além dos terceiros desinteressados, que não devem ser admitidos no processo, existem os que também são titulares dos mesmos bens da vida que já estão postos em juízo. Em prosseguimento, assevera que, ao lado desses dois extremos, existem outros terceiros que, de uma forma mais ou menos intensa, sentirão, em suas próprias relações jurídicas materiais, efeitos decorrentes daquela que foi deduzida em juízo.

sobretudo, a partir da visão social democrática que tanto caracteriza o texto constitucional de 1988.

Passando ao primeiro ponto, vale registrar que a figura da intervenção de terceiros, por exemplo, apresenta uma estrita relação com o direito material discutido em juízo. Como mencionado anteriormente, associado ao interesse jurídico ou, excepcionalmente, econômico, é o vínculo entre as relações jurídicas que permite o ingresso do terceiro em causa estabelecida anteriormente entre partes diversas.

A reaproximação entre o aludido instituto do direito processual com o direito material discutido em juízo foi afirmada com muita propriedade por Bedaque<sup>14</sup>:

Da mesma forma que para ter legitimidade o sujeito ativo ou passivo precisa integrar a relação substancial afirmada na inicial, a pluralidade de partes depende diretamente da situação legitimante, isto é, da situação de direito material. É no plano da relação jurídica substancial que se verifica se a pluralidade de partes pode ou deve ocorrer; também é o direito material que determina qual a espécie de pluralidade (litisconsórcio e as cinco formas de intervenção de terceiros: assistência, oposição, nomeação à autoria, denúncia da lide e chamamento ao processo).

Pode-se perceber, dessa forma, que, à semelhança do que se afirmou a respeito da figura da parte no processo civil, o instituto da intervenção de terceiros tem passado por uma fase de reaproximação com os institutos do direito material que são discutidos em juízo.

A natureza do direito material tutelado em juízo passou, no período pós-contemporâneo de evolução da dogmática processual civil, a influenciar sensivelmente a posição jurídica processual exercida, ao longo da relação jurídica processual, pela parte correspondente.

Disso resulta que o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento jurisdicional e os meios executórios devem guardar adequação com as peculiaridades da situação de direito material<sup>15</sup>, circunstância que também deve estender-se à natureza e forma da intervenção de um terceiro no processo civil.

É nesse contexto de adaptação de procedimentos a novas realidades de direito material ou necessidades surgidas com o desenvolvimento da sociedade contemporânea que devem ser estudados os institutos processuais.

No âmbito do estudo das partes no processo, por exemplo, registre-se a tendência doutrinária italiana de reconhecer legitimidade

14 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006a. p. 108.

15 DIDIER JUNIOR, Fredie. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006a. p. 51.

ordinária às formações sociais para impulsionar a máquina judiciária em atenção aos seus objetivos institucionais<sup>16</sup>.

Ou ainda o posicionamento, com base no direito alemão<sup>17</sup>, de que as hipóteses de legitimação ordinária e extraordinária afiguram-se insuficientes para a tutela dos interesses cada vez mais complexos que compõem a estrutura social. A partir da necessidade de intensificação da tutela dos direitos metaindividuais, chamou-se a atenção para a instituição da figura da “legitimação autônoma para a condução do processo”, que, ostentando caráter exclusivamente processual, autônomo e objetivo, diferiria da legitimação extraordinária tradicional por envolver a tutela de interesses de titularidade indeterminada, como ocorre no caso da atuação do Ministério Público quando, em alegada tutela dos interesses de toda a coletividade, propõe ação civil pública com vistas à defesa de direito qualificado como difuso.

No que diz respeito ao segundo ponto da reflexão, o processo da coletivização de direitos trouxe, de fato, um novo olhar sobre os institutos típicos do direito processual, os quais foram revisitados com o fim de se garantir a necessária adaptação a essa nova realidade de direitos fundamentais metaindividuais advindas do constitucionalismo contemporâneo.

Os paradigmas do direito processual civil clássico, marcados por ideologia manifestamente liberal, sempre estiveram voltados à resolução de conflitos individuais, sem a previsão de institutos processuais afinados com a tutela de direitos transindividuais. A compreensão da tutela de direitos pertencentes a um conjunto indeterminado de pessoas necessariamente produz mudanças significativas na compreensão que usualmente se teve de institutos clássicos do processo civil, ocasionando importantes repercussões, inclusive, no plano da legitimação da decisão estatal<sup>18</sup>.

16 TROCKER, Nicolò. *Processo e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 218.

17 No direito alemão, o instituto é conhecido como “Selbständige Prozeßführungsbefugnis”, entre nós intitulado de “legitimação autônoma para a condução do processo”, segundo o qual a dicotomia clássica entre legitimação ordinária e extraordinária somente seria aplicada às demandas de caráter individual, na medida em que, no processo coletivo, não se pode falar em defesa de direito alheio em nome próprio por não se lograr identificar com precisão quem é o titular do direito. De acordo com esse posicionamento, a legitimidade não seria extraordinária, mas sim autônoma, visto que coube à lei eleger alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não tinham condições de fazê-lo individualmente (NERY JUNIOR; NERY, 2003. p. 1885).

18 A título exemplificativo, importa destacar a aplicação diferenciada do instituto da intervenção de terceiros nos processos que envolvam a tutela de direitos individuais homogêneos. Nesses casos, o artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor, ao dispor sobre o tema, estatui que “proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo da ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”. Percebe-se, dessa forma, que o sistema de defesa dos direitos individuais homogêneos permite, excepcionalmente, e tendo sempre em vista a natureza do direito tutelado, a intervenção individual na ação coletiva quando solicitada de forma tempestiva pelo interessado, procedimento que se distingue, inclusive, daquele conferido por lei às causas que objetivam a tutela de direitos coletivos e difusos. Vale ressaltar que a sistemática distingue-se, inclusive, daquela conferida por lei às causas que versam sobre a tutela de direitos coletivos e difusos, nas quais se impediu a intervenção do particular na ação coletiva, vedando-se, por via de consequência, a formação da coisa julgada nos casos de improcedência por insuficiência de provas.

Feitas essas considerações, registre-se que o exame do tema proposto para debate no presente trabalho também não pode deixar de observar a presença das duas realidades aqui retratadas.

Com efeito, a identificação da natureza jurídica da intervenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em processos que discorram sobre a tutela da concorrência não prescinde do exame tanto da natureza do direito material tutelado pela mencionada autarquia federal quanto das implicações que o processo de coletivização de direitos impõe à interpretação dos institutos processuais clássicos que lhe são correspondentes.

Nesse caminhar de ideias, diante da estreita relação entre institutos de direito processual e situações jurídicas de direito material evidenciadas em juízo, é possível concluir que apenas mediante o exame da natureza jurídica do direito tutelado pela mencionada autarquia federal é que se pode identificar com maior clareza a natureza jurídica de sua intervenção, como um terceiro, nas demandas de natureza coletiva que envolvam a proteção da ordem econômica.

### **3 A DEFESA DA ORDEM ECONÔMICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A COMPREENSÃO DA TUTELA DA CONCORRÊNCIA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL DE TERCEIRA DIMENSÃO**

Os princípios que regem a ordem econômica assumem importância fundamental para a correta compreensão da defesa da concorrência como um valor fonte que, além de ostentar inegável dignidade constitucional, também atua como um mandado de otimização, em ordem a merecer desenvolvimento legislativo e instituições suficientemente estruturadas para a sua adequada proteção.

Ao tratar da ordem econômica, o artigo 170 do texto constitucional de 1988 acabou por garantir o livre desenvolvimento do sistema de mercado, ao consagrar em seu texto os princípios da propriedade privada, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer atividade econômica.

Por outro lado, e como todo e qualquer direito, tais princípios não ostentam caráter absoluto, mas possuem uma dimensão relativa de peso ou de importância, de modo que devem ser ponderados, no caso concreto, com os princípios da soberania nacional, da função social da propriedade, da defesa do consumidor e do meio ambiente, bem como da redução das desigualdades regionais e sociais.

Nesse ponto, vale ressaltar que, na qualidade de princípios, os valores acima enunciados devem ser submetidos à lógica da ponderação, de modo que, com base no juízo de proporcionalidade e de razoabilidade elaborados pelo intérprete, se possa chegar à solução mais adequada ao atendimento dos fins da norma.

No que se refere à proteção da ordem econômica, a atenta leitura do texto constitucional permite concluir que o constituinte de 1988 fez clara opção pela consagração de um modelo capitalista fundado na valorização do trabalho e na busca pelo pleno emprego<sup>19</sup>, de modo que os excessos do capitalismo e da busca pelo lucro não ocorra em prejuízo à dignidade da pessoa humana, o qual, por sua vez, se apresenta como o princípio vetor de todo ordenamento jurídico.

A livre concorrência, embora inegavelmente ostente a natureza de um valor normativo consagrado pelo texto constitucional, não resulta naturalmente das forças do mercado, carecendo, assim, de certa intervenção estatal para sua garantia e efetiva concretização.

Trata-se, assim, de um valor que deve ser objeto de contínua proteção estatal, seja por meio do adequado desenvolvimento normativo do referido princípio, seja através da consagração de instituições do aparato estatal voltadas à atribuição de defender a concorrência entre os agentes econômicos.

É importante registrar que a concorrência está voltada à proteção do livre mercado, uma vez que não resulta de um processo natural de ajuste entre agentes econômicos.

Partindo dessa premissa, costuma-se acertadamente afirmar a existência de certo compromisso entre a proteção ao mercado e o intervencionismo estatal. Quanto ao tema, vale ressaltar o magistério doutrinário de SANTIAGO<sup>20</sup>, para quem, em concordância com a postura de Eros Roberto Grau, o mercado atua como mecanismo de coordenação do processo econômico:

[...] o mercado subsiste, preservado, como um mecanismo de coordenação do processo econômico, pois é justamente no clima de mercado que se encontram as condições mais propícias de dinamização dos dois valores juridicamente protegidos fundamentais do capitalismo: propriedade privada dos bens

19 A evolução histórica da proteção à concorrência no Brasil pode ser bem evidenciada a partir da leitura do seguinte trecho doutrinário: "A partir da Constituição de 1934, surgiram os primeiros rudimentos da política antitruste no Brasil, sob a influência de uma nova concepção de Estado de Bem-Estar Social. Foi pela Constituição de 1946, contudo, em seu artigo 1488, que se criou base para a promulgação de uma lei antitruste, sendo instituído o princípio da repressão aos abusos do poder econômico. A Constituição Federal de 1946 dispôs que a lei reprimiria toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, que tivessem por finalidade dominar o mercado e eliminar a concorrência, aumentando, arbitrariamente os lucros (Artigo 48). Em continuidade, foi editada, em 10 de setembro de 1962, a Lei 4.137, que conceituou as formas de abuso, atribuindo, para tanto, a competência ao Cade, regulamentando seu procedimento administrativo e o processo judicial. Atualmente, desde o advento da Constituição Federal de 1988, houve previsão, em capítulo próprio, dos princípios da atividade econômica, consoante artigo 170. Verifica-se, assim, evidente conteúdo de predominância neoliberal, vez que exalta a livre iniciativa e a propriedade privada. De acordo com Ramim (2005, p. 31), o artigo supracitado determina que a economia brasileira deve organizar-se segundo regras do livre mercado, respeitando-se a liberdade de iniciativa econômica. Diz ainda que, dentro de uma ordem capitalista do século 20, a norma constitucional busca conciliar valores antagônicos, apoiando a organização da economia brasileira tanto no capital como no trabalho, assumindo caráter normativo e conformador da realidade socioeconômica subjacente, planejando transformá-la a partir de políticas públicas." (STOLZ, SCREMIN; DAUDT, 2006. p. 136-137).

20 SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da Concorrência*. Salvador: Juspoivm, 2008. p. 25.

de produção e liberdade de iniciativa econômica. Por isso mesmo é que afirmo a existência de um certo comprometimento entre intervencionismo econômico e mercado, eis que aquele está voltado à preservação deste. Desde tal visão, o mercado nutre-se do intervencionismo.

Enquanto bem de proteção jurídica, é importante registrar que o mercado configura uma instituição social e jurídica que não pode se desenvolver a partir de suas próprias leis, sem qualquer regulação, sob pena de se legitimar que a busca incessante pelo maior lucro possível acabe por minar a manutenção de um saudável ambiente concorrencial entre os agentes econômicos que nele atuam, em prejuízo à defesa do consumidor, do meio ambiente e, em última análise, da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Figueiredo<sup>21</sup> destaca, a respeito do tema, que:

Concorrência é a ação competitiva desenvolvida por agentes que atuam no mercado de forma livre e racional. Isto é, trata-se da disputa saudável por parcela de mercado entre agentes que participam de uma mesma etapa em ciclo econômico (produção <-> circulação <-> consumo). Assim, deve o Estado intervir de forma a garantir que a competição entre os concorrentes de um mesmo mercado ocorra de forma justa e sem abusos (monopólio, oligopólio, truste, cartel, etc.), garantindo-se, assim, o equilíbrio entre a oferta e a procura, bem como a defesa da eficiência econômica.

Cuida-se, assim, da proteção conferida pelo Estado ao devido processo competitivo em sua Ordem Econômica, a fim de garantir que toda e qualquer pessoa que esteja em condições de participar do ciclo econômico de determinado nicho de nossa economia dele possa, livremente, entrar, permanecer e sair, sem qualquer interferência estranha oriunda de terceiros.

Em continuação, prossegue o autor:

[...] depreende-se que a regra é a liberdade de exercício da atividade econômica, como corolário da livre-iniciativa, na qual o Estado não deve interferir na manifestação volitiva de seus cidadãos para tanto. Todavia, isso não significa que o Estado, nos casos em que se evidencie interesses da coletividade, não possa regular a atividade econômica, impondo requisitos para seu exercício racional, atuando, inclusive, com poder de polícia administrativa para fazer valer e efetivar suas medidas, devendo tal dispositivo ser interpretado de forma sistemática com os demais preceitos constitucionais de direito econômico<sup>22</sup>.

Dignas de nota também são as conclusões tecidas por GRAU<sup>23</sup> no que se refere ao papel do ordenamento jurídico como mecanismo de regulação das relações econômicas travadas no mercado:

21 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 63.

22 *Ibidem*, p. 70-71.

23 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 31.

- (i) A sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o Direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhes são próprias;
- (ii) Essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma de Direito Positivo, Direito posto pelo Estado;
- (iii) Este Direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos

Não se quer com isso – e nem esse é o propósito do presente trabalho – defender o intervencionismo desmesurado do Estado como solução para as naturais imperfeições e desníveis de poder econômico existentes no mercado. Ao contrário, a Constituição da República garante, conforme já mencionado, a livre iniciativa como um valor fonte a ser observado pela ordem jurídica brasileira.

O que se quer afirmar é justamente a necessidade de, em certos casos, o aparelho estatal intervir com vistas a garantir a efetiva implementação das condições adequadas de concorrência dentro do mercado. Nesse ponto, cabe ao CADE, no plano administrativo, atuar como ente estatal incumbido da tutela e preservação do direito constitucional ao ambiente concorrencial equilibrado.

Assim, a livre atuação dos agentes de mercado pode ser restringida pela atuação estatal, na medida em que o Estado pode utilizar-se de normas jurídicas, da instituição de monopólios e do estabelecimento de direitos de propriedade industrial como elementos voltados à proteção de bens jurídicos pertencentes à toda a coletividade, como é o caso da proteção ao sadio ambiente concorrencial no mercado.

Ao discorrer sobre a defesa da ordem jurídica contra o abuso do poder econômico que prejudique a livre concorrência, o constituinte acabou por consagrar a necessidade de formulação de um microssistema legal e institucional voltado para a defesa da concorrência enquanto um valor fonte do ordenamento jurídico.

Esse microssistema, intitulado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, tem como principal ator o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, autarquia responsável a tutelar, em última instância no plano administrativo, o ambiente concorrencial marcado pela adequada competição entre os agentes econômicos que atuam no mercado.

Nesse contexto, não há dúvidas de que o princípio da livre concorrência destina-se a garantir a proteção à economia de mercado.

Ao tratar da proteção à livre concorrência, GRAU<sup>24</sup>, com inegável propriedade, afirma que:

A livre concorrência é pela Constituição de 1988 erigida à condição de princípio. Como tal contemplada no art. 170, IV, compõe-se, ao lado de outros, no grupo do que tem sido referido como ‘princípios da ordem econômica’. Trata-se, como já anotei, de princípio constitucional impositivo (Canotilho). A afirmação principiológica da livre concorrência no texto constitucional é instigante.

De uma banda porque a concorrência livre – não liberdade de concorrência, note-se – somente poderia ter lugar em condições de mercado nas quais não se manifestasse o fenômeno do poder econômico. Este, no entanto – o poder econômico – é não apenas um elemento da realidade, porém um dado constitucionalmente institucionalizado, no mesmo texto que consagra o princípio. O § 4º do art. 173 refere ‘abuso do poder econômico’. Vale dizer: a Constituição de 1988 o reconhece. Não que não devesse fazê-lo, mesmo porque a circunstância de não o ter reconhecido não o condão de bani-lo da realidade. Apenas, no entanto, tendo-o reconhecido, soa estranha a consagração principiológica da livre concorrência. Para que tal não corresse, em presença da consagração do princípio, haveria o mencionado §4º de dispor: ‘A lei reprimirá os abusos decorrentes do exercício da atividade econômica...’. O que, não obstante – repito – seria inteiramente em vão: nem por isso o poder econômico deixaria de se manifestar no mundo real – mundo do ser – a braçadas.

Em seguida, o renomado autor explica a proteção constitucional à livre concorrência no contexto da organização do mercado:

Deveras, não há oposição entre o princípio da livre concorrência e aquele que se oculta sob a norma do §4º do art. 173 do texto constitucional, princípio latente, que se expressa como princípio da repressão aos abusos do poder econômico e, em verdade – porque dele é fragmento – compõe-se no primeiro. É que o poder econômico é a regra e não a exceção. Frustra-se, assim, a suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente, em função do consumidor. A ordem privada, que o conforma, é determinada por manifestações que se imaginava fossem patológicas, convertidas, porém, na dinâmica de sua realidade, em um elemento próprio a sua constituição natural<sup>25</sup>.

A defesa da livre concorrência envolve inegável proteção de caráter constitucional. Como consectário dessa afirmação, pode-se afirmar que compete ao CADE agir na salvaguarda do interesse público e, em última análise, na proteção da dignidade da pessoa humana.

<sup>24</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 205-206.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 206.

É o que resulta das considerações oriundas de Forgioni<sup>26</sup>:

O texto da Constituição de 1988 não deixa dúvidas quanto ao fato de a concorrência ser, entre nós, meio, instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja, 'assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social'. José Alexandre Tavares Guerreiro, mesmo antes do advento da Constituição de 1988, já via a proteção da concorrência como serviçal de um bem maior, o interesse coletivo, a ordem pública.

[...]

O caráter instrumental da concorrência permanece na atual Constituição, que manda reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art. 173, §4º), em atenção ao princípio da livre concorrência (art. 170, V). Essa proteção, entretanto, vai inserta no fim geral e maior, em obediência ao caput do art. 170 e ao art. 3º.

Como já escrevemos em conjunto com Eros Roberto Grau, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência são instrumentais da promoção da dignidade humana. A Constituição do Brasil, em seu todo, persegue objetivos mais amplos e maiores do que, singelamente, o do livre mercado.

A livre concorrência e a livre iniciativa constituem princípios que, dotados de caráter constitucional, assumem a condição de direitos fundamentais de terceira dimensão, na medida em que se objetiva, com a sua proteção, tutelar interesses pertencentes à coletividade.

A respeito do interesse coletivo associado à proteção da concorrência, vale destacar o seguinte posicionamento de Figueiredo<sup>27</sup>:

Observe-se que a defesa da concorrência é tema afeto não só à economia nacional, mas matéria de interesse coletivo, afeta a toda a sociedade. Isso porque a manutenção salutar da ordem econômica e, conseqüentemente, do próprio Estado, dentro das políticas estabelecidas pelo Poder Público, está intimamente relacionada à garantia de competição harmônica dos agentes econômicos que nele atuam.

Por conseguinte, entende-se toda a ação de disputa saudável por espaço em determinado mercado relevante realizada entre agentes competidores entre si. É competição pela preferência dos consumidores, realizada entre fornecedores ou produtores de bens iguais ou semelhantes. Trata-se, assim, do esforço empreendido pelo Estado na defesa da eficiência de seu mercado interno e de sua Ordem Econômica. Isto é, a garantia que o Poder Público assegura a seus agentes privados que melhor operem no mercado, no sentido de dar ao consumidor final acesso a bens, produtos

26 FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 186.

27 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 214-215.

e serviços qualitativamente diferenciados, por preços quantitativamente mais em conta. Com o fomento da competição, aumentando-se naturalmente o número de agentes privados concorrentes entre si, o Estado promove a pulverização do poderio econômico entre os mesmos, de forma que nenhum consiga impor sua vontade sobre os demais, tampouco sobre o Poder Público. Evita-se, assim, desequilíbrio que possam conduzir a estruturas monopolizadas ou oligopolizadas, bem como a captura de interesses.

A defesa da concorrência, dentro de um contexto político-social, não é um fim em si mesmo, mas um meio pelo qual se busca criar uma economia eficiente, por meio do estabelecimento de políticas públicas e de um ordenamento jurídico específico para tanto. Em um sistema econômico eficiente, os cidadãos dispõem da maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis e, conseqüentemente, os indivíduos desfrutam de um nível máximo de bem-estar econômico. O objetivo final da defesa da concorrência, portanto, é tornar máximo o devido processo competitivo e, por corolário, o nível de bem-estar econômico da sociedade. Economias competitivas são, também, uma condição necessária para o desenvolvimento econômico sustentável de uma Nação a longo prazo [...].

Ainda a respeito do tema, são dignas de nota as seguintes lições de Ferraz Junior<sup>28</sup>:

O princípio da concorrência significa, prima facie, que a potencialidade deve ser aberta, em sentido normativo, a todos. Em si, o mercado é cego em face dos indivíduos, sendo, ao revés, um instrumento a serviço da coletividade. Por meio do mercado a sociedade impõe uma ordem à livre iniciativa. Por meio do mercado a sociedade impõe uma ordem à livre iniciativa. O princípio da concorrência, por seu lado, garante, em nome da coletividade, o exercício da livre iniciativa a qual exige, como qualquer direito fundamental, o estabelecimento de seus limites.

As fusões, aquisições e incorporações atuam como instrumentos voltados à organização do mercado, podendo gerar efeitos positivos ou negativos sobre o bem-estar da coletividade. Caso criem sinergias e economias de escala, associadas à redução de custos e preços dos bens e serviços em favor do consumidor, conclui-se que o negócio jurídico gera efeitos positivos para a concorrência. É possível, entretanto, que as restrições à concorrência surgidas a partir do negócio entabulado sejam maiores do que os benefícios gerados pelo ajuste, na medida em que os processos de associação entre empresas podem ocasionar a formação de posições dominantes no mercado, circunstância que se afigura

28 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Concorrência como tema constitucional: política de Estado e de governo e o Estado como agente normativo e regulador*. Revista do Ibrac. São Paulo, v. 16, p. 169-186, 2009. p. 74.

potencialmente hábil a ensejar a criação de indesejáveis condições para o exercício abusivo do poder de mercado pelas empresas que participaram do processo de integração.

Vê-se, dessa forma, que a tutela da concorrência está indissociavelmente relacionada com a proteção de um interesse coletivo. Dotado de direito constitucional de natureza fundamental, eis que relacionado à proteção à ordem econômica, a tutela da livre concorrência garante que os benefícios de uma economia de mercado sejam estendidos a toda a coletividade. Pode-se concluir que se está a tratar, de fato, de um direito fundamental de natureza difusa que objetiva proteger a sociedade de situações que possam configurar abuso do poder econômico com vistas ao exercício do domínio de mercado.

O CADE tem a missão de tutelar, no regular exercício de suas atribuições institucionais, a concorrência enquanto direito fundamental de terceira dimensão que, ostentando natureza difusa, está voltado à proteção de toda a coletividade.

Essa peculiaridade de proteção ao bem-estar social – atinente à atuação institucional do CADE – deve nortear o exame da natureza jurídica da intervenção da mencionada autarquia federal nas ações judiciais em que não figure originalmente como parte, quando objetivem discutir a proteção à concorrência.

#### **4 O PODER JUDICIÁRIO NA AMBIÊNCIA DEMOCRÁTICA: O DEVER DE PRESTAR CONTAS À SOCIEDADE**

A democracia é usualmente compreendida apenas em sua perspectiva formal, voltada para o direito de expressão da vontade da maioria na instituição de representantes eleitos. Trabalha-se, nesse plano, com a perspectiva de um governo democraticamente instituído pelo povo.

Ocorre que a democracia não se esgota na representatividade política dos interesses públicos por cidadãos legitimamente eleitos pela comunidade social. Embora a eleição, indubitavelmente, represente, desde o advento do Estado Moderno, importante vertente formal da aplicação da democracia, é certo que o princípio democrático encerra sentidos, formas e projetos distintos no corpo social.

Diante disso, pode-se construir uma acepção de democracia que, em uma perspectiva material, remeta o intérprete à ideia de respeito aos direitos das minorias e à efetiva e concreta participação na formação das decisões de poder proferidas pelo Estado.

Em um primeiro plano, cumpre tratar da perspectiva democrática de respeito às diferenças, ou seja, de respeito às individualidades e opções que cada indivíduo pode adotar em um contexto social marcado pelo pluralismo. A democracia envolve, nessa perspectiva, os conceitos

de diversidade e de tolerância. A aceitação das diferenças, incluindo o reconhecimento de direitos aos grupos minoritários, é característica essencial de um Estado Democrático<sup>29</sup>.

A segunda vertente, de natureza complementar à primeira, há de ser compreendida com mais vagar, dada a íntima relação com os propósitos do presente trabalho.

Nesse último plano, é importante registrar que a democracia também reclama o reconhecimento do direito à efetiva, direta e concreta participação nas decisões de poder pelos indivíduos, manifestada pelo pleno exercício da cidadania e por mecanismos de inclusão social e política.

Para Habermas<sup>30</sup>, o princípio democrático:

[...] destina-se a amarrar procedimentos de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente [...]. O princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais precisamente a possibilidade de todas as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis.

Com base na teoria do agir comunicativo, o filósofo Habermas parte do discurso e da linguagem para propor a aplicação de uma democracia deliberativa, que se estrutura a partir de uma realidade discursiva que supera a radical divisão estrutural existente na sociedade entre dominantes e dominados e atua como um mecanismo voltado à legitimidade material da atuação estatal.

Propõe-se, a partir disso, a estruturação de uma democracia deliberativa, que prestigie a deliberação no processo de tomada de decisão a partir da teoria do discurso, da institucionalização de procedimentos e das condições de comunicação com as opiniões públicas informalmente constituídas<sup>31</sup>.

Assim, pode-se, com Habermas, pensar no Direito como sendo um instrumento necessário da experiência social, mas, sobretudo, imprescindível para a vivência governada pela razão, enquanto razão comunicativa, em

29 Disso resulta que o direito contemporâneo passou a tratar de diversos microsistemas normativos voltados à proteção de minorias, seja em função da idade, raça, sexo, ou mesmo de alguma condição de hipossuficiência detida por determinados grupos sociais e identificada como relevante no meio social.

30 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de F. B. Siebeneichler. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 145.

31 *Ibidem*, p. 21.

lugar da irracionalidade e do atomismo sociais. É assim que o Direito se anela à ideia de ser uma prática social de deliberação, compartilhamento e estabelecimento de referenciais do agir comum; é, certamente, linguagem, codificada ao nível normativo, comprometida com salvaguarda da liberdade, o que só é possível por meio do exercício de escolhas entre valores diversos, para que comportamentos se tornem socialmente vinculativos, consentindo-se a sobrevivência da coesão social e o crescimento das perspectivas de alcance da justiça na vida compartilhada por uma comunidade linguística<sup>32</sup>.

Essa perspectiva de legitimidade material da decisão política estatal decorre da aproximação das instâncias de poder estatal com os valores compartilhados por aqueles que efetivamente são seus titulares e, por via de consequência, com a aceitação racional de uma ordem jurídica que guarde consonância com os ideais de justiça, ética e moral predominantes no corpo social.

O título alemão [...] remete diretamente à dupla natureza do direito moderno: sua facticidade e sua validade, isto é, de uma parte um constrangimento factual imposto pela aplicação, pelo Estado, do direito e pela ameaça de sanções, constrangimento que implica a legalidade dos comportamentos; de outra parte, uma obediência às normas motivada pela validade legítima delas, isto é, com base em pretensões à validade normativa intersubjetivamente reconhecidas. A factualidade e a validade não formam um 'amalgama indissolúvel', como no caso das certezas do mundo vivo ou das instituições arcaicas ou tradicionais que se subtraem a toda discussão e para as quais o factual possui a força do sagrado e do inquestionável. A factualidade própria à materialidade mesma do aparelho judiciário e dos mecanismos de sanções e própria ao monopólio da forma detida pelo Estado está ligada à legitimidade de procedimentos e de legislação que pretendem a racionalidade, na medida em que garantem a liberdade e a autonomia dos cidadãos.

A democracia moderna apoia-se, assim, neste duplo espectro da validade jurídica: a aceitação da ordem jurídica e a aceitabilidade racional dessa ordem<sup>33</sup>.

Nesse contexto, o princípio da democracia evolui para assumir função primordial no processo de legitimação do poder, em prestígio aos mecanismos diretos de participação popular, ao invés da simples participação indireta do povo em um formal processo eleitoral.

Essa definição acaba por conduzir a sociedade à necessidade de aperfeiçoamento dos canais diretos de participação social nas decisões políticas, em um processo de constante incremento da democracia deliberativa na pós-contemporaneidade.

32 BITTAR, Eduardo C. B., ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10 ed. revista e atualizado. São Paulo: Atlas, 2012. p. 522.

33 DUPEYRIX, Alexandre. *Compreender Habermas*. São Paulo: Loyola, 2012. p. 141-142.

De fato, a democracia não pode ser utilizada, de forma ideológica, apenas como norma simbólica que se esgote no exercício periódico do direito de voto. A representatividade democrática passa atualmente por um processo de crise. Dogma do constitucionalismo liberal, a delegação autorizou o representante eleito a agir como bem entendesse, dispensando-o de prestar contas à sociedade por ser o fiel detentor dos interesses da maioria que o escolheu<sup>34</sup> e, por isso, não logrou cumprir a finalidade de garantir a correspondência entre a atuação estatal e a vontade popular.

A democracia simplesmente formal e a representatividade indireta, oriunda do exercício do voto, acabou por revelar-se insuficiente para a caracterização de um Estado como efetivamente democrático. Na verdade, a evolução do tema tem indicado que a efetiva democracia não pode dispensar a criação de mecanismos ou de canais procedimentais que viabilizem o exercício da participação popular direta no processo de tomada de decisão política e administrativa.

Esse processo de crise de representatividade está a reclamar o aperfeiçoamento dos mecanismos de participação direta dos cidadãos na vida do Estado em todas as esferas do poder estatal, inclusive no âmbito do Poder Judiciário. Ao considerar a democracia como elemento qualificador do Estado Brasileiro, o legislador constituinte não fez qualquer distinção entre os poderes constituídos quanto à incidência concreta e efetiva desse preceito. Quer-se com isso dizer que os pressupostos atinentes à legitimação democrática do poder estatal aplicam-se não apenas aos Poderes Legislativo e Executivo como também ao Poder Judiciário.

É justamente a partir dessas premissas que se tem propugnado, em período mais recente, o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle democrático dos atos praticados pelo Poder Judiciário pela sociedade. Os membros do Poder Judiciário, embora, no Brasil, não sejam eleitos pela população, indubitavelmente exercem parcela do poder estatal, razão pela qual se faz necessário o aperfeiçoamento de instrumentos voltados ao controle da atuação estatal pela população que custeia e, ao mesmo tempo, é destinatária da prestação do serviço jurisdicional.

Da aplicação do princípio democrático à atuação do Poder Judiciário resultam duas vertentes fundamentais.

A primeira está intimamente relacionada à garantia de transparência de sua atuação, seja no plano administrativo<sup>35</sup>, que também

34 O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? In: *Novos Estudos - CEBRAP*, São Paulo, n. 31, 1991. p. 31.

35 No âmbito de sua atuação administrativa, a sujeição do Poder Judiciário às regras de transparência em sua atuação assemelham-se, em muito, àquelas aplicáveis aos demais poderes da República. A título exemplificativo, vale ressaltar que o Poder Judiciário tem suas contas sujeitas a controle interno e externo; submete-se às regras de admissão de pessoal por concurso público; sujeita-se às regras próprias da contratação pública por licitação e deve dar a necessária publicidade às decisões adotadas, as quais, além de motivadas, devem guardar consonância com o interesse público e são passíveis, inclusive, de controle jurisdicional. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, os mecanismos de

é exercido pelo Poder Judiciário, seja no âmbito do exercício da atividade jurisdicional propriamente dita<sup>36</sup>.

A previsão de novos direitos e garantias constitucionais pelo texto constitucional de 1988 permitiu, ao lado das garantias ofertadas à magistratura, a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário, que, preenchendo um vazio institucional deixado pelos demais Poderes da República, passou a desempenhar nítido papel político sobre temas mais variados, que incluem a definição de certos limites ao exercício das políticas governamentais por quem detém a representatividade decorrente do voto popular.

Embora não sejam eleitos pelo povo, não há dúvidas de que, em um ambiente democrático, o exercício do poder também se dá de forma representativa, razão pela qual deve também o Poder Judiciário prestar contas de sua atuação à sociedade.

Sem embargo de representar um poder político, o Judiciário tem características bem diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para ser desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis.

É certo, contudo, que o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. Embora tal assertiva não se afaste do conhecimento convencional, a verdade é que a percepção concreta desse fenômeno é relativamente recente. O distanciamento em relação à sociedade, à opinião pública e aos meios de comunicação fazia parte da tradição de isenção e de autopreservação do Judiciário. Embora a intenção fosse a da reserva e da virtude, a consequência foi uma disseminada incompreensão acerca do papel e da importância das instituições judiciais<sup>37</sup>.

A publicidade da decisão constitui mecanismo voltado, dessa forma, a assegurar a prestação de contas da atuação do Poder Judiciário para o cidadão que detém, no contexto do Estado Democrático, a titularidade de todo o poder. Além disso, assegura a transparência da motivação adotada,

---

controle administrativo dos membros do Poder Judiciário passaram por sensível aprimoramento, inclusive no que se refere ao controle da frequência, eficiência, produtividade e local de residência dos magistrados.

36 Mesmo na esfera do exercício da jurisdição, as decisões judiciais proferidas devem observar os princípios da publicidade e da motivação, de modo a se permitir o controle da justiça e da adequação da decisão adotada pelas próprias partes e, em última análise, pela própria sociedade.

37 BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade e constitucionalidade da criação do Conselho Nacional de Justiça. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 425.

constituindo, dessa forma, instrumento de participação democrática no processo. Ciente dos motivos e do raciocínio desenvolvido pelo magistrado para chegar a determinada conclusão, permite-se às partes o exercício do controle da atuação jurisdicional ao assegurar-lhes a impugnação concreta e específica dos fundamentos adotados pela decisão recorrida. Também resta viabilizado, ainda que de forma indireta, o controle social do teor da decisão pela opinião pública, na medida em que o ato jurisdicional, enquanto decisão emanada do poder estatal, deve sujeitar-se à avaliação crítica da sociedade como consectário do exercício das liberdades de opinião e de manifestação do pensamento garantidas constitucionalmente.

A segunda vertente diz respeito ao incremento dos mecanismos de participação ativa da sociedade civil no processo de tomada de decisão, inclusive a que apresenta natureza jurisdicional. Como decisão emanada do Estado, a democracia impõe o efetivo exercício da cidadania no processo de tomada de decisão jurisdicional.

Lúcidas as observações de FERNANDES<sup>38</sup> quando destaca que:

Avança a ideia de que o provimento, como ato estatal, não se dirige apenas a autor e réu, mas a toda comunidade, que tem interesse na correta administração da justiça. A própria legitimação do provimento decorre da possibilidade de que outros possam trazer a juízo informações necessárias para a correta apreensão daquele trecho da realidade que é objeto de apreciação processual. O processo não é só procedimento e contraditório; é procedimento, contraditório e participação.

CATONNI DE OLIVEIRA<sup>39</sup> traduz com bastante precisão que o direito de participação constitui fonte de legitimação da decisão judicial:

O que garante a legitimidade das decisões são antes garantias processuais atribuídas às partes e que são, principalmente, a do contraditório e a ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões. A construção participada da decisão judicial, garantida num nível institucional, e o direito de saber sobre quais bases foram tomadas as decisões dependem não somente da atuação do juiz, mas também do Ministério Público e fundamentalmente das partes e dos seus advogados.

Essas constatações impõem ao operador do direito a defesa incessante de um modelo de jurisdição cada vez mais aberto e participativo, em ordem a consagrar os pressupostos da participação democrática tanto das partes como de terceiros que de alguma forma se relacionam com o objeto do processo na formação do convencimento da decisão estatal a ser proferida.

38 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 43.

39 CATONNI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 78-79.

## 5 A TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA COMO FUNDAMENTO TEÓRICO DA PARTICIPAÇÃO DOS INTERESSADOS NO PROCESSO

A escola mineira de direito processual defende a necessidade de se estabelecer um perfil mais participativo da sociedade no processo, ou seja, um modelo processual mais cooperativo, dotado de bases democráticas de participação nas decisões judiciais. Com os olhos mais voltados para os direitos fundamentais firmados na Constituição da República, propõe-se a adoção de um modelo em que os sujeitos processuais sejam agentes construtores e, ao mesmo tempo, destinatários finais do provimento jurisdicional.

A principal corrente de pensamento dessa nova concepção processual reside na teoria neoinstitucionalista do processo, que busca associar a concepção de processo aos ideais de democracia e de constitucionalismo. Fundada na ideia de democracia deliberativa da teoria de Habermas, a teoria objetiva assegurar maior participação dos sujeitos processuais no processo de formação da decisão judicial.

A partir de uma perspectiva democrática, a teoria neoinstitucionalista compreende a vinculação entre o processo e a adoção de procedimentos abertos que legitimem a participação na formação da decisão judicial. Trata-se, no dizer do próprio autor, de uma “teoria institucionalista da processualidade procedimentada na qual se abre (ad infinitum) a todos o espaço de criação, recriação e aplicação das pretensões de validade jurídica de toda a normatividade [...]”<sup>40</sup>. Nesse sentido, a democracia, enquanto um processo aberto e indeterminado, acaba por envolver uma “procedimentalidade teoricamente processualizada a caracterizar a preservação discursiva do equilíbrio político pelo nexum institucionalista da decisão não autoritária”<sup>41</sup>.

Prossegue, logo em seguida, o autor:

A democracia seria incompatível com o constitucionalismo se este não apontasse um paradigma teórico da processualidade para a sua própria caracterização hermenêutica que o tornasse devido na escritura constitucional a tal ponto de garantir as diferenças (pluralismo) pela igualdade de discutibilidade infinita no espaço da procedimentalidade tecnicamente estruturada segundo os princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa. O que comprometeria a existência da democracia seria mesmo um desenrolar de opiniões por mecanismos não constitucionalizados em que se admitisse o absurdo majoritário, por uma retórica desabrida, de suprimir liberdade, igualdade e dignidade, e ainda assim se imaginar fruir de uma presunçosa democracia. Não há uma ratio

40 LEAL, Rosemíro Pereira Leal. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p. 166.

41 *Ibidem*, p. 164-165.

populis reveladora de uma democracia adormecida na consciência dos homens, como não há uma ratio pretoriana descobridora privilegiada da pax mundi já adrede decidida no leito das sociedades humanas<sup>42</sup>.

Partindo da premissa de que o processo não pode ser visualizado por meio de simples pressupostos lógicos, tais como a relação jurídica processual, a autonomia da ação e a instrumentalidade do processo, a teoria neoinstitucionalista vê o instituto do processo como mecanismo voltado a assegurar a realização da justiça e do bem-estar social. Nesse prisma, o processo deixa de ser compreendido como simples instrumento de resolução de conflitos para atuar como elemento viabilizador dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

No direito democrático, não se concebe instituição como o que tem validade em si mesmo por uma vontade social diluída na corrente vitalista de valores so-ciais a impor a personificação das idéias governativas (organais) da sociedade ou das coisas integrantes do patrimônio ético-moral e econômico do mundo da vida social, porque instituir, na procedimental idade democrática, é um decidir advindo de uma teoria processual de abertura ampla, isonômica e discursiva na formação da opinião e da vontade como fonte jurídica legitimadora do exercício da normatividade daí resultante<sup>43</sup>.

A decisão judicial, segundo a teoria em referência, deixa de emanar de forma vertical do magistrado para ser compreendida como o resultado do discurso argumentativo entabulado pelas partes como elemento necessário e preparatório da decisão final.

Assim, o processo como instituição constitucionalizadora e constitucionalizada de direitos também se oferece, no Estado de direito democrático, por garantia teórica de seus conteúdos paradigmáticos, ao debate total de fiscalidade de incidência, preservação e aperfeiçoamento de seus próprios princípios, com os quais é promovida a estabilidade legitimadora da atuação provimental em todos os níveis da judicacionalidade. De conseguinte, não é qualquer teoria procedimental que se compatibiliza com a teoria do direito democrático, mas aquela processualmente institucionalizada como referente lógico-jurídico-constitucional (devido processo constitucional) equivalente a uma teoria argumentativa que seja, mediante a instauração judicial de procedimentos (devido processo legal), auto-includente de todos os destinatários da normatividade no âmbito de pleno exercício e confirmação dos direitos fundamentais como agentes de sua própria integração social. Afasta-se, assim, uma jurisdição constitucional guardiã e paternal dos direitos que se faça pela atividade dos juízes (assembleia de especialistas) que, em nome de uma razão

42 LEAL, op. cit., p. 165.

43 Ibidem, p. 188-189.

estratégica que entende ilusórios ou decorativos os direitos fundamentais processualmente constitucionalizados, pudessem forjar uma realidade em louvor a uma artificiosa 'paz social' sistêmica em nome de todos sustentada por uma jurisprudência de valores topicamente axiomatizada<sup>44</sup>.

Nesse contexto, a teoria neoinstitucionalista do processo defende a adoção de uma processualidade democrática construída a partir de procedimentos discursivos voltados a garantir a participação do cidadão como modelo hábil a assegurar a legitimidade e justiça da decisão judicial. Por meio da adoção de um procedimento fundado no discurso como elemento fundante do próprio direito democrático, qualifica-se, assim, o processo como instituição constitucionalizada submetida a controle popular, o qual, por sua vez, atua no sentido de legitimar os procedimentos adotados como estruturas técnicas de argumentação jurídica:

A aplicação dos pressupostos da legitimidade democrática ao sistema processual acaba por revelar a necessidade de construção da decisão judicial a partir da oitiva daqueles que, de alguma forma, possam contribuir para a adequada resolução da lide, retirando-se do magistrado a atual função de intérprete único e exclusivo dos textos normativos:

Nesse ponto, a efetivação dos direitos e garantias fundamentais requer não apenas a ação efetiva do magistrado, mas sobretudo a adoção de um constante diálogo entre os atores do processo e a sociedade. O Estado-juiz deixa de ser o agente monopolizador da decisão jurisdicional e, em última análise, do próprio processo, na medida em que, a partir de uma teoria da processualidade democrática, se propõe a adoção de uma nova visão de processo fundada na participação inclusiva dos interessados na atividade processual.

## **6 A PARTICIPAÇÃO DOS INTERESSADOS NO PROCESSO ENQUANTO GARANTIA DE LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL**

Nessa perspectiva, a decisão judicial passa a ser visualizada como o resultado de um discurso construído dentro de uma instância de poder, que deve, em razão disso, ser legitimada pela ampla participação tanto dos agentes do processo e, em determinados casos, de outros interessados no processo de tomada de decisão pelo magistrado.

Esse fenômeno assume especial relevância quando se está a tratar de processos que objetivam a tutela de direitos coletivos e difusos, pertencentes a um conjunto indeterminado de pessoas e, em certos casos, a toda a coletividade.

A crise de representatividade que tem marcado a sociedade pós-contemporânea espraia-se para o processo, de modo a tornar questionável

<sup>44</sup> LEAL, op. cit., p. 172.

a exclusiva legitimação de determinada instituição para, em nome de todo o povo, expressar processualmente os seus interesses. A legitimidade extraordinária de determinados e exclusivos atores processuais também passa a ser questionável, notadamente quando se observa a possibilidade de entidades representativas da sociedade civil organizada também participarem de forma direta na formação do convencimento judicial.

Nesse sentido, a efetiva e material legitimidade das decisões judiciais que discutem a tutela dos direitos pertencentes à toda a coletividade passa pela instrumentalização de canais efetivos de participação dos reais titulares desses interesses na formação da decisão judicial, em um contexto de reconstrução dos processos reais de formação da vontade política e da opinião pública no processo<sup>45</sup>.

A participação cada vez mais inclusiva das partes e de terceiros que possivelmente possam vir a sofrer os efeitos da decisão na formação do convencimento do magistrado. O direito de influenciar o magistrado e de participar do provimento jurisdicional passa a constituir verdadeiro fator de legitimação do ato decisório a ser proferido.

A par dessa realidade cada vez mais inclusiva, tem-se chamado a atenção para a necessidade de oitiva, pelo magistrado, de atores da sociedade civil especializados em determinados temas trazidos ao processo, notadamente aqueles que ostentam natureza técnico-especializada. Suplantou-se o velho dogma de que o magistrado teria condições de apreciar, de forma isolada e distante da sociedade, toda e qualquer matéria que lhe é posta sob apreciação, de modo a se prestigiar a participação da sociedade no processo<sup>46</sup>. Essas novas perspectivas consolidaram as bases teóricas para o incremento da participação de outros atores da sociedade civil no processo nos casos em que se verificar a existência de uma relação de pertinência entre sua atuação e o tema discutido na lide e assumem posição significativamente importante para a análise da questão relativa à natureza jurídica da atuação do CADE nos processos que envolvam a defesa da concorrência.

45 Não se quer, com isso, afirmar que a opinião pública e posicionamentos adotados pela mídia devam determinar o posicionamento a ser adotado pelos magistrados na condução do processo e na resolução dos conflitos que lhe são postos à apreciação. Pretende-se apenas garantir que instâncias representativas da sociedade civil organizada possam ter o efetivo direito de expor, de forma direta e imediata, o seu posicionamento jurídico a respeito de determinado conflito de interesses coletivo posto à apreciação do Poder Judiciário. Quanto ao ponto, é importante registrar que, de fato, a justiça não deve pautar-se necessariamente pela prevalência das posições majoritárias, na medida em que a tutela aos direitos fundamentais, notadamente quando se está a tratar de um espaço democrático, está voltada, muitas vezes, à proteção aos direitos das minorias.

46 O novo código de processo civil reforça essa postura de diálogo constante que deve existir entre o magistrado e os demais sujeitos processuais ao trazer previsão interessante relacionada à necessidade de oitiva prévia das partes antes da adoção de um fundamento novo pelo magistrado. Nesse sentido, dispõe o artigo 10 do novo CPC que: "O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício".

## 7 UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 118 DA LEI Nº 12.529/2011

A hermenêutica contemporânea inclui a legítima e democrática participação dos interessados na aplicação da norma. Nesse ponto, não há dúvidas de que a determinação do sentido do texto normativo também não pode ser empreendida de forma isolada, mas deve resultar de um processo de debate que é próprio da sociedade democrática, de modo que não se afigura razoável dispensar a participação ativa também dos interessados na produção concreta do fenômeno jurídico.

Com efeito, aqueles que serão afetados diretamente pela aplicação da norma “podem, legitimamente, auxiliar na definição da prestação estatal necessária, que vai satisfazer a disposição constitucional de direito fundamental e atender ao que determina a norma constitucional hermeneuticamente produzida”<sup>47</sup>.

Essa perspectiva democratizante da construção da norma jurídica concreta é bem desenvolvida, no plano teórico, por Peter Häberle, para quem a atividade interpretativa deve dar-se no contexto de uma sociedade aberta de intérpretes, na qual se reconhece que, além dos intérpretes oficiais, tais como juízes e tribunais de um país, também devem ser admitidos como legítimos hermeneutas do fenômeno jurídico – mais precisamente do texto constitucional – todos os agentes conformadores da realidade.

Quanto ao tema, adverte Häberle<sup>48</sup> que:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. [...] A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. [...] Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

No plano da jurisdição, faz-se necessário registrar que a adoção de uma metodologia processual atenta aos valores democráticos passa pelo reconhecimento desse novo modelo de hermenêutica participativa, que assegure a formação da decisão judicial a partir de bases eminentemente

47 ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A Administração Pública brasileira no contexto do Estado Democrático de Direito*. Brasília: CEAD/UnB, 2012. p. 12.

48 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 13.

democráticas. A questão passa pelo reconhecimento de que as situações jurídicas de direito material deduzidas em juízo apresentam, muitas vezes, natureza complexa e/ou relevante impacto social, circunstâncias que também atuam no sentido de reclamar a participação de atores sociais e/ou estatais na construção da decisão judicial a partir de uma visão aberta e democratizante do processo hermenêutico.

É justamente a partir dessa perspectiva aberta e pluralística da hermenêutica constitucional contemporânea que se pretende lançar bases para uma proposta de interpretação do artigo 118 da Lei nº 12.529/2011, com vistas à identificação da natureza jurídica da intervenção do CADE nas demandas judiciais que envolvam a defesa da concorrência.

O objeto do presente trabalho consiste na identificação da natureza jurídica da intervenção do CADE em demandas voltadas à tutela da concorrência. Está-se a tratar, portanto, prioritariamente dos casos em que a autarquia mencionada intervém como terceiro em lide originariamente constituída por partes diversas.

Nesse ponto, o artigo 118 da atual Lei nº 12.529/2011 reproduziu a disposição anteriormente existente no artigo 89 da revogada Lei nº 8.884/94 para afirmar que “nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”.

A análise de alguns pontos parece não oferecer maiores obstáculos ao intérprete por ocasião do afazer hermenêutico.

Em regra, a intervenção do CADE no processo é facultativa, conforme resulta da análise do próprio dispositivo legal. De todo modo, é possível que o juízo solicite ao CADE que apresente elementos ou dados específicos sobre eventual processo administrativo, situação na qual a autarquia não poderá se recusar a fornecê-las, o que implicaria em desobediência ao comando judicial. Não obstante o caráter facultativo, em regra, da intervenção, é certo que a intimação judicial do CADE nessas demandas é obrigatória<sup>49</sup>. Com efeito, a intimação do CADE para intervir no feito assume, à luz da perspectiva democrática de participação dos atores sociais envolvidos com a temática que constitui objeto do processo, a condição de fator de legitimidade da própria decisão judicial a ser proferida.

Outra questão aparentemente simples, e que encontra unanimidade na doutrina e na jurisprudência pátria, diz respeito à possibilidade de intervenção do CADE tanto em demandas de natureza individual quanto de natureza coletiva. A legislação não fez qualquer distinção quanto ao ponto. Associado a isso, registre-se que a autarquia federal poderá fornecer contribuições importantes para o deslinde da causa mesmo nos casos em que a demanda envolver litígio entre agentes econômicos particulares.

49 BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 332-333.

Bueno<sup>50</sup>, ainda ao tratar do então vigente artigo 89 da Lei nº 8.884/94, que continha redação idêntica ao texto normativo ora analisado, esclarece que:

O art. 89 da Lei n. 8.884/94, diferentemente do que se dá, por exemplo, com os arts. 57, 118 e 175 da Lei n. 9.469/96, o Código de Propriedade Industrial, é amplo o suficiente para autorizar o ingresso do CADE em qualquer ação (individual ou coletiva, v. item 8.7) que diga respeito a quaisquer bens tutelados por aquela lei.

Assim, qualquer situação que possa ser entendida como violadora, pelo menos em tese, dos bens relativos à ordem econômica e, mais especificamente, em práticas abusivas de mercado, cartelização, prejudicar a livre concorrência ou resultar em dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, enfim, os bens resguardados pela Lei n. 8.884/94, deve justificar a possibilidade de atuação do CADE em juízo para os fins do art. 89 da referida lei. Pouco importa qual seja a ação ajuizada. O que interessa, para a intervenção do CADE, é que a ação diga respeito aos bens materiais regulados por aquele específico diploma legislativo.

Dessa forma, desde que o objeto litigioso do processo esteja voltado à proteção da concorrência, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito.

Nesse ponto, cumpre registrar que a distinção entre demandas de natureza individual e coletiva apresenta certa relevância para o exame mais aprofundado da questão.

No plano da tutela coletiva, a ação civil pública assume a condição de instrumento processual adequado à tutela da concorrência e à proteção da ordem econômica, conforme resulta, inclusive, da análise da redação contida no artigo 1º, inciso V, da Lei nº 7.347/1985. A natureza coletiva do direito envolvido reclama a intervenção do CADE, autarquia que detém papel institucional relevante na proteção à concorrência enquanto direito pertencente a toda a coletividade.

A despeito da natureza coletiva do direito protegido, é plenamente possível que a violação à concorrência provoque danos a concorrentes específicos que não participaram da prática da conduta ilícita, circunstância que pode dar ensejo à propositura de demandas de natureza individual voltadas à reparação civil dos danos causados por aqueles que incorreram na prática de infração contra a ordem econômica. Nesse ponto, o artigo 47 da atual Lei nº 12.529/2011 legitima a defesa de direitos individuais ou individuais homogêneos perante o Poder Judiciário por meio de demanda judicial na qual, indiscutivelmente, o CADE também deverá ser chamado a intervir.

<sup>50</sup> BUENO, op. cit., 2006. p. 334-335.

Dessa forma, o ingresso do CADE pode ocorrer tanto em demandas individuais quanto nas ações coletivas, desde que a temática concorrencial constitua o objeto da relação jurídica processual na qual a autarquia é chamada a intervir.

Admitido o caráter facultativo da intervenção do CADE, como regra geral, e a possibilidade de intervenção tanto em demandas individuais quanto coletivas, a questão mais sensível que se coloca, diante da leitura do artigo 118 da Lei nº 12.529/2011, parece ser a seguinte: a legislação tratou da intervenção do CADE realmente como assistente, nos moldes em que o instituto da assistência foi desenhado no Código de Processo Civil Brasileiro?

O tema torna-se ainda mais instigante quando se observa que: a) a legislação foi recentemente modificada, tendo o legislador brasileiro optado por manter a redação na forma como existente na legislação anterior; b) a jurisprudência do STJ está longe de chegar a um consenso sobre a questão<sup>51</sup>.

É certo que, diante da expressão literal e, ao mesmo tempo, da redação lacônica do dispositivo, a problemática exposta parece impor desafios ao intérprete na identificação da essência da intervenção do CADE nessas demandas. A formulação de uma proposta coerente de resolução da controvérsia exposta passa pela observância de alguns pressupostos que podem atuar no sentido de contribuir para a elucidação dessa questão.

O primeiro deles corresponde à precisa diferenciação entre o instituto da assistência prevista no Código de Processo Civil e o tipo de contribuição que se espera que o CADE forneça nas demandas judiciais que tratam da proteção à ordem econômica.

O assistente, tal como previsto nos artigos 50 a 55 do atual Código de Processo Civil, constitui sujeito processual que, diante do interesse jurídico apresentado, intervém em demanda alheia com vistas a auxiliar uma das partes na demanda, chamada de assistido. O assistente tem interesse, dessa forma, na obtenção do êxito judicial do assistido.

No âmbito da tutela da concorrência, notadamente quando estão em jogo interesses individuais e pedidos de reparação civil de danos particulares por outros concorrentes, o CADE não intervém para auxiliar quem quer que seja em sua pretensão individual. Essa constatação atrai a formulação de um segundo pressuposto relevante para o deslinde da questão, correspondente à natureza institucional do CADE e à dimensão coletiva do bem jurídico que o ordenamento jurídico lhe incumbiu tutelar. O papel de ente público ostentado pela autarquia impõe obstáculos sensíveis à atuação judicial da Fazenda Pública em prol do interesse individual de alguma das partes.

51 Confira-se, a propósito: AgRg no REsp 1125981/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 05/03/2012.

Didier Junior<sup>52</sup> corretamente aponta, a respeito da questão, que a assistência de qualquer das partes pelo CADE implicaria “tomar partido de interesse individual, fugindo da vetusta regra da impessoalidade da administração”. No mesmo sentido, Cabral (2004, p. 25), ao tratar especificamente da intervenção da autarquia antitruste, também pontua que “certamente não se trata de assistência, por não há qualquer interesse jurídico do Cade nestes litígios vez que [...] inexistente relação jurídica material entre o Conselho e as partes envolvidas”.

Não se pode esquecer que o assistente tem interesse direto no resultado da ação, ao passo que o CADE tem um compromisso institucional com a tutela da concorrência enquanto direito constitucional fundado em bases eminentemente coletivas.

Por fim, há de se registrar que o ingresso do assistente na lide, embora esteja voltado à obtenção do êxito judicial pelo assistido, também tem o objetivo de tutelar, mesmo que de forma reflexa, interesse jurídico próprio, demonstrado pelo interveniente como condição para sua admissão no feito. Na situação ora retratada, o CADE não tem interesse na defesa de interesse patrimonial próprio ou de alguma das partes envolvidas. Detém, ao contrário, interesse institucional em ver preservadas as condições estruturais mais adequadas no mercado para o exercício da livre iniciativa e da livre concorrência enquanto expressões de um direito constitucional pertencente à coletividade.

Essa circunstância é plenamente elucidada pela seguinte passagem doutrinária:

[...] buscamos redesenhar o conceito de ‘interesse jurídico’ para nele compreender situações como esta, descrita expressamente pelo art. 89 da Lei n. 8.884/94, onde, a toda evidência, o ingresso do CADE não se baseia na mesma qualidade de ‘interesse jurídico’ daquele que um assistente (simples ou litisconsorcial) precisará demonstrar para ingressar em algum processo pendente. Muito menos porque o objetivo da intervenção do assistente nesses casos é tutelar, mesmo que de forma reflexa, direito subjetivo próprio, assim entendido aquele que diz respeito à sua própria esfera jurídica.

O que importa destacar nesta sede é que a necessária alteração de qualidade do interesse jurídico, passando a ser um interesse que transcende a esfera patrimonial e de direitos tangíveis pelos seus titulares – subjetiva e individualmente considerados –, passando a ser um interesse público (no sentido de difuso pela sociedade) ou, como preferimos, um interesse

<sup>52</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei Federal n. 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da Lei Federal n. 6.385/1976). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 115, p. 151-163, 2003. p. 158.

institucional (item 5.8 do Capítulo 6), há necessidade de transformar a própria modalidade da intervenção<sup>53</sup> [...]].

Desses aspectos resulta a incongruência entre o papel de simples assistente do CADE em demandas voltadas à reparação de danos causados a terceiros por violações à ordem econômica.

Isso não quer dizer que a atuação do CADE não tenha algum valor para a resolução do conflito. Como se disse anteriormente, o estágio contemporâneo de evolução da dogmática processual civil retirou a presunção de onisciência imposta ao magistrado por ocasião da prestação jurisdicional. A complexidade da matéria concorrencial, associada à representatividade pública da autarquia, parece recomendar a intervenção do CADE como auxiliar do juízo no processo de tomada de decisão, situação que é reforçada pelo atual contexto de democratização da participação de terceiros no processo judicial.

O “amicus curiae” traz elementos importantes para auxiliar o juízo na adequada resolução da lide, seja em virtude de sua representatividade no seio social, seja em face de sua área especializada de atuação. Com efeito, além de traduzir um adequado sistema de representação de interesses sociais perante o Poder Judiciário, o ingresso do amicus curiae no feito aprimora a decisão judicial a ser proferida e contribui para a legitimação da decisão estatal proferida<sup>54</sup>. Mesmo nas demandas de caráter individual, o CADE pode fornecer ao juízo informações que o auxiliem na resolução de demandas que envolvam discussões concorrenciais mais complexas e questões técnicas especializadas. Temas como mercado relevante, participação de mercado, integração vertical, sobreposição horizontal, eficiências econômicas, rivalidade, condições de entrada no mercado e contestação internacional, dentre outros, dificilmente estão ao alcance do magistrado no exercício cotidiano do honroso mister que envolve a sua função. Além disso, não se pode esquecer que também pode revelar-se útil ao magistrado a juntada aos autos da decisão administrativa eventualmente adotada pelo CADE no caso posto à apreciação do Poder Judiciário ou mesmo em casos análogos, além do fornecimento de subsídios ao juízo sobre o caráter anticoncorrencial da conduta.

Assim, tem-se que a função desempenhada pelo amigo da Corte no processo é justificada tanto pela representatividade pública, social ou institucional por ele exercida quanto pelo caráter complexo e especializado

53 BUENO, op. cit., 2006. p. 327.

54 Nesse ponto, não se pode perder de vista que o instituto tem notável relação com uma perspectiva democrática da participação dos interessados no processo. Sob uma perspectiva pluralística, a intervenção do amigo da Corte confere sentido essencialmente democrático à participação no processo. Nesse caminhar de ideias, há de se registrar que o novo Código de Processo Civil confere dimensão ainda mais ampla à figura do amicus curiae ao contemplar o instituto em seu artigo 322. Ao possibilitar o ingresso do amicus curiae em qualquer processo, independentemente do juízo perante o qual tramite, o novo CPC avança no sentido de reconhecer a importância da representatividade social, de bases eminentemente democráticas, na formação do convencimento do julgador.

da matéria posta à apreciação do Poder Judiciário. Nesse ponto, não há dúvidas de que o CADE preenche ambos os requisitos para ser admitido como *amicus curiae* nos feitos que versem sobre a temática concorrencial.

Nesse sentido, o papel desempenhado pelo CADE no processo parece ajustar-se à figura do auxiliar do juízo, ou seja, de um “*amicus curiae*” especializado em matéria concorrencial. A autarquia federal ingressa em juízo com vistas a fornecer elementos necessários para a formulação da decisão judicial pelo magistrado, e não para auxiliar alguma das partes na obtenção da vitória judicial. Na verdade, a autarquia federal pode prestar informações ao juízo sobre o tema, por meio do fornecimento de elementos técnicos direcionados a subsidiar o Poder Judiciário na formulação da análise desse pedido de reparação civil, sem qualquer vinculação ou interesse com o resultado concreto e específico do processo.

O viés democrático de participação dos sujeitos no processo de formulação da decisão judicial, próprio da teoria neoinstitucionalista do processo, associado ao caráter aberto da hermenêutica jurídica contemporânea, atua no sentido de reforçar, sob o ponto de vista teórico, o raciocínio aqui empreendido.

Bueno<sup>55</sup> chega à mesma conclusão quando ressalta, com bastante propriedade, que:

[...] Por que falar em assistência, instituto tradicional do nosso direito e que ainda serve a um sem-número de situações práticas, se o requisito primeiro para sua admissão não se faz presente no caso concreto? Se o ‘interesse jurídico’, característico da assistência, não é o mesmo interesse jurídico de outrora? Não, pelo menos, no adequado contexto em que a questão deve ser analisada e compreendida.

Como as respostas a essas questões só podem ser no sentido de que não há sentido em usar, indistintamente, um mesmo nome para designar duas realidades diversas, é que apresentamos nossa proposta de passar a nominar casos que tais por outro nomen iuris. Com o intuito confessado de distinguir hipóteses em que há diferenças sensíveis, importantes e, na nossa visão, absolutamente próprias suas, que as caracterizam como tais. E, se há diferenças entre esses elementos, entre essas características há, com certeza, diferenças entre regimes jurídicos. Embora o nome, propriamente, seja o menos importante, oportuno nominar diferentemente coisas que, ainda que tenham alguma proximidade, representam alguma evolução; que são, pelo menos na atualidade, coisas diversas. Aí, a exemplo do que já consignamos nos diversos itens que compõem este capítulo, o emprego do nome *amicus curiae*. Nome que, de resto, não deve ser tido como ‘arbitrário’ ou ‘aleatório’. Trata-se de

55 BUENO, op. cit., 2006. p. 327-328.

uma escolha que tem raízes bem profundas no direito estrangeiro e que, de uma forma ou de outra, vem, aos poucos, sendo comentada pela nossa doutrina e pela nossa jurisprudência.

Com efeito, a atuação do CADE envolve a tutela de um interesse público e institucional, que não se confunde com o interesse jurídico individual, de raízes civilistas e patrimoniais que caracterizam a intervenção do assistente nos moldes tradicionais do instituto consagrado pelo Código de Processo Civil.

No âmbito das demandas coletivas, cabe novamente enfatizar que a ação civil pública constitui o instrumento adequado para a proteção à ordem econômica no ordenamento jurídico brasileiro. Daí porque tudo o que se disse a respeito da natureza jurídica da intervenção do CADE enquanto auxiliar direto do juízo na resolução da demanda, e não como simples assistente de alguma das partes, é plenamente aplicável na esfera coletiva de tutela jurisdicional desse valor fundamental.

Em suma, nas demandas coletivas voltadas à tutela judicial da concorrência, a ótica de proteção desse valor fundamental também se desloca para o seio da preocupação com a coletividade, razão pela qual a relevância da atuação processual do CADE nessa esfera assume proporção ainda mais significativa. É que o debate em torno de direitos coletivos reclama o reconhecimento da crescente participação daqueles que estejam social ou institucionalmente envolvidos com a temática posta no processo.

Com efeito, em se tratando de autarquia federal instituída com o propósito de reprimir o abuso de poder econômico e garantir a livre concorrência entre os agentes no mercado, e de demanda judicial na qual a decisão a ser proferida ultrapassa a esfera jurídica das partes que integram a relação jurídica processual para alcançar dimensões extraprocessuais bastante significativas, é certo que a expertise do CADE passa a constituir vetor fundamental de auxílio para a resolução da demanda coletiva posta à apreciação do Poder Judiciário. A função da autarquia como amigo da Corte prestigia, nesse ponto, o caráter fundamental e coletivo do próprio objeto de proteção discutido na demanda.

Uma peculiaridade, entretanto, resta evidente diante da leitura da própria legislação que rege a tutela coletiva no Brasil: as autarquias federais, dentre as quais se inclui o CADE, detêm legitimidade extraordinária para, no interesse da coletividade, a propositura de ação civil pública voltada à proteção da ordem econômica, conforme resulta da análise do artigo 5º, inciso IV, da Lei nº 7.347/85. Assim, uma vez proposta a ação por outro colegitimado, como o Ministério Público, por exemplo, nada impede que o CADE ingresse posteriormente no polo ativo da demanda, de modo que esse ingresso resulte na formação de um litisconsórcio ativo. Nesse caso, o CADE passa a figurar como assistente litisconsorcial do autor na demanda, e não como propriamente

como *amicus curiae*, dada a singularidade do modelo de legitimidade extraordinária concorrente instituído pelo ordenamento jurídico brasileiro no sistema de tutela coletiva de direitos.

A depender da postura a ser adotada pelo CADE em juízo, pode a autarquia intervir como auxiliar do juízo ou como assistente litisconsorcial do autor da demanda coletiva. Isso porque nem sempre se logra obter a desejável congruência entre os posicionamentos externados pelas diversas instituições a quem o ordenamento jurídico outorgou a representatividade de interesses públicos<sup>56</sup>. Dessa forma, embora seja raro, é factível que, em uma ação civil pública, o CADE não concorde com a pretensão deduzida em juízo por algum dos colegitimados para sua propositura, ocasião em que não assistirá o autor da demanda coletiva, mas poderá atuar como *amicus curiae*, de modo a expor seu posicionamento institucional e, além disso, fornecer elementos voltados a subsidiar a tomada de decisão pelo magistrado no processo.

Diante dessas considerações, pode-se concluir que, tanto nas ações individuais quanto nas ações coletivas que discorram sobre questões concorrenciais, o CADE intervém como *amicus curiae*, e não como assistente de qualquer das partes. No âmbito da tutela coletiva, é certo que a autarquia federal, por ostentar a qualidade de colegitimado para sua propositura, também pode integrar o polo ativo da demanda, na formação de uma espécie de litisconsórcio ativo facultativo ulterior, caso em que a intervenção ostentará a natureza de assistência litisconsorcial.

A solução proposta resulta da consagração de um modelo hermenêutico aberto, que prestigia uma postura dialógica entre o magistrado e diversos atores afinados com a temática que constitui objeto do processo, em uma perspectiva procedimental cada vez atrelada à participação da sociedade no processo de formulação da decisão estatal, em atenção aos valores que são próprios do Estado Democrático de Direito. Também se coaduna com a percepção de que a concorrência ostenta natureza pública, eis que jungida à natureza coletiva da proteção à ordem econômica, a reclamar a interação cada vez mais coesa e harmônica entre os diversos entes estatais incumbidos de sua proteção, dentre os quais figuram em caráter principal o Poder Judiciário, o Ministério Público e o próprio CADE.

<sup>56</sup> Um exemplo bem ilustra o que foi dito: é o caso da controvérsia que se instaurou no setor varejista de produtos farmacêuticos, incluindo farmácias e drogarias da cidade de Fortaleza/CE, quanto à legitimidade ou não da política de concessão de descontos empreendida pelas Drogarias São Paulo e Pague Menos. Enquanto o Ministério Público e o Sindicato de Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Ceará - SINCOFARMA, por meio de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, limitaram os descontos pelas drogarias a apenas 15% (quinze por cento), o que ocasionou, inclusive, a propositura de ação civil pública no intuito de ver o instrumento cumprido, o CADE entendeu, ao julgar o processo administrativo de averiguação preliminar nº 08012.000219/2005-02, que inexistia a prática de dumping, tampouco de preço predatório no mercado, de modo que cada drogaria poderia promover sua política de descontos, de forma individualizada, sem qualquer limitação. O CADE interveio na ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Ceará, encontrando-se atualmente a questão pendente de apreciação no Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 1.342.229).

O debate concernente à democratização do processo viabiliza o desenvolvimento de canais procedimentais voltados à garantia de maior participação dos interessados na formação do convencimento do magistrado em torno do tema controvertido que é posto à sua apreciação. A atuação do CADE como *amicus curiae* reflete, portanto, o fortalecimento de uma postura processual direcionada ao fortalecimento da postura processual a ser desempenhada pela autarquia federal em uma temática indiscutivelmente complexa, que apresenta evidente repercussão coletiva e que, em última análise, corresponde a um valor tido como fundamental pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, a percepção de que o CADE desempenha o relevante papel de *amicus curiae* constitui a solução que prestigia, a um só tempo, a natureza das atribuições institucionais desempenhadas pela autarquia federal e o caráter fundamental do direito constitucional que é objeto de proteção. Nesse ponto, a relevância da tutela constitucional da livre concorrência e o desenvolvimento dos institutos processuais relacionados à participação de terceiros em ações, notadamente das que ostentam natureza coletiva, conduzem à percepção de que o CADE desempenha o relevante papel de auxiliar o magistrado na formulação da decisão judicial que compõe o litígio posto à sua apreciação, situação jurídica que não se coaduna com a natureza de um simples assistente de uma das partes litigantes do processo.

Em conclusão, é importante registrar que a admissão do CADE enquanto *amicus curiae* no processo, e não de simples assistente de uma das partes envolvidas na demanda, tem o efeito de, em uma perspectiva consequencialista de análise, criar incentivos para que o próprio ente federal intervenha em maior número de casos, tornando-se elemento fundamental para o aperfeiçoamento das decisões judiciais e, por via de consequência, para o aprimoramento da aplicação do direito antitruste e da tutela da concorrência no Brasil.

## 8 CONCLUSÃO

Os desenvolvimentos teóricos e dogmáticos da aplicação dos institutos da intervenção de terceiros e do *amicus curiae* no âmbito do processo civil brasileiro resultam de um processo de democratização da participação dos atores que estejam social e institucionalmente vinculados à temática que constitui objeto do processo judicial.

Associado a essa perspectiva de análise, há de se registrar que as atribuições institucionais do CADE e o caráter coletivo do valor fundamental a ser protegido não se coadunam com a atuação processual da autarquia federal como simples assistente de uma das partes envolvidas no litígio.

O exame da questão reclama, de fato, a adoção de uma postura hermenêutica aberta, comprometida com a proteção aos valores fundamentais consagrados pelo ordenamento constitucional. Nesse

ponto, resulta manifesta a compreensão no sentido de que o ingresso do CADE no processo pode ser interpretado como uma forma de intervenção assemelhada à figura do “amicus curiae” no processo.

Feitas essas considerações, cumpre destacar, à guisa de conclusão, que o novo Código de Processo Civil parece trazer contribuições importantes para a sustentação da tese defendida ao longo do presente trabalho.

O novo código consubstancia a proposta de um novo modelo de processo, de cunho cada vez mais participativo, que prestigia a colaboração das partes na formação de uma decisão justa. A constante postura de diálogo que deve existir entre o magistrado e os demais sujeitos processuais é reforçada pelo artigo 10 do novo estatuto, que traz previsão interessante relacionada à necessidade de oitiva prévia das partes antes da adoção de um fundamento novo pelo magistrado.

Ademais, o artigo 322 do novo CPC expressamente viabiliza o ingresso do amicus curiae em qualquer fase do processo, de modo a consagrar a importância da participação de terceiros como mecanismo direcionado ao exercício de uma relevante função de auxílio ao magistrado na formulação de sua decisão. Ao possibilitar o ingresso do amicus curiae em qualquer processo, independentemente do juízo perante o qual tramite, o novo diploma normativo avança no sentido de reconhecer a importância da representatividade social de determinados interesses, em bases eminentemente democráticas, na formação do convencimento do julgador.

O CADE, como entidade judicante, atua mediante apreciação de matérias que ostentam natureza complexa, cabendo-lhe fornecer ao magistrado elementos que propiciem a correta solução para o litígio que lhe é posto à apreciação. A complexidade e o caráter técnico das questões enfrentadas constituem aspectos que legitimam a qualificação da autarquia antitruste como amicus curiae, na medida em que tem sua atuação voltada ao fornecimento ao juízo de elementos e dados especializados que versem sobre a proteção à higidez do ambiente concorrencial.

Nesse sentido, conclui-se que o artigo 118 da recente Lei nº 12.529/2011 não comporta interpretação literal, mas deve ser examinado à luz do viés democrático de participação de interesses sociais e institucionais no processo, do papel institucional desempenhado pelo CADE e da relevância do direito fundamental tutelado em juízo, pressupostos que não se compatibilizam com a atuação da autarquia federal como simples assistente de uma das partes interessadas sob o ponto de vista patrimonial no resultado do litígio.

Interpretado de forma sistemática com o artigo 322 do novo Código de Processo Civil, não há dúvidas de que o artigo 118 da Lei nº 12.529/2011 pode ser compreendido como a base normativa da intervenção processual do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro.

**REFERÊNCIAS**

- ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A Administração Pública brasileira no contexto do Estado Democrático de Direito*. Brasília: CEAD/UnB, 2012.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; DIAS, Rita. (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade e constitucionalidade da criação do Conselho Nacional de Justiça. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006a.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2012.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CABRAL, Antônio do Passo. Pelas Asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial: uma análise dos institutos similares. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais v. 117, 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 15. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CATONNI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei Federal n. 8.884/1994) e da Comissão de

Valores Mobiliários (art. 31 da Lei Federal n. 6.385/1976). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 115, 2003.

DUPEYRIX, Alexandre. *Compreender Habermas*. São Paulo: Loyola, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Concorrência como tema constitucional: política de Estado e de governo e o Estado como agente normativo e regulador. *Revista do Ibrac*, São Paulo, v. 16, 2009.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de F. B. Siebeneichler. v I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira Leal. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

MAIA, Rousiley C. M. Redes cívicas e Internet: do ambiente informativo denso às condições da deliberação pública. In: EISENBERG, José; CEPIK, Marco (Orgs). *Internet e política: teoria e prática da democracia eletrônica*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 26. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução, prefácio e notas: Neil Ribeiro da Silva. 2. ed. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1998.

TOURAINÉ, Alain. *O que é a democracia?* 2. ed. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996.

TROCKER, Nicolò. *Processo e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

---

## CONTRADITÓRIO VERSUS CELERIDADE NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS: UMA ANÁLISE DOS RISCOS DESSE CONFLITO PARA A DIALETICIDADE DO PROCESSO<sup>1</sup>

*CONTRADICTORY VERSUS CELERITY IN THE FEDERAL SMALL  
CLAIMS COURTS: AN ANALYSIS OF THE RISKS OF THIS CONFLICT  
TO THE DIALECTICAL PROCESS*

---

*Felícia Carvalho Machado  
Procuradora Federal  
especialista em Direito Público pela UnB*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Juizados Especiais Federais; 1.1 Origem; 1.2 Objetivos; 1.3 Princípios informadores; 2 Princípio da celeridade; 2.2 Origem e conteúdo; 2.2 Aplicação nos Juizados Especiais Federais; 3 Princípio do contraditório; 3.1 Origem e conteúdo; 3.2 Importância para a legitimidade das decisões judiciais; 4 Conflito entre celeridade e contraditório nos Juizados Especiais Federais; 4.1 Celeridade e contraditório nos juizados especiais federais; 4.2 Os riscos da supremacia da celeridade em detrimento do contraditório para a dialeticidade do processo; 4.3. A ideia do direito como integridade; 5 Conclusão; Referências.

---

<sup>1</sup> Este artigo é uma adaptação da monografia apresentada em 21.03.2014 à Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade de Direito, à Direção do Centro de Ensino a Distância da Universidade de Brasília e à Direção da Escola da Advocacia Geral da União, como requisito para conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Público.

**RESUMO:** Por meio do presente trabalho, é analisado o conflito entre os princípios da celeridade e do contraditório nos Juizados Especiais Federais, especialmente sob o enfoque dos riscos deste conflito para a dialeticidade do processo. Para tanto, inicia-se o trabalho com uma análise da origem dos Juizados Especiais, seus objetivos e princípios informadores. Em um segundo momento, realiza-se um exame mais aprofundado da origem e conteúdo dos princípios da celeridade e do contraditório, bem como da importância deste último para a legitimidade das decisões judiciais à luz da teoria do agir comunicativo do filósofo alemão Jürgen Habermas. Em seguida, passa-se a analisar o convívio conflituoso dos referidos princípios nas causas que tramitam nos Juizados Especiais Federais, com exemplos de situações de conflito envolvendo os dois princípios, e a demonstrar os riscos que esse embate provoca à dialeticidade do processo. Por fim, apresenta-se uma proposta de solução para o conflito com base na ideia do Direito como integridade defendida pelo jurista inglês Ronald Dworkin.

**PALAVRAS-CHAVE:** Celeridade. Contraditório. Conflito. Dialeticidade. Integridade.

**ABSTRACT:** Through this study, it is analyzed the conflict between the principles of celerity and contradictory in the Federal Small Claims Courts, especially from the standpoint of the risks of this conflict to the dialectical process. Therefore, the work begins with an analysis of the origin of the Federal Small Claims Courts, its objectives and informative principles. In a second moment, it is presented a deeper examination of the origin and the content of the principles of celerity and contradictory, as also of the importance of the last one to the legitimacy of judicial decisions in face of the theory of communicative action of the german philosopher Jürgen Habermas. Then, it is examined the conflictual coexistence of those principles in the causes that are processed in the Federal Small Claims Courts, with examples of the conflictual situations involving these two principles, and to demonstrate the risks that this collision causes in the dialectical process. Finally, it is presented a proposed solution to the conflict based on the idea of the integrity of law defendend by the british jurist Ronald Dworkin.

**KEYWORDS:** Celerity. Contradictory. Conflict. Dialectics. Integrity.

## INTRODUÇÃO

Instituídos pela Lei nº 10.259/2001 com o objetivo principal de ampliar o acesso à Justiça Federal, mediante a simplificação do processamento e do julgamento das causas de menor valor que envolvem a União, suas autarquias, fundações e empresas públicas federais, os Juizados Especiais Federais regem-se, dentre outros, pelos princípios da oralidade, informalidade, simplicidade, economia processual, celeridade e autocomposição.

Desde sua criação, todavia, tem-se verificado uma crescente aplicação desmedida desses princípios, em especial o da celeridade. Essa situação, muito mais do que provocar uma justificada limitação de princípios constitucionais importantes na seara processual (segurança jurídica, ampla defesa, contraditório, devido processo legal, etc.), tem acarretado uma perigosa supremacia na aplicação dos princípios que regem os Juizados Especiais Federais, em detrimento de valiosos princípios constitucionais.

A colisão entre o princípio da celeridade e o princípio do contraditório talvez seja um dos maiores exemplos dessa prática.

Nas causas previdenciárias, por exemplo, tem sido excessiva a limitação do contraditório em nome de uma ideia que tem se tornado quase um dogma nos Juizados Especiais Federais: celeridade acima de tudo.

No presente trabalho, buscamos identificar as consequências advindas da supremacia do princípio da celeridade nas causas que tramitam nos Juizados Especiais Federais em detrimento do princípio do contraditório.

Para tanto, faremos uma breve análise dos motivos que ensejaram a criação dos juizados especiais federais, seus objetivos e princípios informadores, buscando, assim, familiarizar o leitor com o ambiente em que o problema se situa.

Logo após, discorreremos, respectivamente, sobre os princípios da celeridade e do contraditório, procurando delinear os exatos contornos de seu conteúdo, no intuito de permitir o leitor a identificação do problema apresentado no presente trabalho.

Por fim, analisaremos os riscos que o conflito entre celeridade e contraditório acarreta para a dialeticidade do processo, trazendo exemplos dessa prática no cotidiano forense e propondo, ao final, uma solução para o problema.

## 1 JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

### 1.1 Origem

A criação dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal faz parte de um movimento de ampliação do acesso à justiça, que se iniciou antes mesmo da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, a Lei nº 7.244, de 07.11.1984, foi a primeira a dispor sobre a criação dos Juizados de Pequenas Causas, ampliando a possibilidade de acesso à justiça e diminuindo a chamada litigiosidade contida, mediante a conscientização popular de não mais renunciar ou reprimir direitos eventualmente lesados.

A criação dos Juizados de Pequenas Causas, na sua missão de ampliar e simplificar o acesso à justiça, libertando-o das amarras do sistema processual burocrático, criou um novo procedimento, orientado pelos princípios da informalidade, da celeridade, da economia, da oralidade e da ampliação dos poderes do juiz no diálogo com as partes.

A intenção era, principalmente, dar guarida aos anseios de todos os cidadãos, especialmente aos da população menos abastada, mediante o acesso a uma justiça apta a proporcionar um tutela simples, rápida, econômica e segura, e capaz de levar à liberação da indesejável litigiosidade contida e à prestação da tutela jurisdicional de maneira muito mais célere e verdadeiramente efetiva.

A Carta Constitucional de 1988, dando continuidade a esse movimento, tornou obrigatória a implantação dos Juizados, outorgando aos Estados competência concorrente para legislar sobre sua criação, funcionamento e processo (arts. 98, I, e 24, X).

A fim de dar efetividade à norma constitucional, foi editada a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que regula a criação e o funcionamento dos Juizados Especiais nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, seguindo, em grande parte, os preceitos existentes na Lei nº 7.244/84.

Havia dúvidas, todavia, quanto a possibilidade de interpretação extensiva do inciso I do art. 98 da Constituição Federal para aplicação da Lei nº 9.099/95 à Justiça Federal e, por consequência, de sua constitucionalidade, o que levou a edição da Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1999, que acrescentou um parágrafo único ao art. 98 (posteriormente renumerado para §1º pela Emenda Constitucional nº 45/2004), determinando à lei federal dispor sobre a criação dos juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

Essa determinação foi cumprida pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, com vigência em 13 de janeiro de 2002, que trouxeram os Juizados Especiais para o âmbito da Justiça Federal, mantendo a aplicação subsidiária da Lei nº 9.099/95, no que não fosse conflitante.

## 1.2 Objetivos

Ressalvadas as peculiaridades elencadas pela Lei nº 10.259/2001, os Juizados Federais assumem toda a ideologia dos Juizados Estaduais de Pequenas Causas.

Com efeito, o custo elevado do ajuizamento de uma ação, aliado à falta de informação e de discernimento para procurar o auxílio de um advogado, levava a maior parte da população brasileira a renunciar ao direito supostamente lesado, criando o fenômeno da litigiosidade conto supostamente lesado, criando o fênar na Justinas causas era o de ampliar o acesso tida, principalmente nas camadas mais carentes da sociedade, o que contribuía para a desestabilidade social.

Nesse contexto, o objetivo principal dos juizados de pequenas causas foi o de ampliar o acesso à justiça, mediante a simplificação dos procedimentos, resgastando a credibilidade popular no Poder Judiciário, e eliminando ou ao menos reduzindo essa litigiosidade contida.

Buscou-se, assim, garantir a efetivação do direito fundamental à proteção judicial dos direitos individuais, pois não é suficiente a previsão do direito material, sendo necessárias, ainda, condições para que todos os portadores desses direitos possam exercitá-los.

Com a simplificação dos procedimentos, objetivou-se habilitar o Judiciário a dispensar um tratamento processual mais adequado às causas de menor valor econômico de sua competência, proporcionando-lhes uma solução célere, informal e de fácil acesso.

Essa preocupação fica bastante clara na exposição dos motivos da criação dos juizados de pequenas causas<sup>2</sup>:

A ausência de tratamento judicial adequado para as pequenas causas [...] afeta, em regra gente humilde, desprovida de capacidade econômica para enfrentar os custos e a demora de uma demanda judicial. A garantia meramente formal de acesso ao Judiciário, sem que se criem as condições básicas para o efetivo exercício do direito de postular em juízo, não atende a um dos princípios basilares da democracia, que é o da proteção judiciária dos direitos individuais.

A exposição dos motivos da criação dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal<sup>3</sup>, por sua vez, observa que:

[...] a proposição desafogará a Justiça Federal de primeiro e segundo grau e propiciará o atendimento da enorme demanda reprimida dos cidadãos, que hoje não podem ter acesso à prestação jurisdicional por fatores de custos, ou a ela não recorrem pela reconhecida morosidade decorrente do elevado número de processos em tramitação.

2 VHOSS, Tatiana Bissoni. Juizados Especiais Federais – dez anos. Ampliação do acesso à justiça e os desafios a superar. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 48, jun. 2012. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Tatiana\\_Vhoss.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Tatiana_Vhoss.html)>. Acesso em: 14 jun. 2013. p. 4.

3 Disponível em: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=65230](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=65230)

A ampliação do acesso à justiça, todavia, não foi o único objetivo da instituição dos Juizados, que preocupou-se também em atender ao critério da eficiência, enunciado pelo Ministério da Desburocratização. Como bem observa Tatiana Bissoni Vhoss<sup>4</sup>:

O novo procedimento exigiria do operador jurídico uma nova postura para se adaptar a um sistema totalmente informal e simples. O contato direto com as partes possibilita ao juiz verificar o resultado da sua atuação. Mais que um simples acesso à Justiça, o Juizado se tornou um lugar onde o magistrado tem mais autonomia na condução do processo e na produção das provas, maior conscientização dos problemas sociais dos jurisdicionados, maior contato com a realidade social e com o interesse coletivo.

Nessa esteira de pensamento, verifica-se que a criação dos Juizados Especiais Federais, além de buscar agilizar o julgamento de questões de menor valor envolvendo a União, suas autarquias, fundações e empresas públicas; objetivou, também, a ampliação do acesso à justiça, desafogando a Justiça Federal das causas menores, para que pudesse empregar maior empenho nas causas de maior repercussão, e proporcionando à população mais carente, especialmente, o efetivo exercício de seus direitos eventualmente violados.

Nas palavras de Tourinho Neto e Figueira Júnior<sup>5</sup>:

Buscou-se, desde então, concretizar o oferecimento de uma nova forma de justiça com o advento do novo milênio, de maneira a equacionar o acesso à jurisdição federal com a instrumentalidade e a efetivação do processo (acesso à ordem jurídica justa), mediante a redução da litigiosidade contida, diminuindo-se de maneira reflexa a carga de demandas da Justiça Federal comum [...].

A simplificação do procedimento e do acesso à Justiça Federal, intentado pela criação dos Juizados Especiais Federais, facilitou, por exemplo, o ajuizamento e o trâmite das causas previdenciárias, reduzindo, por um lado, o número dessas demandas encaminhadas ao rito ordinário, e aumentando, por outro, o efetivo exercício dos direitos eventualmente violados nessa parte, especialmente para a população mais carente.

Nesse contexto, Flávio Dino de Castro e Costa<sup>6</sup>, durante palestra proferida em seminário que versou sobre o tema dos Juizados Especiais Federais logo após a sua criação<sup>7</sup>, divulgou previsão estatística no sentido

4 VHOSS, op. cit, p. 4.

5 NETO, Fernando da Costa Tourinho; JUNIOR, Joel Dias Figueira. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 44-46.

6 COSTA, Flávio Dino de Castro apud NETO, Fernando da Costa Tourinho; JUNIOR, Joel Dias Figueira. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 51.

7 17 a 19.09.2001

de que mais de 90% das ações previdenciárias novas tramitarão sob a égide da Lei nº 10.259/2001, afirmando que:

Os Juizados Especiais Federais, no limitado espaço da atuação judiciária e das nossas fronteiras territoriais, podem representar um eficiente canal para que os mais fracos econômica e politicamente manifestem suas aspirações e tenham seus direitos protegidos. Se isso ocorrer, temos retirado destas pessoas o sentimento de opressão absoluta e irreversível – que pode se transformar em atos incompatíveis com os direitos e com o regime democrático.

Objetivou-se, também, implantar na Justiça Federal a cultura da conciliação, que deve ser alcançada para a ideal solução dos conflitos, restabelecendo entendimentos e compondo as controvérsias, sem a necessidade de se declarar vencedores e vencidos, pois só assim a pacificação social pode ser efetivamente alcançada.

### 1.3 Princípios informadores

Em que pese a omissão da Lei nº 10.259/2001, aplicam-se aos Juizados Especiais Federais, por interpretação da norma insculpida no art. 1º do referido diploma legal, o disposto no art. 2º da Lei nº 9.099/95, segundo o qual “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

Figueira Júnior<sup>8</sup> salienta que, embora o legislador tenha se utilizado da expressão ‘critérios’, trata-se, na verdade, de verdadeiros ‘princípios’ processuais que constituem nada menos do que um complexo de todos os preceitos que originam, fundamentam e orientam o processo no âmbito dos Juizados Especiais.

Dentre os princípios referidos no art. 2º da Lei nº 9.099/95, um dos mais importantes, sem dúvida, é o princípio da oralidade. Mediante sua aplicação, objetiva-se garantir maior agilidade à entrega da prestação jurisdicional, conferindo predominância da palavra oral sobre a escrita.

Com efeito, como bem observa Chiovenda<sup>9</sup>,

[...] a experiência resultante da história nos permite afirmar que o processo oral é, sempre sombra de dúvida, o melhor e o mais de acordo com a natureza e as exigências da vida moderna, visto que sem ponto comprometedor; mas, em vez disso, melhor garante a boa índole intrínseca da decisão, a qual é fornecida mais economicamente com mais

8 NETO et al., op. cit., p. 89.

9 CHIOVENDA, Giuseppe apud NETO, Fernando da Costa Tourinho; JUNIOR, Joel Dias Figueira. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 92-93.

simplicidade e prontamente. E no tocante à celeridade do processo oral, ele dura três ou quatro vezes menos tempo do que o processo escrito.

Ainda segundo o ilustre mestre italiano<sup>10</sup>, o processo oral resolve-se com a aplicação dos seguintes princípios: a) prevalência da palavra como meio de expressão combinada com uso de meios escritos de preparação e de documentação; b) imediação da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações deva apreciar; c) identidade das pessoas físicas que constituem o juiz durante a condução da causa; d) concentração do conhecimento da causa num único período (debate) a desenvolver-se numa audiência ou em poucas audiências contíguas; e) irrecorribilidade das interlocutórias em separado.

Pode-se afirmar, assim, que o princípio da oralidade engloba outros norteamentos principiológicos complementares ou desmembramentos, representados pelos princípios do imediatismo, da concentração, da imutabilidade do Juiz e da irrecorribilidade das decisões.

Atento à importância da aplicação do princípio da oralidade nos Juizados Especiais, dispôs o legislador, por exemplo, que: a) só os atos exclusivamente essenciais serão objeto de registro escrito (art. 65, §3º, da Lei nº 9.099/95); b) nenhum ato será adiado (art. 80 da Lei nº 9.099/95); c) todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento (art. 81, §1º, da Lei nº 9.099/95); d) a sentença será proferida em audiência (art. 81, §2º, da Lei nº 9.099/95); e) somente será admitido recurso de sentença definitiva, salvo nos casos do art. 4º (art. 5º da Lei nº 10.259/2001).

No que se refere aos princípios da simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, observa Figueira Júnior<sup>11</sup> que “são eles decorrentes do próprio texto constitucional, que exige no inc. I do art. 98 da Lei Maior, que se observe nos Juizados Especiais a *oralidade em grau máximo*, donde exsurge o procedimento verdadeiramente *sumaríssimo*”, cujas características são a rapidez, a simplicidade, a informalidade e a economia processual.

Por força do princípio da informalidade, busca-se o desapego às formas processuais rígidas, burocráticas. Desse modo, os juízes, conciliadores e servidores do Juizado deverão evitar, ao máximo, o formalismo, a exigência desproporcional no cumprimento das normas processuais e cartorárias, o cerimonial que inibe e atormenta as partes<sup>12</sup>.

O procedimento, outrossim, deve ser simples, natural, sem aparato, franco, espontâneo, a fim de deixar os interessados à vontade para exporem seus objetivos<sup>13</sup>.

A diminuição de fases e de atos processuais, por sua vez, leva à rapidez, à economia de tempo, e, por conseguinte, à economia de custos.

10 CHIOVENDA, op. cit., p. 65.

11 NETO et al., op. cit., p. 99.

12 Ibidem, p. 68.

13 Ibidem

Objetiva-se, assim, o “máximo resultado com o mínimo emprego possível de atividades processuais”<sup>14</sup>.

Em outras palavras, as demandas precisam ser rápidas à solução dos conflitos, simples em sua tramitação, informais nos seus atos e termos e o menos onerosas possíveis aos litigantes, bem como econômicas, compactas, na consecução das atividades processuais <sup>15</sup>.

Ressalte-se, todavia, que, não obstante a existência de princípios específicos que orientem a atuação dos Juizados Especiais, todos os demais princípios fundamentais à orientação do universo processual civil e que estejam em sintonia com o espírito dos Juizados Especiais, têm ampla e irrestrita aplicabilidade neste microsistema.

## 2 PRINCÍPIO DA CELERIDADE

### 2.1 Origem e conteúdo

O fantasma da morosidade processual sempre atormentou as sociedades humanas, não constituindo, assim, uma novidade dos tempos modernos. A título exemplificativo, Koehler<sup>16</sup> cita: a) a edição, pelo Imperador Carlos Magno, nos idos do século XVIII, como solução para a referida questão, da Disposição Capitular 775, com o seguinte teor: “Quando o Juiz demorar a proferir sentença, o litigante deverá instalar-se em casa dele e aí viverá, de cama e mesa à custa dele”; b) as admoestações do filósofo Francis Bacon (séc. XVI) - “se a injustiça das sentenças as torna amargas, as delongas as fazem azedas” -, do Conselheiro Jean de la Bruyère (séc. XVII) - “a demora na administração da justiça constitui, na verdade, pura denegação de justiça!” -, de Goethe (fim do séc. XVIII) e de Shakespeare (séc. XVI) sobre a lentidão alarmante do funcionamento dos órgãos da justiça.

A preocupação por um processo mais célere possui, portanto, séculos de existência e, não obstante as inúmeras simplificações criadas ao longo dos anos, continua sendo um problema do qual se ocupa recorrentemente as legislações dos séculos XX e XXI.

A demora da tramitação processual não se compatibiliza com a efetividade que se requer e se espera da tutela jurisdicional, o que exige, cada vez mais, um tempo razoável de duração do processo.

Uma justiça demorada, por outro lado, afasta o cidadão da prestação jurisdicional.

14 NETO et al., op. cit.

15 Ibidem, p. 99.

16 KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. 2. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 21.

Desse modo, a partir do momento em que o Estado retirou do cidadão o poder da auto-tutela, esperava-se que assegurasse meios céleres e eficazes para a solução dos conflitos.

Não é o que ocorre, todavia. Por conta da morosidade no trâmite processual, o cidadão perde a confiança no sistema jurisdicional, pois, além de, muitas vezes, ter que esperar longos e angustiosos anos para obter uma sentença, o processo, ao chegar ao seu final, pode ter perdido o objeto, a sua razão de ser.

Para Dinamarco<sup>17</sup>, a angústia da longa espera pela efetivação do direito perseguido é, no direito moderno, um dos principais fatores de desprestígio do Poder Judiciário, de modo que acelerar os resultados do processo tornou-se uma obsessão nas modernas especulações sobre a atividade jurisdicional.

Nesse contexto, cita os mestres italiano Vincenzo Vigoriti, que enxerga o binômio custo-duração como o eixo em torno do qual gravitam todos os males da justiça contemporânea, e Carnelutti, segundo o qual o tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas.

Koehler<sup>18</sup>, por sua vez, citando estudo de Vladimir Santos Vitovsky<sup>19</sup>, salienta que as pesquisas demonstram que a morosidade do trâmite processual é o fator de maior influência na imagem negativa do Poder Judiciário perante o jurisdicionado, minando a confiança que o cidadão deposita na Justiça. Desse modo, o problema essencial, nos dias de hoje, não é mais o ingresso dos conflitos na Justiça, mas sim o seu término, por meio da resolução das lides em tempo razoável.

Por essas razões, a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (art. 6º, §1º) afirma, por exemplo, que “[...] a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”.

E não podemos esquecer Rui Barbosa<sup>20</sup>, que já advertia, ao discursar para seus afilhados, bacharelados de 1920 da Faculdade de São Paulo:

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.

No mesmo sentido, Canotilho<sup>21</sup> afirma que:

17 DINAMARCO apud KOEHLER, op. cit., p. 23

18 KOEHLER, op. cit., p. 25

19 Morosidade e suas vicissitudes: desafios para a avaliação da produtividade do juiz federal

20 BARBOSA, Rui. *Rui Barbosa: escritos e discursos seletos*. 3. Reimp. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997

21 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 1998. p. 466-467.

A protecção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma protecção eficaz e temporalmente adequada.

[...]

Além disso, ao demandante de uma protecção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em tempo útil (adequação temporal, justiça temporalmente adequada), obter uma sentença executória com força de caso julgado – a justiça tardia equivale a uma denegação de justiça.

Percebe-se, portanto, que, mediante a aplicação do princípio da celeridade, busca-se à máxima rapidez em breve espaço de tempo, no desempenho da função jurisdicional e na efetiva resolução do processo.

Não se pode olvidar, outrossim, que com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, dispondo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, a preocupação com a celeridade processual foi alçada à categoria de garantia constitucional, devendo estar presente, não apenas no procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais, mas em todo o ordenamento processual.

## 2.2 Aplicação nos Juizados Especiais

Ante o que foi exposto, pode-se afirmar que um dos princípios mais importantes, para consecução dos objetivos dos Juizados Especiais, é o princípio da celeridade.

Com efeito, como já demonstrado alhures, um dos principais motivos que levaram à criação dos Juizados Especiais foi justamente conferir uma maior agilidade na tramitação de causas de menor complexidade, o que se buscou alcançar mediante a implementação de um procedimento orientado por princípios que o afastam do procedimento comum.

E essa celeridade é garantida, nos Juizados Especiais, por medidas como a concentração dos atos processuais em única audiência, instauração imediata da audiência de conciliação, vedação das modalidades de intervenção de terceiros, simplificação dos atos e termos processuais, dentre outras.

Em razão disso, não há, nos Juizados Especiais, por exemplo, prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual nem reexame necessário. A documentação necessária ao esclarecimento da causa deve ser apresentada até a instalação da audiência de conciliação, o exame técnico é realizado antes da audiência de conciliação e o pagamento das obrigações de quantia certa será efetuado diretamente ao requerente na agência bancária mais próxima, no prazo de 60 dias, contados da entrega da requisição, independentemente de precatório.

Por outro lado, considerando que a essência do procedimento sumaríssimo reside na dinamização da prestação jurisdicional, todos

os outros princípios que informam os Juizados Especiais guardam uma estreita relação com a celeridade processual, podendo-se, inclusive, afirmar que a aplicação dos demais princípios busca justamente garantir a celeridade processual.

De fato, o princípio da oralidade, por exemplo, ao possibilitar uma concentração dos atos processuais, gera um julgamento mais célere do processo.

Ressalte-se, todavia, que, embora se exija, muitas vezes, para a sua afirmação, a limitação de princípios constitucionais, como a segurança jurídica, a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal e a estabilidade dos atos processuais; não se pode aceitar, em nome da celeridade, o aniquilamento dessas garantias constitucionais.

A busca pela celeridade, portanto, não deve ser um fim em si mesmo, nem tampouco pode se descuidar dos demais princípios constitucionais.

Discorrendo sobre o princípio da celeridade processual, a que denomina de princípio da tempestividade da tutela jurisdicional, Câmara adverte<sup>22</sup>:

Todo processo demora um tempo. É o que, em boa doutrina, já se chamou de ‘tempo do processo’. Tem havido, modernamente, uma busca quase que desenfreada pela celeridade do processo, mas há um tempo que precisa ser respeitado.

[...] Não se pode, porém, querer que o processo dê respostas imediatas a quem postula tutela jurisdicional. Algum tempo, perdoe-se a insistência, o processo tem de demorar.

No mesmo sentido, ensina Carnelutti<sup>23</sup>:

O proceso dura; não se pode fazer tudo de uma vez. É necessário ter paciência. Semeia-se, como faz o camponês, e se há de esperar para colher. Junto à atenção há de se colocar a paciência entre as virtudes necessárias ao juiz e às partes. Desgraçadamente, estas são impacientes por definição; impacientes como os enfermos, pois sofrem também elas. Uma das funções dos defensores é inspirar-lhes a paciência. O *slogan* da justiça rápida e segura, que se encontra sempre nas bocas dos políticos inexpertos, contém, desgraçadamente, uma contradição *in adiecto*; se a justiça é segura, não é rápida; se é rápida, não é segura. Algumas vezes a semente da verdade leva anos, até mesmo séculos, para converter-se em espiga (*veritas filia temporis*).

O princípio da celeridade processual não deve, portanto, visar à criação de processos instantâneos, mas tão apenas assegurar a existência de um sistema processual em que não haja dilações indevidas. Ao mesmo tempo em que não deve demorar mais do que o estritamente necessário

22 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 67.

23 CARNELUTTI, Francesco apud CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 67.

para que se possa alcançar os resultados justos visados por força da garantia do devido processo, o processo deve demorar todo o tempo necessário para que tal resultado possa ser alcançado<sup>24</sup>.

A sua previsão, portanto, legitima a punição de todas as condutas, comissivas ou omissivas, que visem protelar o resultado final do processo; sendo decorrências de sua aplicação, por exemplo, a possibilidade de antecipação da tutela jurisdicional satisfativa como sanção contra o réu que abusa do direito de defesa (art. 273, II, do CPC), como também, as sanções contra a litigância de má-fé (art. 17 do CPC) e a responsabilidade civil do juiz que injustificadamente retarda a prática de ato que deveria praticar (art. 133, II, do CPC)<sup>25</sup>.

Ressalte-se, outrossim, que o mero fato do direito a um processo com duração razoável e à celeridade ter sido alçado a garantia constitucional não é o suficiente para resolver todos os problemas da morosidade processual.

Como bem adverte Câmara<sup>26</sup>:

[...] Não é reformando leis processuais que serão resolvidos os problemas da morosidade do Poder Judiciário. É preciso, isto sim, promover-se uma reforma estrutural, que dê ao Poder Judiciário meios efetivos para bem prestar tutela jurisdicional, o que exige vontade política para mudar o atual estado de coisas”.

Por essas razões, assim como aconteceu com os Juizados Estaduais de Pequenas Causas, os Juizados Especiais Federais não conseguiram, mesmo com o seu procedimento sumaríssimo, imprimir a celeridade desejada aos seus feitos, o que tem levado seus operadores a ampliar perigosamente, em nome dessa celeridade, as regras mitigadoras de importantes garantias processuais, como é a garantia do contraditório.

### 3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

#### 3.1 Origem e conteúdo

O princípio do contraditório, ou princípio da audiência bilateral, está consagrado no art. 5º, LV, da Constituição Federal, segundo o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>24</sup> CÂMARA, op. cit., p. 68.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 69.

Suas raízes se encontram no brocardo romano *audiatur et altera pars*, significando, em síntese, que o juiz não pode decidir sobre uma pretensão, se não for ouvida a outra parte, contra a qual é deduzida.

Com efeito, como explicam Cintra *et alli*<sup>27</sup>, o juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas, de modo que, ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra, pois somente assim se garantirá a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Ou seja, somente pela soma das parcialidades das partes (uma representando a *tese* e a outra, a *antítese*), o juiz pode corporificar a *síntese*, em um processo dialético.

Por essas razões, não se pode dizer que as partes, em relação ao juiz, possuem o papel de antagonistas, e sim de “colaboradores necessários”, cada uma agindo no processo de acordo o próprio interesse, mas cuja ação combinada serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que as envolve.

Está, portanto, umbilicalmente ligado à ideia de ampla defesa, implicando a necessidade de que cada litigante tenha ciência dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário, pois somente conhecendo-os, poderá a parte efetivar o contraditório. Pode-se dizer, assim, que é constituído, em síntese, por dois elementos: a) informação; e b) reação.

É uma garantia tão importante que não admite exceções, pois mesmo nos casos de urgência, em que o juiz, para evitar o *periculum in mora*, provê, *inaudita altera parte*, o demandado poderá desenvolver sucessivamente a atividade processual plena e sempre antes que o provimento se torne definitivo.

Em virtude de sua natureza constitucional, deve ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial.

Nesse contexto, salienta Câmara<sup>28</sup> que o processo justo (ou, em outras palavras, o devido processo legal) exige não apenas contraditório, mas também isonomia – conviverem harmonicamente, tendo as partes do processo não só oportunidade de participação, mas identidade de oportunidades. Ou seja, há que se assegurar não só o contraditório, mas um contraditório que, além de efetivo (isto é, capaz de permitir resultados adequados na formação do provimento jurisdicional), seja também equilibrado, o que se assegura com a igualdade substancial de tratamento deferida às partes.

Cintra *et alli*<sup>29</sup> observam, por outro lado, que ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das

27 CINTRA et alli, op. cit., p. 64.

28 CÂMARA, op. cit., p. 61.

29 CINTRA et alli, op. cit., p. 64

pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo.

No mesmo sentido, salienta Câmara<sup>30</sup> que o contraditório é tão relevante para o processo que chega a integrar o seu conceito, sendo lícito afirmar que não existe processo onde não existe contraditório, podendo-se dizer, assim, que o contraditório deve ser tido como o elemento identificador dos processos estatais destinados à elaboração de provimentos resultantes do exercício do poder soberano.

Trata-se, assim, de princípio essencial do Direito Processual, devendo ser entendido sob dois enfoques: um jurídico e outro político<sup>31</sup>.

Sobre o enfoque político, trataremos mais adiante. No que tange ao ponto de vista estritamente jurídico, o contraditório pode ser definido como a garantia de ciência bilateral dos atos e termos do processo com a consequente possibilidade de manifestação sobre os mesmos<sup>32</sup>.

É assim que, proposta uma ação, deve-se citar o réu, informando-o da existência de uma demanda que contra ele foi proposta, para que possa oferecer sua defesa. No mesmo diapasão, se no curso do processo alguma das partes juntar aos autos um documento qualquer, é preciso intimar a parte adversa, para que esta, tomando conhecimento da existência do documento, possa sobre ele se manifestar.

Como se vê, a garantia do contraditório, ao contrário do que se possa imaginar, não se esgota no direito de contestar o pedido da parte autora. Engloba, também, o direito de se manifestar sobre tudo o que for produzido em juízo a fim de influenciar o convencimento do julgador.

Mendes e Branco<sup>33</sup> observam, outrossim, que a doutrina constitucional há muito vem enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo, pois, como bem anota Pontes de Miranda, o que o constituinte pretende efetivamente assegurar é uma *pretensão à tutela jurídica*.

Ressaltam, inclusive, não ser outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado, informando, por exemplo, que a Corte Constitucional alemã, ao apreciar o chamado *“Anspruch auf rechtliches Gehör”* (*pretensão à tutela jurídica*) no direito alemão, assinala que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar.

30 CAMÁRA, op. cit., p. 64

31 Ibidem, p. 59.

32 Ibidem.

33 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 436.

Por essas razões, salientam que a *pretensão à tutela jurídica*, correntemente apontada como correspondente exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos<sup>34</sup>:

- *direito de informação (Recht auf Information)*, que obriga o órgão julgador a informar às partes os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- *direito de manifestação (Recht auf Äusserung)*, que assegura a possibilidade de manifestação, oralmente ou por escrito, sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- *direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung)*, que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas.

No que tange especificamente ao direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, Mendes e Branco<sup>35</sup> sustentam que o referido direito envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar séria e detidamente as razões apresentadas, derivando, inclusive, dessa obrigação, o dever de fundamentar as decisões previsto no art. 93, IX, da CF/88.

Ao direito de informação e de reação, soma-se, assim, o direito de ter seus argumentos levados em consideração pelo órgão julgador.

### 3.2 Importância para a legitimidade das decisões judiciais

Além do aspecto jurídico, o contraditório também constitui uma garantia política conferida às partes do processo, pois é por meio dele que se assegura a legitimidade do exercício do poder, a qual, por sua vez, se consegue pela participação dos interessados na formação do provimento jurisdicional.

Como se sabe, em um Estado Democrático de Direito, o exercício do poder deve ser não apenas legal, mas também legítimo. Essa legitimidade é exigida em todas as manifestações do exercício do poder, inclusive quando do exercício da função jurisdicional. Em outras palavras, cada ato ou procedimento estatal para exercício de poder deve ser encarado como um microcosmo do Estado Democrático de Direito<sup>36</sup>.

Assim como várias outras manifestações do poder soberano do Estado, o exercício da função jurisdicional ocorre por meio de

<sup>34</sup> MENDES et al., op. cit., p. 436-437.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 437.

<sup>36</sup> CÂMARA, op. cit., p. 61-62

um procedimento destinado à elaboração de um provimento. Esse procedimento, todavia, só se legitima pela participação dos interessados no provimento que vai se formar.

No desempenho da função jurisdicional, a participação dos interessados se concretiza na garantia constitucional do contraditório, que pode, assim, ser compreendida como o direito de participação no processo que tem por fim legitimar o provimento estatal que nele se forma.

Com efeito, como bem observam Cintra *et all*<sup>37</sup>,

“é assegurando às partes os caminhos para participar e meios de exigir a devida participação do juiz em diálogo que o procedimento estabelecido em lei recebe sua própria legitimidade e, ao ser devidamente observado, transmite ao provimento final a legitimidade de que ele necessita”.

Em outras palavras, o provimento jurisdicional somente poderá ser considerado legítimo quando emanado de um processo em que se tenha assegurado o direito de participação de todos aqueles que, de alguma forma, serão atingidos pelos efeitos do referido provimento.

Decisões proferidas sem que se assegure o direito de participação daqueles que serão submetidos aos seus efeitos são ilegítimas e, por conseguinte, inconstitucionais, já que ferem os princípios básicos do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Leal<sup>38</sup> assevera:

[...] o *princípio do contraditório* é referente lógico-jurídico do *processo* constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos, a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo *direito-garantia* de se manifestarem. Daí o direito ao contraditório ter seus fundamentos na liberdade jurídica tecnicamente exaurida de contradizer, que, limitada pelo tempo finito (prazo) da lei, converte-se em ônus processual se não exercida. Conclui-se que o *processo*, ausente o contraditório, perderia sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes. (grifos no original)

Essa legitimidade que decorre do direito ao contraditório pode ser explicada pela teoria do agir comunicativo de Habermas, para quem a legitimidade de um ordenamento político, por exemplo, depende da existência de bons argumentos que permitam reconhecê-lo como justo e equânime.

Legitimidade significa que há bons argumentos para que um ordenamento político seja reconhecido como justo e equânime; um

37 CINTRA et alli, op. cit, p. 283-284.

38 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 2012. p. 99.

ordenamento legítimo merece reconhecimento. Legitimidade significa que um ordenamento político é digno de ser reconhecido<sup>39</sup>.

Isso porque, segundo a referida teoria, as proposições racionais seriam aquelas que podem ser validadas em um processo argumentativo. Ou seja, seria por meio de uma relação comunicativa, em que os protagonistas apresentam seus argumentos visando persuadir os interlocutores, que nasceria a racionalidade de uma proposição.

Em outras palavras, a racionalidade de uma proposição nasce da relação intersubjetiva entre protagonistas e interlocutores de um discurso.

Para Habermas, somente a argumentação em forma de discurso permite o acordo de indivíduos quanto à validade das proposições ou à legitimidade das normas. Por outro lado, o discurso pressupõe a interação, isto é, a participação de atores que se comunicam livremente e em situação de simetria. Em uma relação comunicativa, todos os participantes estão em pé de igualdade, inexistindo primazia ou superioridade da ideia de um em relação à do outro.

Em suas palavras, a ação comunicativa ocorre

sempre que as ações dos agentes envolvidos são coordenadas, não através de cálculos egocêntricos de sucesso mas através de atos de alcançar o entendimento. Na ação comunicativa, os participantes não estão orientados primeiramente para o seu próprio sucesso individual, eles buscam seus objetivos individuais respeitando a condição de que podem harmonizar seus planos de ação sobre as bases de uma definição comum de situação. Assim, a negociação da definição de situação é um elemento interpretativo requerido pela ação comunicativa<sup>40</sup>.

Transportando essas ideias para o processo, verifica-se que, ao se assegurar um contraditório efetivo, permite-se que as partes participem, de fato, na construção da decisão judicial, a qual possivelmente não representará um consenso, mas certamente gozará de uma maior aceitação por parte daqueles que ajudaram a construí-la.

A aceitabilidade racional dos juízos dos juizes deve ser, portanto, analisada sob o ponto de vista da qualidade dos argumentos e da estrutura do processo de argumentação. Ou seja,

as qualidades constitutivas da validade de um juízo devem ser procuradas, não apenas na dimensão lógica-semântica da construção de argumentos e da ligação lógica entre as proposições, mas também na dimensão pragmática do próprio processo de fundamentação<sup>41</sup>.

39 HABERMAS, J. *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico*. 1983. p. 219-220

40 HABERMAS, Jürgen apud PINTO, José Marcelino de Rezende. *A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-863X1995000100007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-863X1995000100007&script=sci_arttext)>. Acesso em: 15 nov. 2013.

41 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 281.

## 4 CONFLITO ENTRE CELERIDADE E CONTRADITÓRIO NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

### 4.1 Celeridade e contraditório nos Juizados Especiais

Como já destacado anteriormente, o princípio da celeridade é um dos mais importantes princípios que rege o procedimento nos Juizados Especiais Federais, sendo necessária, em decorrência de sua aplicação, a mitigação de vários princípios processuais, alguns com assento constitucional, como o direito ao contraditório, por exemplo.

Ocorre, todavia, que o Poder Judiciário, cada vez mais preocupado com números, tem fortemente mitigado, em nome da celeridade, importantes garantias constitucionais, em especial a garantia ao contraditório.

Com efeito, são inúmeras as posturas adotadas no âmbito dos Juizados Especiais Federais que acabam por reduzir o contraditório a uma mera formalidade.

Tomemos, como exemplo, o que ocorre nas causas que têm por objeto a concessão de benefício previdenciário por incapacidade (auxílio-doença e aposentadoria por invalidez).

A aposentadoria por invalidez é o benefício previdenciário concedido ao segurado da Previdência Social que, tendo cumprido a carência, quando for o caso, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência<sup>42</sup>.

O auxílio-doença, por sua vez, é o benefício previdenciário devido ao segurado da Previdência Social que, tendo cumprido a carência, quando for o caso, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos<sup>43</sup>.

Como se vê, ambos os benefícios, além da qualidade de segurado e do cumprimento da carência, quando for o caso, exigem, para a sua concessão, a existência de incapacidade laborativa, diferenciando-se apenas pelo grau dessa incapacidade.

A verificação da condição de incapacidade é feita mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social.

Pois bem. Quando um segurado ingressa com uma ação judicial pleiteando a concessão de um desses benefícios previdenciários, indeferido administrativamente em razão de parecer contrário da perícia médica da Previdência Social, que concluiu pela ausência de incapacidade laborativa, o deslinde do feito dependerá de prova que afaste a presunção de veracidade e legitimidade que milita em favor do ato administrativo. Essa prova, em se tratando de discussão sobre a incapacidade laborativa do segurado, é a prova pericial.

<sup>42</sup> Art. 42 da Lei 8.213/91

<sup>43</sup> Art. 59 da Lei 8.213/91

Sendo assim e considerando tudo o que foi exposto acerca do contraditório, pode-se afirmar que a decisão judicial pautada nas conclusões da prova pericial somente será legítima, democraticamente falando, na medida em que assegurar às partes, especialmente àquela a quem as conclusões sejam desfavoráveis, o direito de se manifestar, antes do julgamento, sobre o conteúdo da referida prova, a fim de que sua manifestação seja levada em consideração pelo juiz na formação do seu convencimento.

Com efeito, como já demonstrado alhures, o contraditório, do ponto de vista jurídico, constitui, nada mais, nada menos, do que a garantia de ciência bilateral dos atos e termos do processo com a consequente possibilidade de manifestação sobre os mesmos.

Ele não se esgota, outrossim, no direito de contestar o pedido da parte autora, englobando também o direito de se manifestar sobre tudo o que for produzido em juízo a fim de influenciar o convencimento do julgador.

Destarte, proposta uma ação, deve-se proceder à citação do réu, informando-lhe da existência de uma demanda que contra ele foi proposta e assegurando-lhe o direito de se defender. Por outro lado, se no curso do processo alguma das partes juntar aos autos um documento qualquer, é preciso intimar a parte adversa, para que esta, tomando conhecimento da existência do documento, possa sobre ele se manifestar. Por fim, todos os argumentos levantados pelas partes durante o procedimento devem ser contemplados pelo julgador no momento de decidir.

Em ações em que se discute a concessão de benefícios previdenciários por incapacidade, não basta, portanto, para se garantir o contraditório, que o réu seja citado para contestar. O contraditório substancial exigido pela Constituição Federal, nesses casos, somente será efetivamente garantido, se ao réu for garantida a oportunidade de se manifestar sobre as conclusões da perícia judicial que lhe foi desfavorável, única forma de poder influenciar o convencimento do julgador.

Não é, todavia, o que vem ocorrendo no âmbito dos Juizados Especiais Federais, onde a preocupação por um processo cada vez mais célere tem reduzido o contraditório ao direito de contestar.

No âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a Portaria nº 06, de 15 de dezembro de 2009, da Coordenação dos Juizados Especiais Federais, por exemplo, recomenda aos juízes federais que, em nome da celeridade, não intimem as partes do laudo médico pericial, cuja discussão deverá ser objeto do recurso (art. 1º, “c”).

Eis o teor do referido ato normativo, *verbis*:

“O COORDENADOR DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA PRIMEIRA REGIÃO, no uso de suas atribuições legais,

RECONHECENDO a *necessidade de dar maior celeridade aos feitos* que tramitam nos Juizados e nas Turmas Recursais,

[...],

RECOMENDA:

1. Aos Juízes dos Juizados:

[...]

c) *não intimar as partes do laudo médico pericial. A discussão do laudo deverá ser objeto de recurso.*

[...].” (grifos nossos).

Embora se trate apenas de uma recomendação, a postura de não intimar as partes do laudo médico pericial é seguida por vários juízes que atuam nos Juizados Especiais Federais.

Veja-se, por exemplo, como o MM. Juízo da 21ª Vara dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária da Bahia, em sentença proferida nos autos do Processo 0001631-51.2013.4.01.3300, manifestou-se sobre o direito das partes de se manifestar sobre o laudo pericial:

Relativamente ao pleito, formulado na contestação, de vista dos autos após apresentação do laudo pericial, registro que não há prévia intimação das partes para manifestação acerca do laudo pericial em obséquio a uma prestação jurisdicional mais célere, de forma a efetivar os princípios *celeridade, informalidade, simplicidade e, principalmente, economia processual* no caso concreto.

[...]

A prévia intimação das partes tem, inequivocamente, o condão de retardar esta resposta, o que não se deseja.

É importante, contudo, que se diga que a celeridade da prestação jurisdicional almejada não é feita sem critério. Embora seja reclamo geral uma prestação jurisdicional mais célere, é igualmente necessário que seja de qualidade, esmerando-se este juízo pela consecução de tais valores.

Neste ponto, impende destacar que os laudos periciais são objeto de criteriosa análise para, à luz do caso *sub judice*, decidir pelo mérito da ação.

Fica, pois, indeferido o pleito de vista após a juntada do laudo pericial<sup>44</sup>.

O MM. Juízo da 15ª Vara dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária da Bahia, por sua vez, assim se manifestou nos autos do Processo 0041033-76.2012.4.01.3300:

<sup>44</sup> Trecho da fundamentação da sentença proferida nos autos do Processo 0001631-51.2013.4.01.3300, que tramitou perante a 21ª Vara dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária da Bahia.

Inicialmente, adoto o entendimento assente na Portaria n. 06/2009, da COJEF da 1ª Região, para afastar a alegação de violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa por ausência de intimação das partes para manifestação sobre o laudo médico, visto que as partes terão oportunidade de impugnar as decisões que lhes sejam prejudiciais por meio de recurso da sentença. Dessa maneira, inexistente prejuízo às partes, a justificar a alegada nulidade, nos termos do art. 13 da Lei n. 10.259/2001, devendo-se priorizar a finalidade do ato e não a sua forma<sup>45</sup>.

Observe-se que a primeira decisão defende a ausência de prévia intimação das partes para se manifestar acerca do laudo pericial, como uma forma de efetivar os princípios da celeridade, da informalidade, da simplicidade e da economia processual no caso concreto, argumentando, outrossim, que estas conclusões são analidades criteriosamente pelo Juízo.

Olvida-se, todavia, que o contraditório pressupõe o direito das partes se manifestar sobre tudo o que for produzido em juízo a fim de influenciar o convencimento do julgador.

A segunda decisão, por sua vez, manifesta-se contrariamente ao pedido de vista, sob o fundamento de que as partes terão oportunidade de impugnar as decisões que lhes sejam prejudiciais por meio de recurso de sentença; olvidando-se, mais uma vez, o direito das partes de influenciar o convencimento do julgador, mediante a apresentação de seus argumentos sobre a prova que irá fundamentar o julgamento da lide.

Saliente-se que essa postura, em primeiro lugar, vai de encontro à própria Lei dos Juizados Especiais Federais, que dispõe: “Art. 12. Para efetuar o exame técnico necessário à conciliação ou ao julgamento da causa, o Juiz nomeará pessoa habilitada, que apresentará o laudo até cinco dias antes da audiência, independentemente de intimação das partes”.

Ora, ao determinar a apresentação do laudo até cinco dias antes da audiência, fica clara a intenção do legislador de garantir às partes o conhecimento das conclusões do exame técnico antes da realização da assentada.

Em nome da celeridade, todavia, os juízes que atuam nos Juizados Especiais Federais não apenas deixam de designar audiência de conciliação e julgamento nas causas que discutem a concessão de benefício previdenciário por incapacidade, que são decididas em gabinete, como também não intimam as partes para se manifestar sobre o conteúdo da prova pericial.

Por outro lado, o fato de as partes não terem a oportunidade de se manifestar sobre as conclusões da prova pericial antes do julgamento da lide acaba por vezes produzindo um efeito contrário ao desejado (celeridade), postergando o término da lide.

---

<sup>45</sup> Trecho da fundamentação da sentença proferida nos autos do Processo 0041033-76.2012.4.01.3300, que tramitou perante a 15ª Vara dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária da Bahia.

Com efeito, a partir do momento em que não tem a oportunidade de se manifestar, antes da sentença, sobre as conclusões da perícia judicial, a tendência é que a parte que foi prejudicada por essas conclusões interponha recurso da sentença, a fim de compelir o Poder Judiciário a levar em consideração a sua manifestação sobre a prova que fundamentou a solução da lide.

Essa postura, todavia, é chancelada pelas Turmas Recursais<sup>46</sup>, as quais, com base no Enunciado 84 do FONAJEF (Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais), entendem não ser causa de nulidade nos juizados especiais federais a mera falta de intimação das partes da entrega do laudo pericial. Nesse sentido, veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PRELIMINAR de CERCEAMENTO de DEFESA REJEITADA. AUXÍLIO-DOENÇA RESTABELECIMENTO. CONVERSÃO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PERÍCIA MÉDICA DEFICIENTE. NECESSIDADE de NOVA PERÍCIA. SENTENÇA CASSADA.

1. Não é causa de nulidade nos juizados especiais federais a mera falta de intimação das partes da entrega do laudo pericial. Enunciado FONAJEF 84. [..].” (1ª TR-TO, Rel. Juíza Federal ANA PAULA MARTINI TREMARIN, Processo 0013657-64.2008.4.01.4300, DJTO 17/09/2009).

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO DOENÇA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO LAUDO PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A realização de exame técnico no âmbito dos Juizados Especiais Federais é regulada pelo artigo 12 da Lei n. 10.259/01, que assim dispõe, *in verbis*: “*Para efetuar o exame técnico necessário à conciliação ou ao julgamento da causa, o Juiz nomeará pessoa habilitada, que apresentará o laudo até cinco dias antes da audiência, independentemente de intimação das partes*”. *In casu*, o Juízo *a quo* facultou às partes a elaboração de quesitos e indicação de assistente técnico em decisão proferida em 29/01/2010.

2. A simples ausência de intimação dos litigantes acerca do laudo pericial apresentado não configura hipótese de nulidade processual, conforme Enunciado FONAJEF 84. Ainda que assim não fosse, considerando os princípios que informam os Juizados Especiais, mormente o da celeridade, quando da interposição do recurso poderia a parte prejudicada se insurgir fundamentadamente acerca do trabalho técnico, não justificando, à luz do quanto enuncia o artigo 515, parágrafo 4º do Código de Processo Civil, a anulação da sentença apenas com esse fim. Preliminar rejeitada. [..].” (1ª TR-BA, Recurso contra sentença nº 0042957-30.2009.4.01.3300, Rel. Juiz Federal JOÃO PAULO PIRÓPO DE ABREU, Data do julgamento: 28 de julho de 2011)

46 Instância recursal dos Juizados Especiais Federais

#### 4.2 Os riscos da supremacia da celeridade em detrimento do contraditório para a dialeticidade do processo

A efetividade do processo, segundo Cunha<sup>47</sup>, exige que ele seja estruturado de forma dialética, atento ao princípio do contraditório, em razão do qual o processo há de ser participativo. A participação, além de própria do contraditório, é inerente ao regime democrático.

Nesse sentido, Dinamarco<sup>48</sup> leciona:

A participação é que legitima todo processo político e o exercício do poder. Para a efetividade do processo, colocada em termos de valor absoluto, poderia parecer ideal que o contraditório: a dialética do processo, que é fonte de luz sobre a verdade procurada, expressa-se na cooperação mais intensa entre o juiz e os contendores, seja para a descoberta da verdade dos fatos que não são do conhecimento do primeiro, seja para o bom entendimento da causa e dos seus fatos, seja para a correta compreensão das normas de direito e apropriado enquadramento dos fatos nas categorias jurídicas adequadas. O contraditório, em suas mais recentes formulações, abrange o direito das partes ao diálogo com o juiz: não basta que tenham aquelas a faculdade de ampla participação, é preciso que também este participe intensamente, respondendo adequadamente aos pedidos e requerimentos das partes, fundamentando decisões e evitando surpreendê-las com decisões de ofício inesperadas.

Leal<sup>49</sup> observa, por sua vez, que,

[...] no Estado de Direito Democrático, é o *povo* (legitimado ao processo) que faz e garante as suas próprias conquistas conceituais pelo *processo constitucional* legislante do que é *devido* (garantido, assegurado), não o juiz que é funcionário do povo. O juiz não é construtor do direito, mas concretizador do ato provimental de encerramento decisório do *discurso estrutural* do procedimento processualizado pelo *due process* democrático em suas incidências substancial (*substantive*) de garantias implantadas constitucionalmente e procedimental (*procedural*) do modo adequado de aplicação constitucionalmente assegurado.” (grifos no original).

A atividade jurisdicional, portanto, em razão do contraditório, deve pautar-se num esquema dialógico, exigindo do juiz que exerça a jurisdição com o auxílio das partes, proferindo uma decisão legítima, aprimorada e justa.

47 CUNHA, Leonardo Carneiro. *O princípio do contraditório e a cooperação no processo*. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>>. Acesso em: 27 nov. 2013.

48 DINAMARCO, Cândido Rangel apud CUNHA, Leonardo Carneiro. *O princípio do contraditório e a cooperação no processo*. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>>. Acesso em: 27 nov. 2013.

49 LEAL, Rosemíro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 43.

A decisão judicial, como salienta Cunha, não deve ser fruto do trabalho exclusivo do juiz, mas resultado de uma atividade conjunta, em que há interações constantes entre os diversos sujeitos que atuam no processo.

Em outras palavras, o princípio do contraditório deve ser visto como uma verdadeira cooperação, deixando o juiz de ser o autor único e solitário de suas decisões, que passam a ser fruto de uma atividade conjunta. Isso porque, como bem adverte Leal<sup>50</sup>,

[...] no sistema de *civil law* em que a conduta só tem validade, eficácia e legitimidade pela dotação normativa da lei, não há querer colocar em situações antagônicas as esferas de justificação e aplicação normativa, como se aquela fosse a vontade do *legislador* e esta a vontade do **juiz**, com exclusão da *articulação argumentativa* das partes (indivíduos, pessoas) que se faz pela estrutura procedimental constitucionalmente processualizada concretizadora do *due process*.

Ou seja, não se pode conceber a ideia de um Estado de Direito Democrático pelas cúpulas interpretativas (diálogos de especialistas) e não pela democratização discursiva da produção da lei<sup>51</sup>.

As democracias plenas exigem, portanto, que a hermenêutica desenvolvida no procedimento processualizado não se erga como técnica interpretativa do juízo de aplicação vertical (absolutista) do direito, mas como exercício democrático de discussão horizontal de direitos pelas partes no espaço-tempo construtivo da estrutura procedimental fixadora dos argumentos encaminhadores (preparadores) do provimento (sentença) que há de ser a conclusão das alegações das partes e não um ato eloquente e solitário de realização da justiça<sup>52</sup>.

Em suma, “a concretização do direito não é ato maiêutico do juiz, mas hermenêutico das partes a partir da procedimentalização argumentativa em modelo (escrito ou oral) autorizado pelo devido processo constitucional na *intra* e *infra* constitucionalidade.”<sup>53</sup>

É decididamente contrária à ideia de Estado de Direito Democrático a postura do julgador que se considera intérprete magno, monopolista, hermenêutico e jurisdicional e pensador legal e extrajurídico, que pode, baseado em fontes do conhecimento subjetivo, *extra*, *ultra* ou *citra lege*, produzir decisões justas (vangloriosas) ou compor, por sentenças legiferantes ou de *de lege ferenda*, soluções magníficas, justas (clarividentes), para os conflitos à margem da procedimentalidade modulada pelo *constitutional due process*<sup>54</sup>.

50 LEAL, op. cit., p. 44.

51 Ibidem, p. 45.

52 Ibidem.

53 Ibidem, p. 47.

54 LEAL, op. cit.

O procedimento em contraditório é, assim, fator irredutível de uma comunidades de intérpretes do ordenamento jurídico, tanto nas bases de produção como nas de aplicação da lei<sup>55</sup>.

Deve ocorrer, assim, um redimensionamento da máxima *iuria novit curia*, pois só é dado ao juiz pronunciar-se sobre a norma jurídica a ser aplicada ao caso depois de realizar o necessário diálogo com as partes.

Embora ainda sem previsão legal no Brasil, o princípio da cooperação tem base constitucional, sendo extraído do devido processo legal, bem como do princípio do contraditório. Com efeito, se o contraditório exige participação e, mais especificamente, uma soma de esforços para melhor solução da disputa judicial, o processo realiza-se mediante uma atividade de sujeitos em cooperação.

A necessidade de participação, que é a principal característica do Estado Democrático contemporâneo, constitui, portanto, o fundamento do princípio da cooperação, consagrado no novo CPC, que estabelece, em combinação com o princípio contraditório, a obrigatoriedade de discussão prévia da solução do litígio, conferindo às partes oportunidade de participar na construção das decisões judiciais, evitando, assim, a proliferação de “decisões-surpresa”.

Nesse sentido, Cunha observa que, seguindo previsão contida no CPC português<sup>56</sup>, da qual se extrai a existência de cooperação das partes com o tribunal, bem como do tribunal com as partes, o novo CPC contém dispositivos que exigem do juiz o dever de esclarecimento, o dever de prevenção, o dever de consulta e o dever de auxílio, que constituem, simplesmente, o dever de cooperação.

Por meio da cooperação, portanto, o processo transforma-se em uma verdadeira comunidade de trabalho, no qual se potencializa o franco diálogo entre todos os sujeitos processuais como forma de alcançar uma solução mais justa e adequada ao caso concreto.

Nessa perspectiva, o processo deve ser entendido como uma comunidade de comunicação, que se desenvolve por meio de um diálogo que permite uma discussão a respeito de todos os aspectos de fato e de direito considerados relevantes para a decisão da causa.

Posturas que reduzam o direito das partes de dialogar entre si e com o juiz constituem verdadeiro atentado à dialeticidade do processo e, por consequência, ao Estado Democrático de Direito, que deve se fazer presente em todas as formas de atuação do poder estatal, dentre as quais se inclui o exercício do poder jurisdicional.

Nesse diapasão, o processo nos Juizados Especiais Federais, embora se desenvolva por um procedimento sumaríssimo, não pode se

<sup>55</sup> LEAL, op. cit.

<sup>56</sup> Art. 7º, ns. 1, 2, 3 e 4, do CPC português (Lei nº 41, de 26 de junho de 2013, em vigor a partir de 1º de setembro de 2013).

afastar de sua essência, que pressupõe, antes de mais nada, o diálogo entre as partes e o juiz.

Destarte, embora se aceite, em razão dos objetivos que persegue, uma certa mitigação de algumas garantias constitucionais, como o direito ao contraditório e à ampla defesa, por exemplo; não se pode autorizar a sua completa eliminação a uma aplicação tão reduzida que se constitua uma mera formalidade.

Nesse sentido, preciosa a lição do mestre português J.J. Gomes Canotilho:

... a exigência de um processo sem dilações indevidas, ou seja, de uma protecção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente justiça acelerada. A aceleração da protecção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias) pode conduzir a uma justiça pronta, mas materialmente injusta<sup>57</sup>.

Vallisney de Souza Oliveira<sup>58</sup> observa, outrossim, que a celeridade pretendida com os juizados especiais precisa estar de acordo com a preservação dos direitos fundamentais provenientes do *due process of law*, especialmente com aqueles previstos no art. 5º da Constituição.

O princípio do contraditório, como já visto, derivado que é do devido processo legal, é o direito de participação da parte para poder preservar seus interesses jurídicos e não ser prejudiciada indevidamente. Por meio de sua aplicação, exige-se que a parte conheça os fatos e fundamentos processuais sobre ou contra si e se possibilite a refutação contra as manifestações da parte contrária.

Em suas próprias palavras<sup>59</sup>:

Manifesta expressão do adequado dever-poder do julgador, o contraditório garante a cada litigante os meios de recebimento da tutela adequada. Toca ao juiz dos Juizados Especiais, nos provimentos seus, seguir o rito, com impulso próprio e a presteza desejada, incentivando a atuação das partes, numa reiterada e profícua dialética, a fim de se dar a tutela justa e mais afinada com a verdade, com igualdade e com o bem comum proveniente da correta e acertada jurisdição.

O processo deve assentar-se em afirmações, ratificações, oitivas, manifestações, intimações, requerimentos, impugnações, recursos e decisões, além de outros atos sequenciados dos diversos sujeitos atuantes.

57 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 466-467.

58 OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Celeridade não pode desprestigiar direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-08/vallisney-oliveira-celeridade-nao-desprestigiar-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 01 nov. 2013

59 *Ibidem*, acesso em: 01 nov. 2013.

E esse *iter* procedimental deve ser orientado pelo contraditório, seja escrito, seja em audiência conciliatória ou de julgamento.

Os variados princípios aplicados aos juizados devem, portanto, ser balanceados e harmonizados. A celeridade deve conciliar, na medida do possível, com o princípio do contraditório e demais princípios constitucionais orientados ao processo, e não sobrepô-los. Não se trata de saber qual princípio é mais importante, mas de aplicá-los harmonicamente, a fim de manter a integridade do Direito.

Mesmo que em algumas situações o princípio do contraditório tenha que ser relativizado ou harmonizado com outros mandamentos, tal como a celeridade processual, incide amplamente o princípio do contraditório nos Juizados Especiais.

Estabelecido na Constituição, pelo princípio da ampla defesa concede-se ao jurisdicionado o direito de utilizar em juízo de todos os instrumentos não vedados em lei, como resposta, impugnação, recurso, assistência técnica, direito a advogado, a defensor público e à produção da prova, acesso à Justiça e a outros meios idôneos de atuação judicial.

Por outro lado, não se pode em nome da ampla defesa pretender tornar o processo um círculo vicioso que nunca acaba; é necessário a cada momento ir-se adiante com a sequência de atos essenciais e prestos a fim de, sem desviar-se do escopo, do processo, efetivar-se a jurisdição.

É essencial a existência da igualdade no conhecimento do conteúdo da lide posta em juízo, sobre os arsenais jurídicos à disposição das partes e sobre a defesa técnica, para que o magistrado possa aplicar o direito com conhecimento mais completo da causa<sup>60</sup>.

Deve-se considerar, outrossim, que a busca por uma proporcionalidade razoável entre a necessidade de amadurecer a decisão pelo exercício da defesa da forma mais ampla possível e o aumento da velocidade na efetivação da tutela jurisdicional, será, sem dúvida, o desafio da ciência processual do início deste novo século<sup>61</sup>.

Nesse sentido, Barbosa Moreira<sup>62</sup> chama a atenção para a grande dificuldade, quase impossibilidade, de conciliar de modo perfeito o ideal da celeridade processual e a preservação de certas garantias processuais. Segundo o autor, há que se ponderar a norma do inciso LXXVIII (razoável duração do processo) e ao inciso LV (contraditório e ampla defesa) do art. 5º da Constituição Federal.

Francesco Carnelutti, inclusive, como já referido alhures, chegava a admitir que o *slogan* da justiça rápida e segura contém uma *contradictio in adjecto*, pois se a justiça é segura, não é rápida, e se é rápida, não é segura.

60 OLIVEIRA, op. cit.

61 KOEHLER, op. cit., p. 32.

62 MOREIRA, apud KOEHLER, op. cit., p. 32.

Essa contradição entre celeridade e contraditório, todavia, é apenas aparente e o que garantirá a aplicação da justiça ao concreto, ao fim e ao cabo, é o equilíbrio entre ambas.

O direito das partes a um *fair hearing* exige um sistema eficiente de publicação das decisões, prazos suficientes para apresentação dos argumentos de cada uma das partes, o direito à prova e à impugnação das provas adversas, bem como o direito de impugnar as decisões judiciais por meio de recursos<sup>63</sup>.

Tucci<sup>64</sup> leciona, por sua vez, que se afigura ‘impossível fixar *a priori* uma regra específica, determinante das violações ao direito à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável’ e que a razoabilidade em tela carece de limites precisos.

Isso porque o prazo de uma demanda judicial varia de caso a caso, dependendo de outros fatores, das provas que deverão ser produzidas, da complexidade da questão a ser decidida, da atuação das partes, dos órgãos estatais e de todos os que laborem em um processo judicial.

Desse modo, a tentativa de gerar um prazo fixo e pré-determinado esbarra em óbices de ordem prática, sendo, certamente, destinada ao fracasso; pois, a complexidade da vida e das lides processuais faz com que o prazo razoável somente possa ser indicado caso a caso, mediante um juízo de razoabilidade, somando-se bom senso e ponderação<sup>65</sup>.

Deve-se considerar, outrossim, que a aferição da razoabilidade temporal dos processos deve ser pautada, também, em uma perspectiva qualitativa, de forma que não basta apenas mensurar o tempo transcorrido, mas também determinar se este foi bem empregado.

A razoabilidade da duração do processo tem um conteúdo mínimo que permite identificá-la, sem a presença do qual a dilação indevida resta patente. Em alguns casos, com efeito, a ausência de razoabilidade é tão evidente que permite afirmar, sem chance de erro, estar-se diante de um caso em que foi lesado o princípio da razoável duração do processo.

A noção de dilação processual indevida, portanto, constitui um conceito jurídico indeterminado, cujo conteúdo concreto deve ser obtido mediante a aplicação de critérios objetivos às circunstâncias específicas de cada caso<sup>66</sup>.

Por todo o exposto, podemos concluir que o processo justo não é necessariamente o que é mais célere, mas sim aquele no qual há o mais fino equilíbrio entre o tempo requerido e a segurança obtida. Em suma, não se

63 KOEHLER, op. cit., p. 33

64 TUCCI, apud KOEHLER, op. cit., p. 86.

65 KOEHLER, op. cit., p. 88

66 KOEHLER, op. cit., p. 91.

pode confundir duração razoável do processo com rapidez a todo custo, sob pena de pôr-se em risco a segurança jurídica e a própria justiça das decisões<sup>67</sup>.

O grande desafio do processo civil contemporâneo, portanto, reside no equacionamento desses dois valores. Gajardoni<sup>68</sup> defende, por exemplo, que a celeridade não pode ser confundida com precipitação, e segurança não pode ser confundida com eternização da demanda.

De fato, a alegada morosidade processual não pode servir de fundamento para a precipitação do julgamento, nem para eximir o julgador da obrigação de colher todas as informações necessárias ao julgamento da lide. Em outras palavras, não é dado ao juiz, a pretexto de julgar em tempo razoável, proferir o julgamento sem os elementos probatórios imprescindíveis à elaboração da decisão<sup>69</sup>.

Não deve existir, assim, um duelo entre contraditório e celeridade, mas uma busca de um equilíbrio. Ou seja, deve-se buscar, sempre atingir uma convivência harmônica entre ambas as garantias.

#### 4.3 A ideia do direito como integridade

A solução para o problema, no nosso entender, encontra-se na ideia de integridade do Direito desenvolvida pelo jurista inglês Ronald Dworkin. Por essa teoria, os princípios jurídicos não podem ser opostos entre si, mas coordenados a partir de uma concepção pública de justiça<sup>70</sup>.

A interpretação jurídica, na linha dos ensinamentos de Dworkin, será tanto melhor quanto maior for sua capacidade de expressar o significado do direito em sua integridade e não apenas o significado de certas normas, pois o significado destas deve ser coerente com os princípios revelados pela *leitura* de todo o ordenamento<sup>71</sup>.

Nesse sentido, afirma Dworkin<sup>72</sup> que o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo; exigindo-lhes que ponham à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo.

Dessa forma, os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum

67 KOEHLER, op. cit., p. 33-34

68 GAJARDONI, Fernando da Fonseca apud KOEHLER, p. 34.

69 KOEHLER, op. cit., p. 34.

70 AZEVEDO, Damião Alves. *Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2013, p. 21. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 26 maio 2013.

71 AZEVEDO, op. cit., p. 22.

72 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 291-294.

conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Para tanto, eles verificam, primeiramente, quais interpretações são adequadas a esse conjunto de princípios, buscando aquela que o maximize.

É claro que o resultado dessa interpretação será influenciado pelas convicções políticas de cada juiz. Essa influência, todavia, será bastante minimizada à medida em que o intérprete buscar identificar quais convicções, princípios, preceitos de moral pública etc., explicam melhor a história política da comunidade, os quais podem coincidir ou não com os seus. Na busca pela coerência de princípios que reflita a sua própria história política, a comunidade se personifica.

Pode-se afirmar, assim, que a integridade significa que o direito deve ser interpretado a partir de princípios ordenadores e não como fruto de tradição ou de acordos políticos casuais nem como uma norma moral que deve ser seguida por todos os cidadãos, afastando, por conseguinte, a ilusão de princípios contraditórios a serem abstratamente escalonados de acordo com sua importância<sup>73</sup>.

Com efeito, a integridade acredita que o direito é um discurso autônomo e distinto da moral, defendendo que os juristas não precisam se socorrer de estruturas extra-jurídicas, pois o próprio direito lhes confere condições de decisão a partir de uma interpretação sistemática de todo o ordenamento<sup>74</sup>.

Nesse contexto, dois princípios jurídicos que revelam demandas sociais distintas, podem conviver harmonicamente no direito sem que isso signifique contradição. A validade abstrata e universal de um princípio não ameaça nem compromete a validade abstrata e universal de outro princípio que lhe seja inteiramente oposto.

Analizando, por exemplo, a questão em torno de qual seria o princípio pertinente (o da solidariedade ou o da responsabilidade) à solução dos casos que discutem as perdas sofridas pelas vítimas de um acidente, Dworkin<sup>75</sup> observa que:

Esses são princípios independentes, e considerá-los contraditórios seria um grave mal-entendido da lógica dos princípios. Não é incoerente reconhecê-los como princípios; pelo contrário, qualquer ponto de vista moral seria falho se se negasse um dos dois impulsos. Em alguns casos, porém, vão entrar em conflito, e a coerência então exige um sistema não arbitrário de prioridade, avaliação e acomodação entre eles, um sistema que reflita suas fontes respectivas em um nível mais profundo de moral política.

73 AZEVEDO, op. cit., p. 24.

74 Ibidem

75 DWORKIN, op. cit., p. 320-321.

Em outras palavras, o processo de interpretação deverá encontrar um lugar para acomodar cada um dos princípios que estão em conflito, não podendo negá-los, sob pena de apresentar uma interpretação não plausível, pois a integridade estaria sendo desrespeitada.

Para Dworkin, portanto, o conflito entre princípios *prima facie* válidos no ordenamento é apenas aparente e o problema de sua aplicação não se resolve tentando valorar abstratamente um princípio para estabelecer uma ordem de precedência, pois isso significaria dizer que há direitos mais importantes que outros, que há princípios jurídicos de primeiro e segundo escalão, quando na verdade todos valem igualmente no ordenamento, não sendo possível medir comparativamente a importância de um princípio jurídico.

A solução do problema, portanto, deve ser buscada na “dimensão da adequação”, que significa que os sujeitos do direito devem procurar no ordenamento, dentre todos aqueles princípios abstratamente válidos no direito, aquele que significará a manutenção da coerência e da integridade de todo o sistema<sup>76</sup>.

Isso porque o Direito como integridade significa que o direito é uno e por consequência todas as normas existentes no ordenamento devem ser interpretadas de maneira a manter a coerência interna que lhe garanta a unidade.

Nesse contexto, a aplicação dos princípios da celeridade e do contraditório no âmbito dos Juizados Especiais, aparentemente conflitantes, deve respeitar a ideia do Direito como integridade, de modo que um princípio não seja sacrificado em prol do outro.

Não se pode, portanto, estabelecer *a priori* qual princípio é o mais importante, cabendo ao juiz identificar, em cada caso concreto, a forma mais adequada de aplicá-los de modo a manter a coerência da história política da comunidade e a integridade do Direito.

## 5 CONCLUSÃO

A criação dos Juizados Especiais Federais faz parte de um movimento de ampliação de acesso à Justiça, mediante a implementação de um procedimento que, orientado pelos princípios da celeridade, da simplicidade e da informalidade, dentre outros, mitigue a descrença que a população, especialmente aquela mais carentes, possui em relação ao Poder Judiciário em virtude da conhecida morosidade processual.

Como se sabe, todavia, é preciso muito mais do que simples modificações na legislação processual para resolver, de fato, o problema do indesejado atraso na prestação jurisdicional; de modo que, assim como aconteceu com

<sup>76</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 26.

os Juizados de Pequenas Causas Estaduais, os Juizados Especiais Federais, mesmo com o seu procedimento sumaríssimo, não conseguiram responder, com a celeridade esperada, toda a demanda reprimida.

Em razão disso, novas regras mitigadoras de garantias processuais, além das já existentes na sua lei de regência (Lei nº 10.259/2001), foram sendo estabelecidas pelos juízes que atuam nos Juizados Especiais Federais, tendo sempre como fundamento a tão falada e esperada celeridade.

Algumas dessas regras têm acarretado, entretanto, uma mitigação desmedida do direito constitucional ao contraditório, pelo quase que completo aniquilamento de sua essência, que é o diálogo.

A celeridade intrínseca ao rito sumaríssimo dos Juizados Especiais, todavia, deve respeitar o princípio do contraditório, que, inerente à noção de Estado Democrático de Direito é imprescindível à legitimidade das decisões judiciais.

O direito, outrossim, à luz dos ensinamentos de Ronald Dworkin, deve ser aplicado em sua integridade, não se podendo conceber que um princípio seja sacrificado em prol de outro. Os conflitos, portanto, devem ser apenas aparentes, devendo-se sempre buscar, no caso concreto, a sua convivência harmônica, a fim de se manter a integridade do Direito.

Sendo assim, todo aquele que atue nos Juizados Especiais Federais deve estar atento a essa premissa, ou seja, a de pautar a sua conduta pela integridade do Direito, buscando sempre o equilíbrio na aplicação daqueles princípios e/ou regras aparentemente conflituosos.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Damião Alves. *Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas*. Brasília – DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 26 maio 2013.

BARBOSA, Rui. *Rui Barbosa: escritos e discursos seletos*. 3. Reimp. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 1. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe *apud* NETO, Fernando da Costa Tourinho; JUNIOR, Joel Dias Figueira. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrino; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *O princípio do contraditório e a cooperação no processo*. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>>. Acesso em: 27 nov. 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. V. 1. Rio de Janeiro: Temlo Brasileiro: 2012

\_\_\_\_\_. *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico*. Rio de Janeiro, 1983.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

NETO, Fernando da Costa Tourinho; JUNIOR, Joel Dias Figueira. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Celeridade não pode desrespeitar direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-08/vallisney-oliveira-celeridade-nao-desrespeitar-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 01 nov. 2013.

PINTO, José Marcelino de Rezende. *A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-863X1995000100007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-863X1995000100007&script=sci_arttext)>. Acesso em: 15 nov. 2013.

VHOSS, Tatiana Bissoni. Juizados Especiais Federais – dez anos. Ampliação do acesso à justiça e os desafios a superar. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 48, jun. 2012. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Tatiana\\_Vhoss.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Tatiana_Vhoss.html)>. Acesso em: 14 jun. 2013.

---

## O PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO: UMA ANÁLISE À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

---

*Francisco Wendson Miguel Ribeiro*  
*Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O direito à proteção judicial efetiva; 1.1 Os Direitos Fundamentais; 1.2 O Direito Fundamental à Ação; 1.3 Conformação e limitações do Direito Fundamental de acesso ao Judiciário; 2 AS Condições da Ação; 2.1 As Teorias da Ação 2.2 A possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade das partes; 2.3 O interesse de agir; 2.3.1 O Interesse-utilidade; 2.3.2 O interesse-necessidade (necessidade de acionamento do Judiciário para o exercício do direito; 3 Os benefícios previdenciários; 3.1 Os benefícios previdenciários; 3.2 O requerimento administrativo dos benefícios previdenciários e a rede de atendimento do INSS; 4 A regra da necessidade do prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário para o ingresso no Judiciário; 4.1 O Princípio da Separação dos Poderes; 4.2 A leitura deontológica da Constituição Federal e

a imposição constitucional da regra da necessidade do prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário para o ingresso no Poder Judiciário; 4.3 A posição jurisprudencial do STF; 5 Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal reza os intiludados direitos fundamentais, dentre os quais se destaca o direito de acesso ao Poder Judiciário (princípio, garantia ou direito de ação, da inafastabilidade da jurisdição ou da proteção judicial efetiva), o qual é previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Carta Magna e estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Por outro lado, como cediço, o direito de acesso ao Judiciário, assim como outros direitos, sofre os efeitos da atividade legislativa ordinária destinada à sua conformação ou limitação, máxime com vistas a evitar a eventual colisão com outros direitos ou valores constitucionais. E fruto desta atividade legislativa é a fixação das chamadas condições da ação, que, segundo os artigos 3º e 267, VI, do Código de Processo Civil, são a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Cuida-se, pois, o sistema processual civil brasileiro, de um sistema influenciado pela Teoria Eclética da ação defendida por Liebman, a qual salienta que, não obstante seja a ação um direito subjetivo abstrato de provocar a prestação do Estado, este direito, em função da necessidade da seletividade de acesso ao Judiciário e da observância de outros princípios constitucionais, como, v.g., o princípio da separação dos Poderes (Constituição Federal, art. 2º), está condicionado à presença de condições especiais, dentre as quais, como visto, o interesse de agir, que se revela configurado quando presente o binômio necessidade-utilidade.

Assim, nesse contexto normativo e doutrinário, o Poder Judiciário brasileiro se vê atualmente obrigado a dirimir lides processuais em que se discute a necessidade, ou não, para o ajuizamento de ação objetivando a concessão de benefício previdenciário, do prévio requerimento administrativo. Noutros termos, debate-se acerca de se considerar, ou não, a prévia postulação administrativa um requisito para a configuração da condição interesse processual para a postulação judicial relativa a benefício previdenciário.

Contudo, a questão acerca de ser o prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário condição para o ajuizamento da ação que intenta o mesmo benefício ainda não encontrava pacificação na jurisprudência de nossos Tribunais. Isso porque os Tribunais brasileiros variavam o entendimento sobre a necessidade, ou não, do

prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário para o ajuizamento da ação que intenta o mesmo benefício, visto que alguns consideravam indispensável o mencionado requerimento administrativo, em virtude do preconizado no art. 2º da Carta Constitucional de 1988 (princípio da separação dos Poderes), e outros, em face do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (princípio da inafastabilidade da jurisdição), o consideravam prescindível para o acionamento do Poder Judiciário.

Nessa seara é que desenvolvo esta pequena pesquisa, que, flutuando entre os Direitos Constitucional, Processual Civil e Previdenciário, analisará o prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário à luz dos princípios constitucionais do direito de proteção judicial efetiva e da separação dos Poderes, incluindo as consequências pela sua inobservância por parte do suposto segurado do RGPS.

## 1 O DIREITO À PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA

### 1.1 Os Direitos Fundamentais

A Constituição Federal preconiza os denominados direitos fundamentais<sup>1</sup>, que, numa definição sintética, podem ser definidos como as prerrogativas, faculdades e instituições universais, históricas, inalienáveis, imprescritíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, constitucionais, vinculativas dos poderes públicos e de aplicação imediata que constituem princípios básicos da ordem constitucional e concretizam o ordenamento jurídico em garantia de uma convivência livre, igual, digna e fraterna de todas as pessoas.

Com efeito, os direitos fundamentais se caracterizam pela: i) universalidade, na medida em que se destinam a todos os seres humanos ou, com relação a determinados direitos (p.e., os direitos fundamentais dos trabalhadores), a todos os seres humanos de um determinado grupo; ii) historicidade, visto que são o resultado de todo um processo histórico e somente ostentam sentido em um determinado contexto temporal, podendo, ainda, sofrer transformações, modificações e ampliações ao longo do tempo; iii) inalienabilidade e indisponibilidade, pois são intransferíveis, inegociáveis e indisponíveis, porque não se encontram no conteúdo econômico-patrimonial de seu titular; iv)

<sup>1</sup> Conforme salientado por CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 535, “ao optar por adotar a expressão ‘direitos fundamentais’, a Constituição de 1988 se inspirou, principalmente, na Lei Fundamental da Alemanha de 1949 e na Constituição Portuguesa de 1976, além de seguir os passos da Constituição da Espanha de 1978, da Turquia de 1982 e da Holanda de 1983, rompendo uma tradição do nosso direito constitucional positivado”. Ademais, “essa opção terminológica se dá não só por questões pragmáticas, pois é a terminologia adotada pela Constituição de 1988, como por questões técnicas, haja vista que a expressão direitos fundamentais [...] é mais abrangente, compreendendo todas as outras”, tais como “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos individuais”, “direitos subjetivos”, “direitos públicos subjetivos” e “direitos humanos”.

imprescritibilidade, já que não se perdem com o tempo, podendo ser exercíveis e exercidos a qualquer tempo, sem a preocupação com eventual prescrição; v) irrenunciabilidade, porquanto, embora possam não ser exercidos, não podem ser objeto de renúncia; vi) constitucionalização, uma vez que são consagrados e positivados na própria Constituição e, portanto, ostentam hierarquia (supremacia<sup>2</sup>) constitucional, não podendo ser contrariados por nenhuma outra norma presente no ordenamento jurídico; vii) vinculatividade dos poderes públicos, pois, por serem de natureza constitucional, tornam-se parâmetros de organização, atuação e limitação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, seja na função de administrar, legislar (Constituição Federal – CF, art. 60, § 4<sup>o</sup>) ou julgar (CF, art. 5<sup>o</sup>, XXXV<sup>3</sup>); viii) aplicabilidade imediata, já que não dependem de intermediação legislativa para produzir efeitos (CF, art. 5<sup>o</sup>, § 1<sup>o</sup>); ix) concorrência, uma vez que podem ser exercidos cumulativamente pelo mesmo titular; e x) proibição de retrocesso, porquanto, uma vez reconhecidos, os direitos fundamentais não podem ser abolidos, suprimidos ou enfraquecidos pela atuação legislativa posterior.

Ademais, os direitos fundamentais desempenham variadas funções na ordem jurídica e na sociedade. De fato, partindo da teoria dos quatro status (situações jurídicas) em que o indivíduo pode se encontrar em face do Estado, desenvolvida por Georg Jellinek<sup>6</sup>, pode-se afirmar que os direitos fundamentais ostentam as seguintes funções: a) função de defesa ou de liberdade (direitos de defesa ou de liberdade), caracterizada por “impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não-interferência, de não-intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo”<sup>7</sup>, limitando, com isso, a ação do Estado (competências negativas estatais), inclusive com relação à impossibilidade de eliminação de certas posições jurídicas asseguradas e de vedação ao exercício forçado dos direitos de defesa em espeque; b) função de

2 De acordo com SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 47), o princípio da supremacia da constituição “significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”.

3 CF, art. 60, § 4<sup>o</sup>: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”.

4 CF, art. 5<sup>o</sup>, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

5 CF, art. 5<sup>o</sup>, § 1<sup>o</sup>: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

6 Segundo JELLINEK, *Teoria General del Estado*. Tradução de Fenando de los Ríos. Buenos Aires: Albatros, 1981. p. 306, “nestes quatro status – passivo, negativo, positivo e ativo – se resumem as condições em que o indivíduo pode deparar-se diante do Estado como seu membro. Prestações ao Estado, liberdade frente ao Estado, pretensões em relação ao Estado, prestações por conta do Estado, tais vêm a ser os diversos aspectos sob os quais pode considerar-se a situação de direito público do indivíduo. Estes quatro status formam uma linha ascendente, visto que, primeiro, o indivíduo pelo fato de ser obrigado à obediência, aparece privado de personalidade; depois, é-lhe reconhecida uma esfera independente, livre do Estado; a seguir, o próprio Estado obriga-se a prestações para com o indivíduo; e, por último, a vontade individual é chamada a participar no exercício político ou vem mesmo a ser reconhecida como investida do imperium do Estado”.

7 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 256.

prestação (direitos a prestações jurídicas e materiais), que exigem do Estado uma atuação positiva destinada a atenuar as desigualdades, garantindo, desse modo, as condições jurídicas (prestações jurídicas) e/ou materiais (prestações materiais) indispensáveis e favoráveis ao exercício efetivo e concreto das liberdades (libertação das necessidades) ventiladas na função anterior; c) função de proteção contra terceiros, significando que o Estado tem o dever de adotar medidas positivas e eficientes destinadas à proteção do exercício dos direitos fundamentais diante da atividade de terceiros que porventura venham a afetá-los; d) função de não discriminação, geradora da imposição ao Estado de tratamento igualitário (condições de igualdade) para com os seus cidadãos; e e) função de participação (direitos de participação), que guarda características mistas dos direitos de defesa e a prestação e orienta o Estado a garantir a participação dos cidadãos na formação da vontade política do País.

Impende registrar, ainda, que os direitos fundamentais ostentam duas dimensões que se complementam, a saber, a dimensão subjetiva e a dimensão objetiva. A primeira dimensão se refere às posições jurídicas individuais de proteção à pessoa, correspondendo, pois, à exigência de uma ação negativa ou positiva de outrem produtora de efeitos sobre certas relações jurídicas (direitos fundamentais como típicos direitos subtetivos). Já a segunda dimensão referida resulta no estabelecimento de princípios básicos da ordem constitucional, os quais estabelecem limites para o poder estatal e norte para a sua atuação (direitos fundamentais como elementos essenciais da ordem jurídica constitucional). E sobre esta dimensão objetiva, Paulo Bonavides<sup>8</sup> elenca várias inovações constitucionais dela decorrentes, tais como:

- a) a irradiação e a propagação dos direitos fundamentais a toda a esfera do Direito Privado; [...]
- b) a elevação de tais direitos à categoria de princípios, de tal sorte que se convertem no mais importante polo de eficácia normativa da Constituição; c) a eficácia vinculante, cada vez mais enérgica e extensa, com respeito aos três Poderes, nomeadamente o Legislativo;
- d) a aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais, com perda do caráter de normas programáticas; e) a dimensão axiológica, mediante a qual os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e ao mesmo passo servem de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição; f) o desenvolvimento da eficácia inter privatos, ou seja, em relação a terceiros [...], com atuação no campo dos poderes sociais, fora, portanto, da órbita propriamente dita do Poder Público ou do Estado, dissolvendo, assim, a exclusividade do confronto subjetivo imediato entre o direito individual e a máquina estatal [...]; g) a aquisição de um 'duplo

8 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 623-4.

caráter' [...], ou seja, os direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva [...] e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo feito, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo-decisório, e de função protetora [...]; h) a elaboração do conceito de concretização, de grau constitucional [...]; i) o emprego do princípio da proporcionalidade vinculado à hermenêutica concretizante [...]; e j) a introdução do conceito de pré-compreensão [...], sem o qual não há concretização.

Destaque-se, outrossim, que os direitos fundamentais, em razão de sua evolução, reconhecimento e afirmação históricos, classificam-se em: 1) direitos de primeira geração<sup>9</sup>, que correspondem aos chamados direitos de liberdade, entendidos como os direitos civis e políticos, os quais garantem resistência e oposição perante o Estado; 2) direitos de segunda geração, que, atrelados ao princípio da igualdade (direitos de igualdade), compreendem os direitos sociais, econômicos e culturais, decorrendo daí a necessidade de uma atuação positiva do Estado; 3) direitos de terceira geração, que buscam a proteção da coletividade social (direitos de solidariedade ou fraternidade, pois transcendem a esfera individual) e englobam os direitos ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, à segurança, à solidariedade universal, ao reconhecimento mútuo de direitos entre vários países, à comunicação, à autodeterminação dos povos e ao desenvolvimento; 4) direitos de quarta geração, que, frutos da globalização dos direitos fundamentais, equivalem aos direitos à democracia direta, globalizada e isenta de manipulações, à informação e ao pluralismo, bem como, segundo Dirley da Cunha Júnior<sup>10</sup>, aos direitos contra a manipulação genética, à mudança de sexo e os relacionados à biotecnologia; e 5) direitos de quinta geração, que, na visão de Paulo Bonavides<sup>11</sup>, corresponde ao “direito à paz como supremo direito da Humanidade”.

Finalmente, o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Gera-se, assim, no Brasil, um sistema aberto de direitos fundamentais, na medida em que há outros direitos fundamentais no ordenamento jurídico que não estão previstos no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) da Constituição.

Feitas tais ponderações sobre os direitos fundamentais, passemos à análise do direito fundamental à ação (direito à proteção judicial efetiva ou direito à inafastabilidade da jurisdição), objeto maior do presente trabalho.

9 Leia-se dimensão, porquanto as gerações não se sucedem no tempo, e sim se acumulam e ampliam o rol de direitos fundamentais.

10 CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 595.

11 BONAVIDES, op. cit., p. 613.

## 1.2 O Direito Fundamental à Ação

A Constituição Federal reza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV). Trata-se, pois, da consagração constitucional do direito, princípio ou garantia<sup>12</sup> de acesso ao Poder Judiciário (à justiça), da inafastabilidade da jurisdição ou da proteção judicial efetiva<sup>13</sup>.

Em verdade, de acordo com Dirley da Cunha Júnior<sup>14</sup>, “o direito de acesso à justiça conduz ao entendimento de que nada afastará a intervenção do Poder Judiciário quando houver lesão ou simples ameaça a direito”, pelo que o controle judicial “deve ser visto com maior amplitude para compreender todas aquelas situações nas quais houve uma lesão ou ameaça a direito de alguém”. Isso porque, segundo o professor Gilmar Ferreira Mendes<sup>15</sup>, o referido preceito constitucional prevê a tutela judicial efetiva, garantidora da proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito.

Sobre o direito fundamental à ação, que, na visão de José de Albuquerque Rocha<sup>16</sup>, é “um reflexo do poder-dever do juiz de dar a referida prestação jurisdicional”, George Marmelstein Lima<sup>17</sup> pondera que ele:

[...] é a faculdade garantida constitucionalmente de deduzir uma pretensão em juízo e, em virtude dessa pretensão, receber uma resposta satisfatória (sentença de mérito) e justa, respeitando-se, no mais, os princípios constitucionais do processo (contraditório, ampla defesa, motivação dos atos decisórios, juiz natural, entre outros). A ação, portanto, além de representar-se como um elemento fundamental da ordem constitucional, de suma importância para a garantia dos demais preceitos normativos, é um verdadeiro direito subjetivo, exercido contra o Estado, mas que obriga igualmente o réu a comparecer em juízo (daí,

12 Conforme salienta José Afonso da Silva (op. cit., p. 414), os direitos se distinguem das garantias, na medida em que “os direitos são bens e vantagens conferidas pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e o gozo daqueles bens e vantagens”. Contudo, não obstante tal distinção, adotaremos neste trabalho a posição de Sampaio Dória, que afirma que “os direitos são garantias, e as garantias são direitos” (apud SILVA, op. cit., p. 188). Assim, para o fim ora almejado, não se dará importância à aludida distinção, pelo que se tratará a previsão do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal como um direito-garantia.

13 Sobre a terminologia da previsão constitucional insculpida no art. 5º, XXXV, GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 4, salienta que, “entre os processualistas, é comum utilizar expressões como ‘garantia da efetividade da tutela jurisdicional’, ou ‘da efetividade do processo’, ‘princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional’, ‘garantia (ou princípio) do direito de ação’, ‘garantia do acesso à justiça’ e ‘garantia de acesso à ordem jurídica justa’, enquanto os constitucionalistas preferem as expressões ‘direito (fundamental) à tutela judicial efetiva’, ‘direito ao processo devido’ e ‘direito fundamental de acesso aos tribunais’. Tais expressões vêm sendo utilizadas tanto num sentido amplo, como sinônimas, para designar um mesmo conjunto de exigências, como também, em sentido mais restrito, para referir-se apenas a uma ou algumas dessas exigências”.

14 CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 700.

15 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 219.

16 ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 185.

17 LIMA, George Marmelstein. *O Direito Fundamental à Ação*. Disponível em: < <http://www.georgemlima.xpg.com.br/odfa.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2013. p. 71.

dizer-se que a ação é igualmente um direito potestativo), quer se trate de um direito substancialmente fundado, quer se afirme um direito material na realidade inexistente.

Assim, como leciona Ada Pellegrini Grinover<sup>18</sup>, “a ação apresenta-se como situação jurídica composta, ou seja, como o conjunto de poderes, faculdades e deveres do autor, do réu e do juiz, no processo”, razão pela qual o exercício do direito de defesa do réu é considerado uma manifestação do direito fundamental de ação.

Noutro giro, com relação à redação do dispositivo legal em tela, impõe esclarecer que o termo “lei” (“a lei não excluirá”) merece interpretação extensiva, de modo a abarcar decretos, portarias, medidas provisórias, leis complementares e emendas constitucionais que visem à exclusão de determinadas matérias da apreciação do Poder Judiciário. Outrossim, a aludida expressão também é destinada ao Poder Judiciário, que não pode, sob nenhum pretexto, deixar de julgar (proibição do non liquet).

Quanto à “lesão ou ameaça”, esta pode ser proveniente tanto do Poder Público quanto de organizações públicas e pessoas privadas, seja em razão de ação ou omissão das aludidas pessoas.

À demasia, ainda com referência à sua redação, a palavra “direito” no preceito em espeque (“lesão ou ameaça a direito”) deve ser entendida de modo ampliado, com vistas a compreender não somente a proteção judicial à lesão ou ameaça a direito, mas também a interesses legítimos, que, de acordo com George Marmelstein Lima<sup>19</sup>, “são aqueles que, embora não constituam direitos subjetivos em sua clássica acepção, merecem a proteção estatal, como por exemplo, o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, direito este que não possui um titular determinado, pois tem no próprio gênero humano como um todo seu destinatário”.

No que se refere à sua titularidade, o direito fundamental à ação pode ser exercido tanto pelas pessoas naturais quanto pelas pessoas jurídicas, de direito privado ou de direito público (interno ou externo). Também, pode ser exercido por entidades que, embora não detenham personalidade jurídica, legalmente ostentam personalidade judiciária, como, por exemplo, a massa falida (representada pelo síndico), a herança jacente ou vacante (representada pelo seu curador) e o espólio (representado pelo inventariante), a teor do que verba o artigo 12 do Código de Processo Civil – CPC<sup>20</sup>. Por fim, o referido direito ainda pode

18 GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 11.

19 LIMA, op. cit., p. 74.

20 CPC, art. 12: “serão representados em juízo, ativa e passivamente: [...] III - a massa falida, pelo síndico; IV - a herança jacente ou vacante, por seu curador; V - o espólio, pelo inventariante;”.

ser exercido por meio da chamada substituição processual<sup>21</sup>, autorizada pelo artigo 6º do CPC<sup>22</sup> e que tem como exemplo a previsão do art. 8º, III, da Carta Magna, segundo o qual “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas”.

Noutro giro, sobre o direito fundamental à ação, duas questões ainda merecem realce: o duplo grau de jurisdição e o juízo arbitral (arbitragem). Com relação à primeira questão, “o Supremo Tribunal Federal tem acentuado a não configuração de um direito ao duplo grau de jurisdição”, salvo “naqueles casos em que a Constituição expressamente assegura ou garante esse direito, como nas hipóteses em que outorga possibilidade de recurso ordinário ou apelação para instância imediatamente superior (102, II; 104, II; 108, II)”<sup>23</sup>. Já com referência à arbitragem (prevista na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996), entendida como o “mecanismo extrajudicial de solução de controvérsias”, consoante o qual “as partes litigantes investem, por meio de uma convenção arbitral (cláusula compromissória<sup>24</sup>) e compromisso arbitral<sup>25</sup>, uma ou mais pessoas<sup>26</sup> de poderes decisórios para resolver seus conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”<sup>27,28</sup>, o Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento da SE nº 5.206-AgRg (Rel. Min. Nelson Jobim, in DJ de 30.04.2004), declarou a compatibilidade e, pois, consitucionalidade da Lei nº 9.307/96 com o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Urge averbar, também, que o princípio da proteção judicial efetiva, como acentuado por Kazuo Watanabe<sup>29</sup>, “não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de

21 MENDES, op. cit., p. 245, apelando para as lições de Giuseppe Chiovenda, salienta que “a substituição processual é aquela situação em que a legitimação para a causa não coincide com a titularidade do direito subjetivo material discutido. Nessa situação, o substituto age em juízo, em nome próprio (por concessão da norma objetiva material), na defesa de direito subjetivo alheio. O substituto é parte na relação de direito processual, mas não na relação de direito material. Tal situação não se confunde com a representação, na qual o representante defende o direito de outrem, em nome deste. Na representação, o representado é parte tanto na relação jurídica processual quanto na relação jurídica material”.

22 CPC, art. 6º: “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

23 MENDES, op. cit., 2012. p. 221.

24 Lei nº 9.307/96, art. 4º: “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.”

25 Lei nº 9.307/96, art. 9º: “O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.”

26 Lei nº 9.307/96, art. 13: “Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. § 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.”

27 Segundo os arts. 31 e 18 da Lei nº 9.307/96, “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo” e “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”, com exceção da homologação de sentença arbitral estrangeira, nos termos do art. 35 da referida Lei, que dispõe que, “para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal”.

28 MENDES, op. cit., p. 224.

29 Apud LIMA, op. cit., p. 33.

viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”. Assim, para a real concretude do direito fundamental à proteção efetiva, faz-se necessária a observância dos demais direitos e garantias constitucionais processuais, mormente os princípios da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI<sup>30</sup>), da impossibilidade de haver juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII<sup>31</sup>), do julgamento pela autoridade competente (art. 5º, LIII<sup>32</sup>), do devido processo legal (art. 5º, LIV<sup>33</sup>), da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV<sup>34</sup>), da vedação à obtenção de provas por meios ilícitos (art. 5º, LVI<sup>35</sup>), da publicidade (arts. 5º, LX<sup>36</sup>, e 93, IX<sup>37</sup>), da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII<sup>38</sup>) e da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX).

Derradeiramente, saliente-se que o direito fundamental à ação, assim como os demais direitos fundamentais, não é absoluto, mas, ao revés, sofre conformações, limitações ou restrições destinadas a evitar a eventual colisão com outros direitos e valores constitucionais, consoante veremos no tópico seguinte.

### 1.3 Conformação e Limitações do Direito Fundamental de Acesso ao Judiciário

Em realidade, os direitos fundamentais também se caracterizam pela sua limitabilidade ou relatividade, segundo a qual não há direitos fundamentais absolutos, visto que são passíveis, em concreto, de restrições recíprocas destinadas à conciliação, concordância prática e harmonização com outros direitos fundamentais ou entre eles e outros bens constitucionalmente protegidos, de modo a evitar o sacrifício total e definitivo de algum desses valores constitucionais. Neste sentido, inclusive, o próprio STF já decidiu, conforme se observa do seguinte julgado:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público

30 CF, art. 5º, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”.

31 CF, art. 5º, XXXVII: “não haverá juízo ou tribunal de exceção;”.

32 CF, art. 5º, LIII: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;”.

33 CF, art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”.

34 CF, art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.

35 CF, art. 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”.

36 CF, art. 5º, LX: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;”.

37 CF, art. 93, 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;”.

38 CF, art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”.

ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estão sujeitas – e considerando o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a poteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.<sup>39</sup>

Sobre essa característica dos direitos fundamentais, Dirley da Cunha Júnior<sup>40</sup> registra que “a restrição de um direito fundamental só é possível in concreto, atendendo-se a regra da máxima observância e mínima restrição dos direitos fundamentais”. E prossegue o aludido autor acentuando que:

os direitos fundamentais, por si só, não podem sofrer qualquer ordem de limitação, seja pela via da interpretação, seja, sobretudo, pela atividade do legislador infraconstitucional, a não ser que a possibilidade de restrição seja admitida pela própria Constituição ou derive da necessidade de interação com outras disposições constitucionais, hipótese em que, ainda assim, a limitação jamais poderá atingir o núcleo essencial, isto é, o conteúdo mínimo desses direitos.

Trata-se, em verdade, dos chamados “limites dos limites”, na medida em que as restrições aos direitos fundamentais não são ilimitadas. De fato, consoante giza Gilmar Ferreira Mendes<sup>41</sup>:

Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou ‘limites dos limites’ [...], que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Ainda sobre os limites dos direitos fundamentais, cumpre averbar que, como visto e ponderado pelo professor Gilmar Mendes, eles – os limites – devem guardar concordância com o princípio constitucional da proporcionalidade, em sua tríplice acepção, a saber: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Destarte, para que

39 STF, MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, in DJ de 12.05.2000.

40 CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 606.

41 MENDES, op. cit., p. 56.

a limitação ao direito fundamental seja constitucional, deve ela ser: a) apta, útil e adequada para o atingimento do fim buscado (subprincípio da adequação/utilidade); b) o meio menos gravoso e menos sacrificante ao direito fundamental para a consecução do objetivo pretendido (subprincípio da necessidade/exigibilidade); e c) geradora de mais vantagens do que desvantagens (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).

Particularmente com relação ao direito fundamental à proteção judicial efetiva, de previsão constitucional no art. 5º, XXXV, este também sofre conformações, limitações ou restrições, que podem decorrer de normas constitucionais, de entendimento doutrinário e jurisprudencial ou de normas infraconstitucionais.

Quanto às limitações decorrentes de normas constitucionais, há a que diz respeito à Justiça Desportiva, prevista nos §§ 1º e 2º do art. 217 da Constituição Federal, segundo os quais “o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”, que “terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final”. Outra limitação que decorre do Texto Constitucional é a que prescreve que “não caberá ‘habeas corpus’ em relação a punições disciplinares” (Constituição Federal, art. 142, § 2º). Frise-se que, em razão da unidade da Constituição Federal, não há que se falar em inconstitucionalidade de nenhuma das limitações em espeque.

Além das referidas limitações constitucionais, a doutrina e a jurisprudência, em observância ao princípio da separação dos Poderes (que está consignado no art. 2º da Carta Política de 1988<sup>42</sup> e será debatido com maior profundidade no Capítulo 4 deste trabalho), elenca situações em que o Poder Judiciário não pode se aventurar na sua análise e prestar a tutela jurisdicional eventualmente pretendida. Exemplo disso é a impossibilidade de apreciação judicial do mérito (critérios de oportunidade e conveniência) do ato administrativo, o que não impede, contudo, o Poder Judiciário de analisar a observância, pelo aludido ato, dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade (Constituição Federal, art. 37, caput<sup>43</sup>). Outra situação que escapa ao controle do Poder Judiciário é a dos atos “*interna corporis*”, que “são aquelas questões ou assuntos afetos às atribuições internas dos órgãos, normalmente consignados no regimento ou instrumento que façam as suas vezes, e que, por isso mesmo, são da exclusiva apreciação e deliberação da entidade, sendo vedado ao Judiciário substituir ou mesmo

42 CF, art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”.

43 CF, art. 37, caput: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

invalidar essa escolha política<sup>44</sup>, permitindo-se, entretanto, a apreciação judicial de eventuais inconstitucionalidades, ilegalidades e infringências a normas regimentais nos alegados atos “interna corporis”.

Por último, há as limitações ao direito fundamental à ação decorrentes de normas infraconstitucionais, as quais, quanto à sua constitucionalidade, devem sempre ser analisadas à luz do ventilado princípio da proporcionalidade. Exemplos delas são: i) a exigência de “segurança do juízo” para o exercício do direito de ação, que ocorre, por exemplo, na ação rescisória (depósito prévio; CPC, art. 488, II<sup>45</sup>), desde que se mostre adequada, necessária e proporcional (em sentido estrito) à inibição de ações rescisórias infundadas; ii) o prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança (120 – cento e vinte – dias, nos termos do art. 23 da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009<sup>46</sup>; Súmula nº 632 do STF<sup>47</sup>) e outros prazos peremptórios, sejam prescricionais, decadenciais ou recursais, para o exercício do direito de ação e da prática de atos processuais, exigindo-se para tanto a plena compatibilidade com o princípio da proporcionalidade, que é atingida quando tais fórmulas de preclusão impedem a eternização de demandas e pleitos (segurança jurídica) e, ao mesmo tempo, não impossibilitam o titular do direito fundamental em debate de ter acesso ao Poder Judiciário; iii) a exigência do pagamento de taxas judiciárias (custas judiciais) para o acesso à justiça, desde que elas sejam proporcionais ao custo da atividade estatal a que se vinculam (nos termos da Súmula nº 667 do STF, “viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”) e não sejam excessivas a ponto de inviabilizar a obtenção da prestação jurisdicional<sup>48</sup>, garantindo-se, ainda, aos hipossuficientes os benefícios da justiça gratuita (Constituição Federal, art. 5º, LXXIV<sup>49</sup>); e iv) a exigência do preenchimento de determinadas condições para o exercício do direito de ação, condições estas que se

44 LIMA, op. cit., p. 104.

45 CPC, art. 488: “A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor: [...] II - depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente.”

46 Lei nº 12.016/09, art. 23: “O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.”

47 Súmula 632 do STF: “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.”

48 Nesse sentido entendeu o STF, *in verbis*: “Sendo – como já se acentuou – a taxa judiciária, em face do atual sistema constitucional, taxa que serve de contraprestação à atuação de órgãos da Justiça cujas despesas não sejam cobertas por custas e emolumentos, tem ela – como toda taxa com o caráter de contraprestação – um limite, que é o custo da atividade do Estado dirigido àquele contribuinte. Esse limite, evidentemente, é relativo, dada a dificuldade de saber, exatamente, o custo dos serviços a que corresponde tal contraprestação. O que é certo, porém, é que não pode taxa dessa natureza ultrapassar uma equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar, tendo em vista a base de cálculo estabelecida pela lei e o ‘quantum’ alíquota pode estar fixado” (Rep. 1.077/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 112 (1)/34).

49 CF, art. 5º, LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

resumem à possibilidade jurídica do pedido, à legitimidade das partes e ao interesse processual, e que, em razão de sua importância para o desiderato do atual escrito, serão analisadas no capítulo a seguir.

## 2 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Antes de adentrarmos às condições da ação propriamente ditas, insta ponderar algumas ligeiras considerações acerca do conceito de ação e das principais teorias que procuram explicá-la. Vejamos.

### 2.1 As Teorias da Ação

O conceito de ação (uma das categorias fundamentais do processo e que integra a sua trilogia estrutural, a saber: a ação, a jurisdição e o processo<sup>50</sup>) vem sofrendo modificação ao longo do tempo, de acordo com a teoria defendida.

De fato, a primeira teoria (chamada “teoria romanista”) defendia que a ação não é propriamente um direito específico, mas tão-somente uma faceta do próprio direito material subjetivo, na medida em que “não há ação sem direito; não há direito sem ação; a todo direito corresponde uma ação” (afirmação de Celso<sup>51</sup>). Destaque-se que ela foi criada num contexto histórico em que a atuação judiciária era extremamente seletiva, já que os magistrados romanos somente poderiam atuar nos casos em que havia prévia definição normativa de uma ação (autorização real apenas em certos casos; inexistência de uma jurisdição universal). Ainda, tal teoria estava presente no Código Civil do Brasil de 1916.

Por sua vez, de uma releitura da teoria referida no parágrafo anterior surgiu a “teoria civilista”, a qual, encampada por Savigny e compreendida a partir do conceito de relação jurídica, pregava que a ação não é mera faceta do direito material, visto que somente existe quando houver violação de um direito/obrigação da relação jurídica material originária (ação imanente ao direito material). A ação, pois, nasce desta violação do direito subjetivo (nem todo direito corresponde uma ação, mas apenas os ofendidos; ação com caráter seletivo) e, criando uma nova relação obrigacional entre as partes, se consubstancia no direito de invocar, em qualquer caso (jurisdição universal), a prestação jurisdicional para o cumprimento forçado da obrigação material insatisfeita. Esta teoria estava prevista no Código Civil brasileiro de 1916 (art. 75).

50 Conforme salientam CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 279, a “ação [...] é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício)”. E registram que “mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo”.

51 TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 85.

Noutro giro, a chamada “teoria moderna” salienta que a ação é mais um direito subjetivo (independente, pois, do direito subjetivo material; autônomo em relação a este, segundo Bülow) conferido a todos os cidadãos (universalização do direito de acesso ao Judiciário) e oponível perante o Estado (a ação como uma relação pública entre autor/réu e Estado, e não mais entendida como uma relação obrigacional privada entre as partes) para o recebimento de uma prestação jurisdicional. Assim, em face de sua autonomia, existe ação mesmo nos casos em que não tiver havido violação do direito material (pedido do autor julgado improcedente, p.e.). Trata-se, por conseguinte, de uma teoria carente de seletividade para o ingresso no Poder Judiciário.

Urge registrar, outrossim, no que concerne à sua concretude, a existência de três outras teorias da ação, quais sejam: i) a “teoria abstracionista” (de Plósz e Degenkolb), que pondera que a existência do direito de ação independe do resultado da demanda judicial, pelo que o direito de ação é completamente desvinculado do direito material postulado (improcedência do pedido do autor não interfere na existência do direito de ação; sem seletividade para o acionamento da máquina judiciária); ii) a “teoria concretista” (de Adolph Wach), que, resgatando a “teoria civilista”, reza que a existência do direito de ação depende da procedência do pedido do autor (vinculação entre direito material e direito processual; com extrema seletividade); e iii) as “teorias ecléticas”, que buscaram equilibrar os pontos de vista abstratos e concretos<sup>52</sup>.

No que se refere às “teorias ecléticas”, a que mais influenciou o processo brasileiro foi a de Enrico Tullio Liebman (aluno de Chiovenda<sup>53</sup>), o qual argumentava que “a ação é um direito abstrato de invocar a prestação do Estado”, sendo, entretanto, o mencionado direito, condicionado “à presença de algumas condições especiais, cuja ausência resultava na inexistência<sup>54</sup> do direito de ação”<sup>55</sup>, que têm o caráter organizador da

52 Informações relativas às teorias da ação extraídas do seguinte texto: COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. *Conceito de Ação: da teoria clássica à moderna. Continuidade ou ruptura?*. Disponível em: [http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/452/mod\\_resource/content/2/Texto-base\\_-\\_Unidade\\_1.pdf](http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/452/mod_resource/content/2/Texto-base_-_Unidade_1.pdf). Acesso em: 15 out. 2013.

53 Chiovenda também era defensor de uma “teoria eclética”. Ele entendia a ação como um direito potestativo do autor diante do réu, e não do Estado, pelo que defendia a autonomia e a concretude do direito de ação.

54 DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. V. 1. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 198, acerca da adoção das condições da ação pela teoria eclética de Liebman, giza que “*somente o exercício do direito de ação pode ser condicionado (a demanda), jamais o direito de ação, constitucionalmente garantido e decorrente do direito fundamental à inafastabilidade*”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. II. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 299, por outro lado, sustenta que “*não se trata de condições para o exercício da ação, mas para sua própria existência como direito ao processo – porque seria estranho afirmar que um direito existe mas não pode ser exercido quando lhe faltar um dos requisitos constitutivos*”.

55 COSTA; COSTA, op. cit., p. 10.

seletividade de acesso ao Judiciário e representam o “verdadeiro ponto de contato entre a ação e a situação de direito material”<sup>56</sup>.

Por fim, impende salientar a existência da denominada “teoria da asserção” (da argumentação; uma teoria eclética), segundo a qual as condições da ação devem ser aferidas com supedâneo nas alegações do autor na petição inicial (portanto, uma análise abstrata, já que sem o exame das provas e do mérito em si). Sobre esta teoria, Alexandre Freitas Câmara<sup>57</sup> leciona:

Parece-me que a razão está com a teoria da asserção. As “condições da ação” são requisitos exigidos para que o processo vá em direção ao seu fim normal, qual seja, a produção de um provimento de mérito. Sua presença, assim, deverá ser verificada em abstrato, considerando-se, por hipótese, que as assertivas do demandante em sua inicial são verdadeiras, sob pena de se ter uma indisfarçável adesão às teorias concretas da ação. Exigir a demonstração das “condições da ação” significaria, em termos práticos, afirmar que só tem ação quem tenha o direito material. Pense-se, por exemplo, na demanda proposta por quem se diz credor do réu. Em se provando, no curso do processo, que o demandante não é titular do crédito, a teoria da asserção não terá dúvidas em afirmar que a hipótese é de improcedência do pedido. Como se comportará a teoria? Provando-se que o autor não é credor do réu, deverá o juiz julgar seu pedido improcedente ou considerá-lo “carecedor de ação”? Ao afirmar que o caso seria de improcedência do pedido, estariam o defensores desta teoria admitindo o julgamento da pretensão de quem não demonstrou sua legitimidade; em caso contrário, se chegaria à conclusão de que só preenche as “condições da ação” quem fizer jus a um pronunciamento jurisdicional favorável. Parece-me, assim, que apenas a teoria da asserção se revela adequada quando se defende uma concepção abstrata do poder de ação, como se faz nesta obra. As “condições da ação”, portanto, deverão ser verificadas pelo juiz *in statu assertionis*, à luz das alegações feitas pelo autor na inicial, as quais deverão ser tidas como verdadeiras a fim de se perquirir a presença ou ausência dos requisitos do provimento final.

Percebe-se, portanto, da breve passagem por cada uma das teorias acima explanadas, que, não obstante a mudança no conceito de ação ocorrida ao longo do tempo, houve o retorno e a continuidade de elementos das teorias antigas pelas teorias novas, mormente elementos conceituais destinados à instrumentalidade e à organização da seletividade do Judiciário.

<sup>56</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, p. 283.

<sup>57</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. 1. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 155-6.

À demasia, impõe frisar que a adoção pura tanto da “teoria abstracionista” quanto da “teoria concretista” da ação encontra óbice no sistema constitucional brasileiro.

Em verdade, de um lado, se se adotar plenamente a “teoria abstracionista”, estar-se-á dando ao princípio da inafastabilidade da jurisdição/direito de ação (Constituição Federal, art. 5º, XXXV) um caráter absoluto, o que resulta na vulneração de outros princípios constitucionais, mormente, em certos casos, do princípio da separação dos Poderes (Constituição Federal, art. 2º; casos de supressão da instância administrativa e realização da atividade executiva pelo Judiciário). E, como visto, nenhum direito previsto na Carta Magna de 1988 é absoluto, porquanto todos sofrem conformações, limitações e/ou restrições destinadas à garantia da unidade e da harmonização (concordância prática) da Constituição.

Por outro lado, a adoção da “teoria concretista” torna letra morta (eficácia esvaziada) o referido princípio da inafastabilidade da jurisdição, o que redundaria na ofensa ao princípio constitucional da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Ocorre, pois, a negação da existência do independente direito subjetivo/garantia fundamental de ação, em oposição ao previsto na Carta Política de 1988.

De outra banda, quanto à “teoria da asserção”, Cândido Rangel Dinamarco a repudia. Isso porque, para este processualista, não é suficiente que o autor descreva formalmente uma situação em que estejam presentes as condições da ação (condições afirmadas), pois é preciso que elas realmente existam (condições existentes). Além disso, uma condição da ação é, segundo ele, “sempre uma condição da ação e por falta dela o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, quer o autor já descreva uma situação em que ela falte, quer dissimule a situação e só mais tarde os fatos revelem ao juiz a realidade”<sup>58</sup>. E conclui, salientando que:

Ao propor arbitrariamente essa estranha modificação da natureza de um pronunciamento judicial conforme o momento em que é produzido (de uma sentença terminativa a uma de mérito) a teoria della prospettazione incorre em uma série de erros e abre caminho para incoerências que desmerecem desnecessária e inutilmente o sistema. Eis algumas das objeções que nunca foram satisfatoriamente respondidas: a) só advogados menos preparados iriam incorrer na carência de ação, porque os competentes sabem construir suas petições iniciais dissimulando a falta de uma das condições da ação; b) ao dar provimento à apelação interposta contra uma sentença “de mérito” fundada no fato de uma das partes ser estranha à relação substancial controvertida (ação de despejo movida a quem não é inquilino), ao tribunal seria permitido examinar as verdadeiras questões de mérito e julgar

58 DINAMARCO, op. cit., p. 316.

procedente a demanda, sem suprimir um grau de jurisdição (CPC, art. 515, § 1º); c) se fosse de mérito a sentença que reconhece tratar-se de dívida de jogo (improcedência da demanda), a eficácia da declaração contida nessa sentença impediria a plena vigência do art. 814 do Código Civil, porque eventual pagamento seria pagamento de dívida inexistente e não, simplesmente, insuscetível de cobrança judicial (obrigação natural); d) se em dois ou mais processos o mesmo autor pediu a anulação do mesmo ato ou contrato, mas com fundamentos diferentes, a anulação decretada em um deles conduziria o juiz a concluir, nos demais, que o autor não teria direito à anulação (mas todos entendem que o caso é de falta de interesse de agir, porque o resultado almejado já foi obtido) etc. para superar essas e outras objeções a uma tese arbitrária e absolutamente desnecessária no sistema, a teoria da asserção busca subterfúgios e precisa propor novas interpretações de uma série de conceitos e institutos jurídico-processuais arraigados na cultura ocidental, como o de mérito, o da coisa julgada material e até mesmo o de condições da ação. Para aceitá-la seria indispensável uma mudança muito significativa na ordem jurídico-positiva do processo e um uma série de pilares da cultura processual de fundo romano-germânico.<sup>59</sup>

Pelas razões expostas por Cândido Rangel Dinamarco, adotar-se-á, nesta monografia, a “teoria eclética” da ação criada por Liebman, a qual, inclusive, foi abraçada pelo atual CPC, que, em seu artigo 267, VI, insculpe que “extingue-se o processo, sem resolução de mérito, quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual” (extinção do processo por carência da ação).

Assim, para o fim almejado com o atual escrito, considerar-se-á que o direito de ação, conquanto abstrato (isto é, autônomo em relação ao direito subjetivo material alegado), é, por razões de economicidade, seletividade e utilidade, submetido às intituladas condições da ação<sup>60</sup>, que são condições legalmente estabelecidas e necessárias à legítima exigência do julgamento do mérito da causa, sendo apontadas pela doutrina como sendo a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual.

## 2.2 A Possibilidade Jurídica do Pedido e a Legitimidade das Partes

Quanto à possibilidade jurídica do pedido, ela é a exigência da necessária compatibilidade do pedido com a ordem jurídica e foi acolhida expressamente pelo CPC como uma das condições da ação, conforme se

<sup>59</sup> DINAMARCO, op. cit., p. 317-8.

<sup>60</sup> Interessantes as observações feitas por Alexandre Freitas Câmara, op. cit., p. 144, acerca da expressão “condições”. De fato, para este autor, “não parece adequado chamá-las ‘condições’, já que o termo não é aí empregado no sentido de ‘evento futuro e incerto a que se subordina a eficácia do ato jurídico’, razão pela qual sempre me pareceu melhor denominá-las requisitos do provimento final”.

dessume do já transcrito inciso VI do art. 267 e, outrossim, do art. 295, caput, I, c/c art, 295, parágrafo único, III<sup>61</sup>, do mesmo diploma legal.

Ademais, Moniz de Aragão<sup>62</sup> esclarece que a possibilidade jurídica do pedido “não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à exigência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável”. Assim, será juridicamente impossível o pedido quando, de algum modo, colidir com as normas do ordenamento jurídico em vigor (critério negativo de verificação).

Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, entende que a possibilidade jurídica deve ser da demanda, de modo que a impossibilidade jurídica merece ser estendida para as situações em que, apesar da licitude do pedido, haja ilicitude na causa de pedir ou nas próprias partes. Explica o mencionado processualista que:

Opetitum é juridicamente impossível quando se choca com preceitos de direito material, de modo que jamais se poderá ser atendido, independentemente dos fatos e das circunstâncias do caso concreto (pedir o desligamento de um Estado da Federação). A causa petendi gera a impossibilidade da demanda quando a ordem jurídica nega que fatos como alegados pelo autor possam gerar direitos (pedir a condenação com fundamento em dívida de jogo). As partes podem ser causa de impossibilidade jurídica, como no caso da Administração pública, em relação à qual a Constituição e a lei negam a possibilidade de execução mediante penhora e expropriação pelo juiz [...]. Daí a insuficiência da locução impossibilidade jurídica do pedido, que se fixa exclusivamente na exclusão da tutela jurisdicional em virtude da peculiaridade de um dos elementos da demanda – o petitum – sem considerar os outros dois (partes e causa de pedir).<sup>63</sup>

Destaque-se, por último, que Liebman, criador da “teoria eclética” e, pois, da possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação (acolhidas, como visto, pelo CPC), excluiu, com a permissão do divórcio pelo ordenamento jurídico italiano na década de 1970 (o seu principal exemplo de impossibilidade jurídica do pedido), a possibilidade jurídica do pedido do rol das condições da ação, passando a incluir no requisito do interesse processual os casos antes apontados como de impossibilidade jurídica<sup>64</sup>.

61 CPC, art. 295: “A petição inicial sera indeferida: I – quando for inepta; [...] Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando: [...] III – o pedido for juridicamente impossível.”

62 Apud DIDIER JR, op. cit., p. 203.

63 DINAMARCO, op. cit., p. 301-2.

64 Impende registrar que o Projeto do Novo Código de Processo Civil – PNPC (Projeto de Lei nº 6.025/2005), atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, seguiu a reformulação da “teoria eclética” de Liebman e também não mais elenca a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação. Neste sentido, o art. 495 do PNPC assim dispõe: “o órgão jurisdicional não resolverá o mérito quanto: [...] VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual”.

Noutro giro, no que se refere à legitimidade das partes (legitimidade *ad causam*), ela é a condição da ação vinculada ao elemento subjetivo da demanda (os sujeitos: autor e réu; “pertinência subjetiva da ação”<sup>65</sup>) e se refere à qualidade para estar em juízo, seja como demandante (legitimidade ativa) ou demandado (legitimidade passiva), em relação a específico conflito trazido ao exame do magistrado. Ainda, ela “depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la”<sup>66</sup>.

Sobre os principais aspectos da legitimidade *ad causam*, Fredie Didier Jr.<sup>67</sup> salienta que:

a) trata-se de uma situação jurídica regulada pela lei (“situação legitimante”; “esquemas abstratos”; “modelo ideal”, nas expressões normamente usadas pela doutrina); b) é qualidade jurídica que se refere a ambas as partes do processo (autor e réu); c) afere-se diante do objeto litigioso, a relação jurídica substancial deduzida – “toda legitimidade baseia-se em regras de direito material”, embora se examine à luz da situação afirmada no instrumento da demanda.

Não bastasse, urge gizar que, em regra, somente terá legitimidade *ad causam* o titular do interesse levado a juízo pela demanda. É a regra da legitimação ordinária, que se depreende do art. 6º do CPC, ao afirmar que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Assim, em princípio, apenas é titular de ação a própria pessoa que afirma ser titular do direito subjetivo material cuja tutela é pretendida, e somente pode ser demandado aquele que é o titular da obrigação respectiva.

Por outro lado, excepcionalmente, uma norma jurídica poderá autorizar alguém a ir a juízo, em nome próprio, defender interesse alheio. Ou seja, “em algumas situações, expressamente previstas em lei, terá legitimidade de parte alguém que não é apresentado em juízo como titular da relação jurídica deduzida no processo”<sup>68</sup>. Trata-se, pois, da

65 Definição de Alfredo Buzaid (apud CÂMARA, *op. cit.*, p. 149).

66 DINAMARCO, *op. cit.*, p. 306.

67 DIDIER JR., *op. cit.*, p. 204.

68 CÂMARA, *op. cit.*, p. 149.

legitimação extraordinária<sup>69, 70</sup>, que tem previsão, por exemplo, no art. 5º, LXX, da Constituição Federal<sup>71</sup>.

Finalmente, impende registrar que, tal como ocorre com a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes é necessária para a propositura ou para a contestação da demanda, a teor do que dispõe o art. 3º do CPC (“para propor ou contestar é necessário ter interesse e legitimidade”), resultando a sua ausência no indeferimento da petição inicial (CPC, art. 295, II<sup>72</sup>) e na extinção do processo, sem resolução do mérito (CPC, art. 267, VI).

### 2.3 O Interesse de Agir

A última das condições da ação é o interesse de agir, que deve, enquanto condição da ação, ser considerado sob o aspecto exclusivamente processual. Isso porque, consoante leciona Arruda Alvim<sup>73</sup>:

O interesse processual ou de agir é diverso do interesse substancial ou material, pois é aquele que leva alguém a procurar uma solução judicial, sob pena de, não o fazendo, ver-se na contingência de não poder ver satisfeita sua pretensão (o direito por vir a ser afirmado), i.e., possível perda do interesse material (direito material de que se julga titular). O interesse de agir, normalmente, decorre da demonstração de que a outra parte omitiu-se ou praticou ato justificador do acesso ao Judiciário. Se isto pode ser aceito, integralmente, em relação ao Direito Privado, parece-nos que, em face do Direito Público, o problema se altera. O interesse substancial é aquele diretamente protegido pelo direito material; é um interesse de índole primária, dado que incide diretamente sobre o bem. [...] Quando, porém, ante o titular do direito – mais rigorosamente, da pretensão – surge um obstáculo impeditivo do gozo desse direito, ou da

69 Cumpre esclarecer que, segundo a maior parte da doutrina, legitimação extraordinária e substituição processual são sinônimas. Todavia, há quem defenda distinção entre as referidas designações, na medida em que os adeptos desta corrente entendem que “a substituição processual seria apenas uma espécie do gênero ‘legitimidade extraordinária’ e existiria quando ocorresse uma efetiva substituição do legitimado ordinário pelo legitimado extraordinário, nos casos de legitimação extraordinária autônoma (quando o legitimado extraordinário tem autorização para conduzir o processo sem a participação do titular do direito em litígio) e exclusiva (quando somente um sujeito de direito está autorizado a discutir a situação jurídica em juízo) ou nas hipóteses de legitimação autônoma concorrente (quando mais de um sujeito está autorizado a discutir em juízo específica situação jurídica), em que o legitimado extraordinário age em razão da omissão do legitimado ordinário, que não participou do processo como litisconsorte” (DIDIER JR., op. cit., p. 207).

70 Insta ponderar que a legitimação extraordinária não se confunde com a representação processual, porquanto nesta se defende interesse alheio em nome alheio e o representante não é parte processual, ao passo que naquela, como visto, se defende interesse alheio em nome próprio e o legitimado extraordinariamente é parte no processo.

71 CF, art. 5º, LXX: “o mandato de segurança pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associativa legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

72 CPC, art. 295: “A petição inicial será indeferida: [...] II – quando a parte for manifestamente ilegítima”.

73 ARRUDA, Alvim. *Manual de Direito Processual Civil*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 415-7.

satisfação do mesmo, nasce um outro interesse, diverso daquele primário. Trata-se de um interesse dirigido à supressão do obstáculo, de molde a que o direito possa novamente ser objeto de gozo e utilização normal. A este interesse secundário dá-se o nome de interesse processual. [...] Existindo o interesse processual, deverá o juiz admitir a ação.

Nessa seara, haverá interesse de agir (interesse processual) quando presente o binômio necessidade-utilidade. Noutros termos, o exame desta condição da ação passa pela verificação de duas circunstâncias<sup>74</sup>, a saber, a utilidade (interesse-utilidade) e a necessidade (interesse-necessidade) do pronunciamento judicial. Vejamos cada uma destas circunstâncias, as quais são imprescindíveis para a configuração do interesse processual, previsto nos artigos 3º, 267, VI, e 295, III<sup>75</sup>, do CPC.

### 2.3.1 O Interesse-utilidade

O interesse-utilidade estará presente quando o processo puder garantir ao demandante o resultado favorável pretendido, isto é, toda vez que a prestação da tutela jurisdicional garantir ao autor uma posição de vantagem (uma utilidade). Noutros verbetes, há o interesse-utilidade sempre que “o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação na vida comum – ou seja, quando for capaz de trazer-lhe uma verdadeira tutela, a tutela jurisdicional”<sup>76</sup>.

Por outro lado, a contrario sensu, não há interesse-utilidade “quando o sujeito já dispõe do bem da vida que vem a juízo pleitear e

74 Alguns doutrinadores sustentam um terceiro elemento necessário à configuração do interesse de agir, qual seja, a adequação do provimento jurisdicional postulado (interesse-adequação). Para os que defendem o interesse-adequação, como Cândido Rangel Dinamarco e Alexandre Freitas Câmara, “é preciso que o demandante tenha ido a juízo em busca do provimento adequado para a tutela da posição jurídica de vantagem narrada por ele na petição inicial, valendo-se da via processual adequada” (CÂMARA, op. cit., p. 152). Entretanto, como bem explanado por Fredie Didier Jr., “procedimento é dado estranho no estudo do direito de ação e, ademais, eventual equívoco na escolha do procedimento é sempre sanável (art. 250 e 295, V, do CPC-73)” (in op. cit., p. 211). E prossegue este autor argumentando que: “Fala-se que o autor deve indicar o procedimento e o tipo de provimento adequados. Em relação à adequação do provimento (do pedido) ao fim almejado, a situação ou é: a) de impossibilidade jurídica do pedido; b) ou o próprio sistema admite a fungibilidade (arts. 805 e 920 do CPC), como de resto deveria ser a regra; c) ou o caso é de erro de nome, corrigível pelo próprio magistrado; d) ou não sendo possível a correção pelo magistrado, deverá ele determinar alteração do pedido, conforme, aliás, autoriza o art. 264 do CPC. Examinemos, agora, a escolha do procedimento adequado. O procedimento é a espinha dorsal da relação jurídica processual. O processo, em seu aspecto formal, é procedimento. O exame da adequação do procedimento é um exame da sua validade. Nada diz respeito ao exercício do direito de ação. Não há erro de escolha do procedimento que não possa ser corrigido, por mais discrepantes que sejam o procedimento indevidamente escolhido e aquele que se reputa correto. [...] Não existisse o inciso V do art. 295, que expressamente determina uma postura do magistrado no sentido aqui apontado, sobraría a regra da instrumentalidade das formas, prevista nos arts. 244 e 250 do CPC, que impõe o aproveitamento dos atos processuais, quando houver erro de forma” (in op. cit., p. 214). Dessarte, assim como Fredie Didier Jr. e outros processualistas (como José Orlando Rocha de Carvalho e Barbosa Moreira), não adotaremos a concepção tripartite do interesse de agir, pelo que entenderemos que resultará preenchida a condição da ação “interesse de agir” quando adimplidos os requisitos do interesse-utilidade e do interesse-necessidade.

75 CPC, art. 295: “A petição inicial será indeferida: [...] III – quando o autor carecer de interesse processual”.

76 DINAMARCO, op. cit., p. 303.

quando o provimento pedido não é mais, ou simplesmente não é, capaz de propiciar-lhe o bem”<sup>77</sup>. Assim, quando não é mais possível obter o resultado buscado, há “perda do objeto” da causa e, pois, ausência de interesse processual, por falta de utilidade da tutela judicial pretendida.

### 2.3.2 O Interesse-necessidade (necessidade de acionamento do Judiciário para o exercício do direito)

Já no que concerne ao interesse-necessidade, ele, de acordo com Cândido Rangel Dinamarco<sup>78</sup>, só há “quando, sem o processo e sem o exercício da jurisdição, o sujeito seria incapaz de obter o bem desejado”. Isto é, aquele que se considera titular de um direito não pode, sem a intervenção judicial, fazer valer o seu interesse. Em outras palavras, a prestação jurisdicional é o único meio capaz de garantir ao sujeito o alcance do bem postulado.

Com efeito, de acordo com Ada Pellegrini Grinover e seus parceiros de texto<sup>79</sup>:

Repousa a necessidade da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial (são as chamadas ações constitutivas necessárias, no processo civil e a ação penal condenatória, no processo penal).

Desse modo, o interesse-necessidade (e, por conseguinte, o interesse de agir) somente estará preenchido quando houver a necessidade de acionamento do Poder Judiciário para o exercício do sustentado direito, visto que, como ensina Fredie Didier Jr.<sup>80</sup>, “a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflitos”.

Em suma, pois: haverá interesse de agir (interesse processual) quando a parte tiver a necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida (interesse-necessidade) e, outrossim, quando tal tutela jurisdicional puder lhe trazer alguma utilidade do ponto de vista prático (interesse-utilidade), redundando a falta do aludido interesse processual (seja por ausência do interesse-necessidade e/ou do interesse-utilidade) no indeferimento da petição inicial (CPC, art. 295, III) e na extinção do processo, sem resolução do mérito (CPC, art. 267, VI), em razão de carência da ação.

77 DINAMARCO, op. cit., p. 304.

78 Ibidem, p. 305.

79 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 289.

80 DIDIER JR., op. cit., p. 212.

Feitas as suso digressões genéricas sobre o direito fundamental de ação e as condições da ação, imprescindíveis à conclusão do vertente trabalho, adentremos no estudo específico da necessidade, ou não, do prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário para o ingresso no Poder Judiciário, fim último do atual escrito. Antes, porém, por necessárias, cumpre-nos tecer algumas observações sobre os benefícios previdenciários.

### **3 OS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS**

#### **3.1 Os Benefícios Previdenciários**

A teor do que insculpe o art. 18, caput, da Lei nº 8.213/91, o Regime Geral da Previdência Social – RGPS compreende duas espécies de prestações, quais sejam, as prestações de cunho pecuniário (os benefícios) e as prestações não pecuniárias (os serviços)<sup>81</sup>.

De um lado, são benefícios previdenciários devidos ao segurado: a) a aposentadoria por invalidez; b) a aposentadoria por idade; c) a aposentadoria por tempo de contribuição; d) a aposentadoria especial; e) o auxílio-doença; f) o salário-família; g) o salário-maternidade; e h) o auxílio-acidente (Lei nº 8.213/91, art. 18, I). Por outra banda, são devidos ao dependente do segurado os benefícios: 1) pensão por morte; e 2) auxílio-reclusão (Lei nº 8.213/91, art. 18, II).

#### **3.2 O Requerimento Administrativo dos Benefícios Previdenciários e a Rede de Atendimento do INSS**

Noutro giro, o requerimento administrativo dos benefícios previdenciários é feito junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, que é a autarquia federal a quem compete a gestão do Plano de Benefícios e Serviços do RGPS, nos termos das Leis nºs 8.029/90, 8.212/91 e 8.213/91.

Com relação ao INSS, a sua rede de atendimento aos segurados e dependentes do RGPS é composta por Agências da Previdência Social – APS fixas, pela Agência Eletrônica de Serviços ao Segurado, pela Central Telefônica de Atendimento, por Unidades Móveis Flutuantes, por Unidades de Atendimento Móveis e pelas unidades de atendimento denominadas PREVICIDADE.

No que concerne às APS fixas, elas estão atualmente presentes nas 27 (vinte e sete) unidades da federação e em 1.220 (um mil, duzentos

81 Frise-se que, em razão do objetivo limitado do atual artigo, não teceremos maiores considerações sobre os serviços, cumprindo apenas registrar que estes são o serviço social e a reabilitação profissional, nos termos do art. 18, III, da Lei nº 8.213/91.

e vinte) municípios brasileiros, totalizando 1.506 (um mil, quinhentos e seis) APS fixas<sup>82</sup>, que detêm acesso facilitado para idosos e pessoas portadoras de necessidades especiais.

Quanto à Agência Eletrônica de Serviços ao Segurado, ela está presente na internet (<http://www.previdencia.gov.br>) e oferece 51 (cinquenta e um) serviços e links informativos com o objetivo de desburocratizar o atendimento ao segurado, como, por exemplo, o requerimento e os pedidos de prorrogação e reconsideração de alguns benefícios.

Acerca da Central Telefônica de Atendimento, ela é realizada pelo telefone gratuito 135 (cento e trinta e cinco) e oferece aos segurados e dependentes diversos serviços, como a prestação de informações e o agendamento de requerimento de benefícios previdenciários e de pedidos de prorrogação e reconsideração.

Sobre as Unidades Móveis Flutuantes, elas são efetuadas pelos PREVBarcos e levam à população ribeirinha que habita nas margens dos rios dos Estados do Amazonas, do Pará e de Rondônia (populações que vivem em áreas isoladas e de difícil acesso onde não há uma agência fixa da Previdência Social) todos os serviços disponíveis nas APS.

No que pertine às Unidades de Atendimento Móveis – UAM, elas hoje somam 35 (trinta e cinco) UAM espalhadas por todo o Brasil e são uma alternativa para facilitar a vida dos segurados e dependentes que moram em cidades que não dispõem de uma APS fixa, na medida em que se deslocam para onde o cidadão está e oferecem todos os serviços de uma APS fixa.

E quanto às denominadas PREVCidade, estas são unidades de atendimento instaladas por meio de convênios<sup>83</sup> entre o INSS (que capacita, supervisiona e faz a orientação técnica dos servidores da Prefeituras) e as Prefeituras (que arcam com a infraestrutura e os recursos humanos), e que, objetivando facilitar a vida do cidadão, prestam alguns serviços previdenciários (como, v.g., informação e recebimento, análise, conferência e formatação de todos os requerimentos) preferencialmente nas localidades onde não existe uma APS.

De outra banda, urge salientar, por oportuno, que desde janeiro de 2009 ocorre o chamado Projeto de Expansão da Rede de Atendimento do INSS – PEX, que visa a interiorizar e aumentar o número de Agências da Previdência Social – APS em todo o País, reforçando, desse modo, o atendimento nas cidades de porte médio (com mais de 20 – vinte – mil habitantes, que até então não dispunham de uma APS) e, outrossim, facilitando o acesso aos segurados e dependentes do INSS. Ainda, o PEX previu originalmente a instalação de 720 (setecentos e vinte) novas

82 Dados de 29.07.2013, segundo consta no anexo “Informações sobre a Rede de Atendimento do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS”.

83 Havia, até junho de 2013, 161 (cento e sessenta e um) convênios celebrados.

APS e, também, a construção de outras APS mediante a detecção de necessidades pontuais, o que resultará, ao fim de sua execução, num total de 1.853 (um mil, oitocentos e cinquenta e três) APS fixas funcionando em todo o País<sup>84</sup>.

À demasia, impende registrar a eficácia do atendimento da rede do INSS, na medida em que mais da metade dos benefícios requeridos é deferida na via administrativa, consoante se observa dos seguintes números:

ANO	REQUERIDOS1	DEFERIDOS	PERCENTUAL
<u>2010</u>	7.813.605	4.322.141	55,32
<u>2011</u>	8.046.149	4.404.081	54,74
<u>2012</u>	8.425.295	4.573.239	54,28
<u>2013</u> <sup>2</sup>	4.244.327	2.348.151	55,32

Derradeiramente, urge salientar que, quanto ao tempo médio, o cidadão costuma: i) esperar 20 (vinte) dias para ser atendido na APS (a contar da data do agendamento); ii) aguardar 30 (trinta) minutos para ser efetivamente recebido no balcão de atendimento (a contar da sua chegada na APS); iii) esperar 30 (trinta) minutos para realizar o seu pedido (a partir de sua chegada ao balcão), onde na maioria dos casos (em média 56% – cinquenta e seis por cento<sup>87</sup>) já obtém imediata decisão sobre tal requerimento; e iv) aguardar 29 (vinte e nove) dias por uma decisão sobre o seu requerimento de benefício (a contar da data do agendamento)<sup>88</sup>.

Concluídas as observações sobre os benefícios previdenciários, passemos, no capítulo a seguir, a digredir precisamente sobre a necessidade, ou não, do prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário para o ingresso no Poder Judiciário.

#### **4 A REGRA DA NECESSIDADE DO PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PARA O INGRESSO NO JUDICIÁRIO**

Para se chegar à conclusão da regra da necessidade do prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário junto ao

84 Ressalte-se, mais uma vez, que hoje já há 1.506 (um mil, quinhentos e seis) APS fixas em pleno funcionamento.

85 Frise-se que os requerimentos de benefícios não são as únicas demandas das APS, visto que outros serviços (como, v.g., a contagem de tempo de contribuição) também constituem parcela relevante do atendimento. E considerando todos esses serviços, as APS atenderam as seguintes quantidades de pessoas: a) 48.449.651 em 2010; b) 49.681.568 em 2011; c) 47.529.685 em 2012; e d) 22.554.721 até junho de 2013.

86 Dados até junho de 2013.

87 Ressalvadas as espécies de benefícios que dependem de perícia médica.

88 Dados constantes no anexo “Informações sobre a Rede de Atendimento do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS”.

INSS para o acionamento do Poder Judiciário, faz-se necessário, antes, tecer breves considerações sobre o princípio da separação dos Poderes. Vejamos.

#### 4.1 O Princípio da Separação dos Poderes

Conforme ensina Gabriel Chalita, o poder pode ser entendido como a “capacidade de impor a própria vontade numa relação social”<sup>89</sup> ou, nos termos de Marcello Caetano, como “a possibilidade de eficazmente impor aos outros o respeito da própria conduta ou de traçar a conduta alheia”<sup>90</sup>.

Na seara política, precisamente no âmbito do Estado, tem-se o poder político, que é a autêntica manifestação da soberania estatal e que pode ser compreendido como “a faculdade exercida por um povo de, por autoridade própria (não recebida de outro poder), instituir órgãos que exerçam o senhorio de um território e nele criem e imponham normas jurídicas, dispondo dos necessários meios de coação”<sup>91</sup>.

Impende esclarecer, de outro giro, que o poder estatal (político) não se confunde com as funções estatais, sendo estas funções albergadas pelo princípio em análise, e não aquele poder político. Com efeito, consoante professa Dirley da Cunha Júnior<sup>92</sup>:

O poder político, como fenômeno sociocultural, é uno e indivisível, uma vez que aquela “capacidade de impor”, decorrente de seu conceito, não pode ser fracionada. Embora realidade única, ele manifesta-se por meio de funções, que são, fundamentalmente, de três ordens, a saber: a executiva, a legislativa e a judiciária. Essas funções, por muito tempo, houve-se concentradas junto a determinado organismo estatal. O fenômeno da separação de Poderes não é senão o fenômeno da separação das funções estatais, que consiste na forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar o exercício do Poder político entre distintos órgãos do Estado. O que corretamente, embora equivocadamente, se convencionou chamar de separação de Poderes, é, na verdade, a distribuição e divisão de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado. Deveras, como o poder é uno e indivisível, não há falar em separação de Poderes, mas, sim, em separação de funções do Poder político ou simplesmente de separação de funções estatais. Insistimos: não é o poder que é divisível, mas, sim, as funções que o compõem e se manifestam por distintos órgãos do Estado.

89 CHALITA, Gabriel. *O Poder*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 11.

90 CAETANO, Apud CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 514.

91 CAETANO, Apud CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 514.

92 CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 515.

Destaque-se, ainda, que, como salientado pelo filósofo iluminista Montesquieu (um dos formuladores do princípio em questão), tal separação de Poderes (leia-se, como visto, separação de funções) se deve ao fato de que “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”<sup>93</sup>. Isso porque nesta situação de concentração de poderes não haveria liberdade política nem controle mútuo e recíproco (checks and balances; sistema de freios e contrapesos entre os Poderes, essenciais às liberdades públicas) entre os Poderes estatais, o que resultaria em despotismo, tirania, arbitrariedade e opressão por parte dos que ocupassem as funções estatais carentes de separação, nocivos tanto ao próprio Estado quanto aos direitos fundamentais dos cidadãos (governados).

Assim, além da divisão de funções do Poder político, revela-se necessário que “essas distintas funções sejam exercidas por órgãos também distintos, da forma a mais especializada possível, todos situados num mesmo plano, sem haver qualquer relação de subordinação entre eles”<sup>94</sup>. Noutras palavras, é imprescindível, como sintetizado por Dirley da Cunha Júnior<sup>95</sup>, que:

[...] os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam desempenhados por órgãos diferentes, “de maneira que, sem nenhum usurpar as funções dos outros, possa cada qual impedir que os restantes exorbitem da sua esfera própria de ação”. Só assim é possível o controle do poder pelo poder, só assim é possível a plena realização da separação de Poderes, que se traduz – sintetizamos – na separação funcional (cada função deve ser confiada a cada órgão da maneira mais especializada possível) e na separação orgânica (os órgãos da soberania devem ter independência mútua e devem estar, em tudo, em idêntico pé de igualdade). É essa a essência da doutrina da separação de Poderes.

Frise-se que, com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da separação dos Poderes encontra previsão no art. 2º da Constituição Federal, ao dispor que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Consagra-se, pois, a separação dos Poderes assentada na independência e harmonia entre os órgãos do poder político, o que resulta, com relação aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, na ausência de qualquer relação de subordinação ou dependência no que se refere ao exercício de suas funções e, ao mesmo tempo, no estabelecimento de um mecanismo

93 MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 181.

94 CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 522.

95 *Ibidem*, p. 522.

de controle mútuo entre os aludidos três Poderes (a já referida fórmula do checks and balances).

Por último, insta averbar que a independência entre os Poderes não significa exclusividade no exercício das funções que lhe são atribuídas, mas, sim, predominância no seu desempenho. De fato, embora, com base na clássica tríplice divisão funcional, as funções legislativas, executivas e judiciais sejam exercidas, predominantemente e respectivamente, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (funções típicas ou principais), os mencionados Poderes também desempenham, de modo subsidiário, as funções típicas dos outros Poderes (no caso, funções atípicas ou secundárias), com vistas a garantir a sua própria autonomia e independência. Desse modo, o princípio da separação dos Poderes deve ser entendido como:

[...] um meio a proporcionar, tanto quanto possível, não uma separação rígida de funções, mas, sim, uma coordenação, colaboração ou um entrosamento entre as distintas funções estatais, numa relação de interdependência, de modo a permitir que cada Poder, ao lado de suas funções típicas ou principais, correspondentes à sua natureza, possa, em caráter secundário, colaborar com os demais, ou desempenhar funções que, teoricamente, não pertencem ao seu âmbito de competência, mas ao de outro Poder, desde que, para tanto, não seja sacrificado o seu núcleo essencial.<sup>96</sup>

#### **4.2 A Leitura Deontológica da Constituição Federal e a Imposição Constitucional da Regra da Necessidade do Prévio Requerimento Administrativo do Benefício Previdenciário para o Ingresso no Poder Judiciário**

Antes da pacificação jurisprudencial, feita pelo Supremo Tribunal Federal – STF (que veremos a seguir), a respeito da matéria, alguns Tribunais (TRFs da 1ª e da 3ª Regiões, por exemplo) adotavam o entendimento segundo o qual é dispensável o prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário para o ajuizamento da respectiva ação, visto que tal exigência configura ofensa ao art. 5º, XXXV, da Constituição da República (princípio da proteção efetiva contra lesão/ameaça a direito ou da inafastabilidade da jurisdição).

Outros Tribunais (como o TRF da 2ª Região), de forma diversa, entendiam que o prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário é necessário para a configuração do interesse de agir e, portanto, é condição para o ajuizamento da ação, pelo que a sua ausência resulta na extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, sob pena de, em se entendendo diversamente, ocorrer a realização do papel do Poder Executivo pelo Poder Judiciário

96 CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 527.

e, assim, se efetivar a violação do princípio da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal).

Constata-se, pois, que, enquanto alguns dos referidos Tribunais afastavam o princípio da separação dos Poderes, se apegavam ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e contribuía para a crescente demanda judicial por benefícios previdenciários, outros Tribunais – como o TRF da 2ª Região – sacrificavam o princípio da proteção efetiva em benefício do princípio da separação dos Poderes e, com tal postura, influenciavam diretamente na redução da aludida demanda judicial por benefícios previdenciários.

Assim, não obstante tais diferenças de entendimento, todos os mencionados Tribunais (em destaque: os TRFs da 1ª, da 2ª e da 3ª Regiões) ostentavam em comum uma leitura axiológica da Constituição (baseada nas Teorias de Robert Alexy e Isaiah Berlin), na medida em que defendiam uma concepção de princípios enquanto “valores morais”, “na qual se verifica uma permanente e irreconciliável incompatibilidade, o que força a sociedade a lidar, necessariamente, com o sacrifício de princípios”<sup>97</sup> (na espécie, ora o princípio da inafastabilidade da jurisdição e ora o princípio da separação dos Poderes era sacrificado), por meio do método da proporcionalidade/ponderação (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), de acordo com uma escala de prioridade.

Contudo, apesar de tal leitura axiológica resultar na interpretação jurisprudencial que mais contribui para a redução das demandas judiciais (no caso, a interpretação dada pelo TRF da 2ª Região), ela não é satisfatória ao modelo jurídico-constitucional adotado pela República Federativa do Brasil desde 1988, já que, de uma ou de outra forma interpretativa, gera o abandono de princípio constitucional e, portanto, não pode ser abraçada pelo STJ e pelo STF em seus respectivos julgamentos de representação de controvérsia.

Noutro giro, partindo-se de uma leitura deontológica da Constituição (visão de Ronald Dworkin), é possível lidar com normas em permanente tensão sem que isso implique contradição e necessidade de abandono de princípios, porquanto a interpretação a ser dada aos princípios, em discursos de aplicação próprios da atividade judicial, “não equivale a um juízo de preferência sobre interesses conflitantes, mas na busca do sentido que, diante das especificidades do caso concreto e da complexidade normativa envolvida, ofereça uma resposta coerente com o ordenamento”<sup>98</sup> jurídico, com vistas a garantir a integridade do direito<sup>99</sup> e a efetividade da complexa comunidade de princípios.

97 CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Limites Internos e Externos e o “Conflito de Valores”*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 29 maio 2013. p. 07.

98 *Ibidem*, p. 11-2.

99 Na visão dworkiniana, DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 272, “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.

Com efeito, nas palavras de Alessandro Antonio Passari<sup>100</sup>, o direito como integridade é o “processo de solucionar controvérsias buscando a melhor interpretação possível, fazendo um uso coerente de princípios, abarcados dentro de uma teoria política geral que permite explicar a solução de casos passados e de casos hipotéticos”, e que esteja de acordo com a moralidade da comunidade (relação de complementaridade entre moral, direito e política). E Menelick de Carvalho Netto<sup>101</sup> acrescenta que tal conceito de integridade ostenta duas acepções, na medida em que:

[...] significa, a um só tempo, a densificação vivencial do ideal da comunidade de princípio, ou seja, uma comunidade em que seus membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais e como coautores das leis que fizeram para reger efetivamente a sua vida cotidiana em comum, bem como, em uma dimensão diacrônica, a leitura, à melhor luz, da sua história institucional, como um processo de aprendizado em que cada geração busca, da melhor forma que pode, vivenciar esse ideal.

Dessarte, “diante da situação concreta e com base nos princípios jurídicos, entendidos em sua integridade, e não numa garantia metodológica”<sup>102</sup> (como a realizada se se fizer uma leitura axiológica), chegar-se-á à única decisão correta (expressão dworkiniana) autorizada pelo ordenamento a partir da estrutura principiológica do direito, que, no caso em tela, é a exigência, em regra, do prévio requerimento administrativo para a postulação judicial do benefício previdenciário (que não se confunde com o exaurimento da via administrativa<sup>103</sup>, este consensualmente dispensado para o ajuizamento da ação, a teor da Súmula nº 213 do antigo Tribunal Federal de Recursos – TFR<sup>104</sup>), dispensando-se tal exigência nas hipóteses em que se revelar impossível ou notoriamente inócuo o aludido requerimento administrativo.

Em realidade, a postura a ser adotada pelo aplicador do direito, no caso concreto, deve ser no sentido de interpretar os dois princípios em questão

100 PASSARI, Alessandro Antonio. *Democracia e Tutela Jurisdicional sob a Ótica Hermenêutica de Ronald Dworkin*. Disponível em: <[http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista\\_PGE\\_2010/05\\_Democracia\\_e\\_tutela.pdf](http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2010/05_Democracia_e_tutela.pdf)>. Acesso em: 30 maio 2013.

101 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Lutas por Reconhecimento e a Cláusula de Abertura da Constituição*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 29 maio 2013. p. 11.

102 SCOTTI, Guilherme. *Teorias Jurídicas Positivistas*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 10 maio 2013. p. 04-5.

103 Sobre a diferença entre prévio requerimento administrativo e exaurimento da via administrativa, insta esclarecer que o primeiro se refere ao pedido prévio do benefício previdenciário na esfera administrativa (provocação da instância administrativa sem, contudo, ser necessário o seu esgotamento), ao passo que o segundo se relaciona ao esgotamento recursal da seara administrativa (necessidade de percorrer todas as instâncias da esfera administrativa).

104 Súmula nº 213 do TFR: “O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária”.

(quais sejam, o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o princípio da separação dos Poderes) sempre em cotejo um com o outro, de modo:

- 1) a evitar a violação do princípio da separação dos Poderes, que ocorrerá se se atribuir caráter absoluto ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e, assim, se dispensar indiscriminadamente o prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário para o acionamento do Judiciário, mesmo nos casos em que é desnecessário o recurso ao Poder jurisdicional para se chegar ao exercício do direito ao benefício previdenciário (nas hipóteses de ausência de lesão ou ameaça a direito e de falta de interesse processual – na acepção interesse-necessidade), porquanto, nesta situação de liberação geral do prévio requerimento administrativo, ocorrerá a usurpação de competências do Poder Executivo pelo Poder Judiciário – este passará a desenvolver tipicamente a função administrativa de concessão de benefício previdenciário – e, por conseguinte, a ofensa à separação orgânica, à separação funcional, à independência e à harmonia da tríade de Poderes do poder político soberano; e
- 2) a impedir a vulneração do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que acontecerá se se conceder caráter absoluto ao princípio da separação dos Poderes e, com isso, se exigir o ventilado prévio requerimento administrativo em todos os casos de acionamento do Poder Judiciário, mesmo nas situações em que este requerimento se revelar impossível ou notoriamente inócuo, uma vez que a mencionada exigência, nestas hipóteses, gerará a criação de um empecilho insuperável ou infrutífero ao exercício do direito de ação (e, portanto, a vulneração do núcleo essencial deste direito fundamental) e, outrossim, do direito ao benefício previdenciário.

Desse modo, para se garantir a conciliação, concordância prática e harmonização dos princípios da separação dos Poderes e da inafastabilidade da jurisdição (evitando-se o sacrifício total e definitivo de algum destes valores constitucionais e preservando-se o núcleo essencial de cada um destes bens constitucionais), bem como para se assegurar a integridade do direito (levando, pois, a sério as pretensões normativas, com a aplicação da norma previamente aprovada e a justiça no caso concreto) e, por conseguinte, a contínua afirmação/reconstrução jurídica, garantidoras da credibilidade/seriedade e legitimidade do regime democrático e da comunidade de princípios instituída pela Constituição da República, a única resposta correta a que os Tribunais tupiniquins, na sua tarefa de mediação interpretativa (com o uso da argumentação

jurídica/racional ou discurso de aplicação jurídica), podem alcançar é a seguinte: i) regra: exigência do prévio requerimento administrativo para o acionamento do Judiciário destinado ao percebimento de benefício previdenciário; e ii) exceção à regra: dispensa do prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário para o ingresso de ação judicial nas hipóteses em que se revelar impossível (v.g., no caso de segurado que vive em região isolada e/ou não acessível à rede de atendimento do INSS) ou notoriamente inócuo (p.e., nas situações cuja certeza do indeferimento administrativo do pedido de benefício já se tem de antemão) o aludido requerimento administrativo.

#### 4.3 A Posição Jurisprudencial do STF

O STF, no julgamento do Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 631.240/MG (relatoria do Ministro Roberto Barroso), pacificou a questão no âmbito dos Tribunais brasileiros, entendendo que, a partir do “pressuposto de que ninguém deve ir a juízo desnecessariamente, caberia verificar se a exigência de requerimento administrativo como configuradora do interesse de agir se amoldaria à disciplina constitucional de acesso ao Judiciário”.

Eis a ementa de tal julgado:

##### RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.
2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.
3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.
4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.

5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.

6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.

7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.

8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.

9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. (in DJE de 13.11.2014).

## 5 CONCLUSÃO

Em linhas resumidas, pode-se concluir que, não obstante a ausência de entendimento jurisprudencial consensual, definitivo e consolidado sobre a necessidade, ou não, do prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário para o ajuizamento da ação que intenta o mesmo benefício, a única decisão compatível com o ordenamento jurídico fulcrado em princípios constitucionais é a feita a partir da abraçada leitura deontológica da Constituição Federal (fundada na interpretação conciliatória de princípios e advinda da teoria dworkiniana do direito como integridade), que resulta na

exigência, em regra, do prévio requerimento administrativo para a postulação judicial do benefício previdenciário, dispensando-se tal exigência nas hipóteses em que o citado requerimento se revelar impossível ou notoriamente inócuo.

Em realidade, conforme visto, não se pode conceder nem ao direito fundamental de ação (princípio da inafastabilidade da jurisdição) tampouco ao princípio da separação dos Poderes o caráter de norma constitucional absoluta, porquanto nenhum direito ou princípio previsto na Carta Federal se reveste de tal atributo, sendo todos sofredores de conformações e limitações destinadas à garantia da unidade e harmonização da Constituição, com vistas a evitar o total sacrifício ou abandono de algum dos valores constitucionais.

Por conseguinte, com relação ao art. 5º, XXXV, da Constituição da República, a atividade legislativa limitadora exige o interesse processual (binômio necessidade-utilidade) como condição para o exercício do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, cuja radiação, no caso concreto, em razão da imprescindível demonstração do interesse-necessidade, é a fixação da regra da exigência do prévio requerimento administrativo para o acionamento do Judiciário destinado ao percebimento de benefício previdenciário. De fato, o prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário junto ao INSS se revela imprescindível para a propositura da respectiva ação judicial, já que a sua falta impede a caracterização da resistência do INSS ao cumprimento voluntário da obrigação (assim como da configuração da lesão e/ou ameaça ao eventual direito, requisito para o exercício do direito de ação) e, portanto, impossibilita a demonstração do caráter necessário do provimento jurisdicional para o exercício do direito, o que resulta na ausência de interesse de agir (condicionante da ação) e na extinção do processo, sem resolução do mérito (CPC, art. 267, VI).

Do mesmo modo, quanto ao art. 2º da Magna Carta, a carência de rigidez – ausência de caráter absoluto, fruto do neoconstitucionalismo, em que é perfeitamente possível um Poder interferir na esfera do outro com o objetivo de dar eficácia aos anseios democráticos da coletividade insculpidos na Constituição Federal – do princípio da separação dos Poderes permite, em face da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, e com o objetivo de concretização das normas constitucionais (principalmente das prescritivas de direitos e garantias fundamentais, incluindo as relacionadas à previdência social), a atuação proativa do Poder Judiciário<sup>105</sup>, que redundará, na espécie, no estabelecimento da exceção consubstanciada na dispensa

105 Impõe esclarecer que, ante a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário acaba sendo chamado para suprir a aludida omissão inconstitucional do Estado e garantir a concretização dos direitos fundamentais e a implementação das políticas públicas constitucionalmente assegurados. Trata-se, pois, do ativismo judicial, acerca do qual Luiz Roberto Barroso (in *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2014. p. 06) professa: *“A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração*

do prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário para o ingresso de ação judicial nas hipóteses em que se revelar impossível ou notoriamente inócuo o aludido requerimento administrativo. Com efeito, somente nestes casos de impossibilidade ou inocuidade do requerimento administrativo é que é possível se aplicar a mencionada exceção, na medida em que a dispensa indiscriminada do prévio requerimento administrativo conduz à usurpação da competência administrativa do Poder Executivo (realizada na pessoa do INSS) pelo Poder Judiciário e constitui desdouro ao princípio da separação dos Poderes.

Por derradeiro, impende gizar que a referida leitura deontológica dos princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e da separação dos Poderes, geradora da regra (e respectiva exceção) da condição do prévio requerimento administrativo para a postulação judicial do benefício previdenciário, garante, nos termos suso defendidos, a observância, a um só tempo, dos artigos 2º e 5º, XXXV, da Constituição Federal, bem como evita o ajuizamento de ações desnecessárias, uma vez que obriga, em regra, o suposto segurado do RGPS a procurar o recebimento de seu benefício previdenciário junto ao INSS, que, como registrado, detém uma rede de atendimento ampla, ramificada e eficaz, na qual a maioria dos requerimentos administrativos obtém, num exíguo espaço de tempo, resposta positiva quanto à concessão de benefícios previdenciários.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2014.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil*. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 1. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Lutas por Reconhecimento e a Cláusula de Abertura da Constituição*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 29 maio 2013.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Limites Internos e Externos e o “Conflito de Valores”*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 29 maio 2013.

CHALITA, Gabriel. *O Poder*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. *Conceito de Ação: da teoria clássica à moderna. Continuidade ou ruptura?*. Disponível em: <[http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/452/mod\\_resource/content/2/Texto-base\\_-\\_Unidade\\_1.pdf](http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/452/mod_resource/content/2/Texto-base_-_Unidade_1.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Informações sobre a Rede de Atendimento do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Tradução de Fenando de los Ríos. Buenos Aires: Albatros, 1981.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 1. 3. ed. Tradução de DINAMARCO, Cândido Rangel. São Paulo, Malheiros, 2005.

LIMA, George Marmelstein. *O Direito Fundamental à Ação*. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/odfa.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2013.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Extravagante em Vigor*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho. *A Teoria da Ação de Liebman e sua Aplicação Recente pelo Superior Tribunal de Justiça: alguns aspectos dogmáticos da teoria da asserção*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13066>>. Acesso em: 6.abr. 2013.

PASSARI, Alessandro Antonio. *Democracia e Tutela Jurisdicional sob a Ótica Hermenêutica de Ronald Dworkin*. Disponível em: <[http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista\\_PGE\\_2010/05\\_Democracia\\_e\\_tutela.pdf](http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2010/05_Democracia_e_tutela.pdf)>. Acesso em: 30 maio 2013.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SCOTTI, Guilherme. *Teorias Jurídicas Positivistas*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 10 maio 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário: regime geral da previdência social e regimes próprios de previdência social*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

---

## ATIVISMO OU GARANTISMO NO PROCESSO CIVIL: QUAL O CAMINHO ADEQUADO PARA UM PROCESSO JUSTO, DEMOCRÁTICO E EFETIVO DIANTE DE UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI 13.105/2015)?

---

*Guilherme Maduro Zaroni*

*Procurador Federal*

*Pós-Graduado em Direito Público pela PUC/MG e UnB/DF*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os paradigmas jurídico-constitucionais, a interpretação do direito e o processo. 1.1. Paradigmas; 1.1.1 O paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal (ou Estado de Direito); 1.1.2 O paradigma jurídico-constitucional do Estado Social; 1.1.3 O paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito; 1.2 Democracia e Processo: um novo modelo deliberativo-procedimental e cooperativo; 2 Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo; 2.1 Neoconstitucionalismo; 2.2 Neoprocessualismo; 2.2.1 Direito fundamental a um processo justo; 2.2.2 Direito fundamental a tutela jurisdicional justa e efetiva; 3 Ativismo ou garantismo no processo civil: qual o caminho adequado para um processo justo e efetivo diante de um novo Código de Processo civil?; 3.1 Ação, Processo e Jurisdição; 3.2 Ativismo, Garantismo e o novo Código de Processo Civil; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O desenvolvimento de um processo justo e efetivo é uma preocupação contemporânea, e que tem motivado diversas reformas ao redor do mundo, inclusive, no Brasil, que tem um novo Código de Processo Civil. O estudo dos paradigmas revela uma ampliação das finalidades do processo civil, e uma readaptação do modelo processual às concepções filosóficas e políticas de seu tempo. No Estado Democrático de Direito há a necessidade de um novo modelo deliberativo-procedimental e cooperativo, que permita identificar uma solução racionalmente justificada, e que, sobretudo, seja aceita pelas partes e compreendida como justa. Na esteira da constitucionalização dos direitos e garantias processuais, o neoprocessualismo produz uma necessária revisão destinada a alcançar uma tutela jurisdicional democrática, justa e efetiva. Neste cenário, notáveis processualistas formaram uma frente de resistência ante a crescente tendência de atribuir ao juiz a direção efetiva e não apenas formal do processo, um movimento contra a sua participação de forma mais intensa no processo e em particular na investigação dos fatos. Neste debate, o novo código brasileiro de processo civil, parece proporcionar a conciliação, entre ativistas e garantistas, através do cooperativismo, que, efetivamente, é o melhor caminho para construção de um processo consentâneo ao Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Paradigmas. Neoconstitucionalismo. Neoprocessualismo. Ativismo. Garantismo. Cooperação.

**ABSTRACT:** The development of a fair and effective process is a contemporary concern, and that has motivated several reforms around the world, including in Brazil that has a new Civil Procedure Code. The study of paradigms reveals a widening of the purposes of civil procedure, and the upgrading of the procedural model to philosophical conceptions and their time policies. In a democratic state there is a need for a new procedural-deliberative and cooperative model, which will identify a rationally justified solution, and, above all, be accepted by the parties and perceived as fair. In the wake of constitutionalisation of the procedural rights and guarantees, the neoprocessualismo produces a necessary revision aimed at achieving a democratic judicial protection, fair and effective. In this scenario, notable processualist formed a resistance front against the growing trend of giving the judge the effective and not just formal process direction, a movement against its share more intensely in the process and in particular in the investigation of the facts. In this debate, the new Brazilian code of civil procedure, appears to provide a reconciliation between activists and garantistas, through the cooperative, which effectively is the best way to build a consistent process to the democratic rule of law.

**KEYWORDS:** Paradigms. Neoconstitutionalism. Neoprocessualismo. Activism. Garantismo. Cooperation.

## INTRODUÇÃO

Jhering dizia que “o direito existe para se realizar. A realização do direito é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito. [...] o que se realiza como direito é o direito [...]”, ou seja, o direito depende de sua efetividade, pois sem ela não seria mais do que um “fantasma de direito”<sup>2</sup>.

A questão da efetividade do direito se manifesta, sobretudo, naquelas situações em que existe uma resistência total ou parcial a sua realização, a tal ponto que se torna necessária a intervenção do Estado-Juiz, assumindo especial relevância a postura do juiz e das partes no processo de concretização (ou não) desse direito,

Justamente sobre a postura desejada do juiz e das partes dentro do processo, é que se formou um debate atual, e que está sendo travado em trincheiras opostas, entre ativistas e garantistas. Os primeiros defendem o protagonismo judicial, e os segundos pretendem a volta do protagonismo das partes. E, às vésperas da entrada em vigor de um novo Código de Processo Civil no Brasil, é oportuno e conveniente analisar esse “duelo” para revelar qual o caminho ou método adequado para alcançar uma tutela jurisdicional apropriada ao Estado Democrático de Direito.

Afinal, é indispensável o processo trazer para realidade e de forma concreta todos os direitos, prerrogativas e, também os deveres previstos no direito material

Para tanto, desenvolve-se neste artigo uma investigação da evolução do Processo atrelada a concepção de paradigmas (Kuhn e Habermas); da relação entre Democracia, Processo e Constituição, bem como dos movimentos denominados Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Investiga-se, ainda, a evolução dos três institutos (ou categorias) fundamentais da Teoria Geral do Processo: Ação, Processo e Jurisdição, e, por fim, o debate entre ativistas e garantistas e a posição adotada no novo Código de Processo Civil brasileiro.

1 JHERING, Rudolf von. L'Esprit du droit romain, III, p. 16 apud NEVES, Antônio Castanheira. Metodologia Jurídica - Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 25. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 44, n. 1, 2003. p. 179. (179-212). Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20\(s\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20(s)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2013.

2 Ibidem.

## 1 OS PARADIGMAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS, A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E O PROCESSO

Segundo Menelick de Carvalho Netto a noção de paradigma é fundamental para compreensão da questão da interpretação, sobretudo, a da interpretação constitucional<sup>3</sup>. É que pelos paradigmas jurídico-constitucionais, na lição de André Cordeiro Leal, citado por Vinícius Lott Thibau, é “que reconstroem-se os pressupostos à dinâmica jurídica para oferecer bases à investigação da importância, funções e conceito do Estado e dos direitos fundamentais nos processos de integração social”<sup>4</sup>.

### 1.1 Paradigmas

A acepção contemporânea do vocábulo “paradigma” é atribuída a Thomas S. Kuhn que, em seu livro “A Estrutura das Revoluções Científicas”, utiliza a expressão “paradigmas” para designar “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornece problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”<sup>5</sup>, e prossegue: “O desenvolvimento da maioria das ciências têm-se caracterizado pela contínua competição entre diversas concepções de natureza distintas; [...] da incomensurabilidade de suas maneiras de ver o mundo e nele praticar a ciência.”<sup>6</sup>

Para Kuhn, o paradigma aceito em determinada época pelos cientistas é, portanto, determinante na condução das pesquisas, ou seja, ele estabelece o padrão de racionalidade aceito em uma comunidade científica. Assim, para compreender o desenvolvimento científico é preciso compreender a estrutura intelectual sob a qual um cientista trabalha.

Entretanto, quando o paradigma e a condução por ele determinada são incapazes de produzir respostas satisfatórias surge à consciência da anomalia, isto é, “do reconhecimento de que, de alguma maneira, a natureza violou as expectativas paradigmáticas que governam a ciência normal”<sup>7</sup>.

3 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Texto-base 1: Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Brasília: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/forum/view.php?id=244>>. Acesso em: 15 maio 2013.

4 LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 25 apud THIBAU, Vinícius Lott. Os Paradigmas Jurídico-Constitucionais e a Interpretação do Direito. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 319, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/index.php/meritum/article/view/787/0>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

5 KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998. p.13.

6 Ibid., p. 23.

7 KUHN, op. cit., p. 78.

Essas anomalias se acumulam de tal forma que o paradigma começa a ser questionado, e então, ocorre uma crise, inclusive, por motivos nem sempre racionais. Afinal, “o fracasso das regras existentes é o prelúdio para a busca de novas regras”<sup>8</sup>. Há então, nas palavras de Kuhn: “Uma proliferação de articulações concorrentes, a disposição de tentar qualquer coisa, a expressão de descontentamento explícito, o recurso à filosofia e ao debate sobre os fundamentos, são sintomas de uma transição da pesquisa normal a extraordinária.”<sup>9</sup>

Provocando a crise uma mudança de paradigma, há também uma mudança revolucionária de visão do mundo. O que demonstraria o caráter de descontinuidade do conhecimento científico que progride, então, não pelo acúmulo do saber, mas por rupturas paradigmáticas.

Para Menelick de Carvalho Netto:

[...] em uma teoria de paradigmas o progresso do conhecimento não ocorre de forma evolutiva e pacífica, mas se dá por rupturas, por saltos, pela modificação de paradigmas. Não há como sair de um paradigma, sem trocar por outro. O que possibilita, então, a troca de paradigmas é o advento de novas práticas sociais. O paradigma será, então, um filtro, ou seja, óculos que filtrarão a visão e que moldarão a maneira como percebemos a realidade, e de tal modo que tudo o quê e como vemos está condicionado por vivências sociais concretas, que limitam ou condicionam a ação e percepção do indivíduo e do mundo.<sup>10</sup>

O filósofo alemão Jürgen Habermas, na esteira da obra de Thomas S. Kuhn, capitaneou para as Ciências Social e Jurídica a noção de “paradigma”. Na obra “Direito e democracia: entre facticidade e validade”, v. 2, o autor alemão esclarece que os paradigmas funcionam como uma espécie de “pano de fundo” intervindo na consciência de todos os cidadãos, do legislador, da justiça e da administração<sup>11</sup>.

Assim, o paradigma representa a compreensão de determinada época social que pode ser expressa como uma ideologia, uma “visão social” ou, simplesmente, uma “teoria” capaz de explicar como as normas jurídicas devem ser concebidas e interpretadas.

Habermas distingue três grandes paradigmas: Estado liberal, Estado social e Estado democrático de Direito.

Para Carvalho Netto:

8 KUHN, op. cit., p. 95.

9 Ibid., p. 123.

10 CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Belo Horizonte, v. 3, p. 476, maio 1999.

11 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 131.

[...] há quatro paradigmas do Direito: o pré-moderno e o da modernidade. O primeiro envolve a antiguidade e a Idade Média. Neste, o Direito era um conjunto normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentemente justificados, que consagrava os privilégios de cada uma das castas e suas facções. O juiz tinha a função de realizar a justiça, aplicando as normas concretas e individuais casuisticamente, pela ausência de normas gerais e abstratas válidas para todos. O paradigma da modernidade se divide, por sua vez, em três grandes paradigmas constitucionais: o do Estado de Direito, o do Estado de Bem-Estar Social e o do Estado Democrático de Direito.<sup>12</sup>

Como se verá, a evolução do Direito Processual (e o Processo) não ficou imune as mudanças paradigmáticas, ou seja, o exercício da justiça não permaneceu alheio ao seu modelo social.

### 1.1.1 O paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal (ou Estado de Direito)

O Estado Liberal decorre da ruptura do paradigma do direito pré-moderno, e perdurou das primeiras codificações do século XVIII (p. ex. o Código Civil de Napoleão) até a 1ª. Guerra Mundial.

No paradigma do Estado Liberal, a relação entre Estado e sociedade foi restritiva em relação à ação do primeiro, de maneira a garantir a liberdade individual e o protagonismo dos indivíduos.

A Constituição liberal refletia esse Estado “minimista”, sendo breve e relativamente simples, com o papel fundamental de conformar o poder político e garantir a ampla liberdade da sociedade mediante a positivação de matérias relativas à limitação do poder político (separação de poderes) e consagração dos direitos individuais (direitos de primeira geração). A lei deveria ser universal, geral, clara e precisa e, tanto o quanto possível, completa<sup>13</sup>.

A atividade interpretativa é vista como uma atividade mecânica. “A interpretação é algo a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados. Ao juiz é reservado o papel de mera *bouche de loi*.”<sup>14</sup>

O papel do Poder Judiciário era de espectador passivo e “politicamente neutralizado” pela precedência do Poder Legislativo (Princípio da Legalidade); pela ideia da “Justiça cega” voltada apenas à preservação do interesse individual sem qualquer objetivo social e por um processo coordenado pela divisão das tarefas entre as partes e com menor participação do juiz.

<sup>12</sup> CARVALHO NETTO, op. cit., p. 476.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 477-479.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 476.

Consagrava-se uma concepção privatista do processo.

Cabe ao Poder Judiciário dirimir conflitos interparticulares ou, conforme o modelo constitucional, entre esses e a administração pública, quando provocado, através de procedimentos devidos, aplicando o direito material vigente de modo estrito, através de processos lógico-dedutivos de subsunção do caso concreto às hipóteses normativas, sob os ditames da igualdade formal, estando sempre vinculados ao sentido literal, no máximo lógico, da lei, enfim, sendo a boca da lei.<sup>15</sup>

Entretanto, a concepção individualista do exercício dos direitos fundamentais da igualdade, liberdade e propriedade acarretou dificuldades incontornáveis pelo paradigma liberal, impondo-se a intervenção estatal para resolvê-las.

A concentração de riquezas, o alastramento da miséria e a Revolução Industrial contribuíram para o surgimento de uma nova classe social de massas: o “proletariado”, e, em consequência, eclodiram movimentos grevistas e a criação de sindicatos juntamente com o aparecimento das ideias socialistas, anarquistas e comunistas<sup>16</sup>.

Carvalho Netto revela que a experiência do Estado Liberal “[...] levou-nos a ver que a afirmação da liberdade e da igualdade pode redundar, como, de fato, redundou, na maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história. Uma miséria sem precedentes foi gerada ao lado de uma riqueza também sem precedentes”<sup>17</sup>.

Em consequência, o Estado Liberal entrou em crise diante da sua incapacidade de lidar com a emergência destas questões, incompatíveis com sua conduta omissiva, e, junto com ele, a correspondente concepção privatista do processo com protagonismo das partes.

### 1.1.2 O paradigma jurídico-constitucional do Estado Social

Sucedem então o Estado Social ou Estado Providência, que se consolida no continente europeu após o término da 2ª. Guerra Mundial, e inaugura uma nova era de direitos sociais e coletivos, que impõe uma atividade intensa do Estado na sua concretização contrapondo-se a atitude contida do Estado Liberal.

Assim, o Estado assume o papel de protagonista e intervencionista com o objetivo de também garantir direitos sociais e econômicos aos cidadãos, que se tornam seus “clientes” enquanto prestador de serviços e produtor de bens.

15 THIBAU, op. cit., p. 330.

16 Ibid., p. 330-333.

17 CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, p. 106, dez. 2003.

A intervenção ativa do Estado na sociedade, por óbvio, provocou uma mudança no perfil das Constituições na medida em que passou a incorporar a regulação da intervenção e da direção estatal sobre a economia, além de uma nova gama de direitos (sociais e coletivos). Os textos se tornam mais longos e complexos. A Administração Pública, ante a ampliação significativa de suas atribuições, passa a dispor de mecanismos jurídicos e poder normativo, o que, inclusive, impacta na Teoria Clássica da Separação dos Poderes.

A atividade interpretativa, antes reduzida a uma mera tarefa mecânica de aplicação silogística da lei, “incorpora métodos mais sofisticados como as análises teleológica, sistêmica e histórica capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei”<sup>18</sup>.

Valoriza-se a jurisdição e o caráter teleológico do processo, que vai se transformando em um modelo com participação ativa do juiz, embora preservado o princípio dispositivo, pois não basta apenas a verdade formal e a segurança jurídica. Busca-se agora também a verdade material e a segurança jurídica acompanhada da “Justiça da decisão”. Para isso, o juiz é dotado de poderes de direção e coordenação, o que provoca a angularização e verticalização da relação processual, bem como o processo passa a ser visto não como um “fim em si mesmo”, mas como instrumento para realização de objetivos sociais, políticos e jurídicos.

Cândido R. Dinamarco ressalta que:

[...] a instrumentalidade do processo precisa produzir resultados. Se digo instrumento, estou perguntando: instrumento de quê, a serviço de quê? A minha geração aprendeu – os professores da nossa época ensinavam – que o processo é um instrumento a serviço do direito material, ponto. O processo existe para que o direito material, civil, comercial, administrativo, tributário, seja bem cumprido. Dizia-se – ouvi isso de um professor: “O juiz tem o dever de cumprir a lei material”. Se o artigo “x” do Código Civil tem aplicação em um caso, que seja aplicado. Se houver injustiça, que ela seja cobrada do legislador. Quando passamos para essa visão instrumentalista, isso não ocorre. O juiz tem de fazer justiça; ele usará as técnicas do processo e também as normas de direito material para fazer justiça. Em outras palavras, na medida do possível, ele tem de procurar uma maneira de amenizar o rigor da lei material, deverá interpretá-la adequadamente. Isso não significa que o juiz pode virar legislador e mudar tudo; mas quer dizer que, sempre que possível, ele deve dar uma interpretação mais conducente a uma solução justa, segundo o pensamento comum da sociedade, e não dele próprio. Um juiz

18 CARVALHO NETTO, op. cit., p. 481.

radical, que faz as coisas segundo a justiça dele, não representa o que a nação espera dele.<sup>19</sup>

José Carlos Barbosa Moreira, em 1985, pontuou os efeitos da mudança paradigmática no processo civil durante a transição do liberalismo individualista para o Estado social de direito:

“Projetado no plano processual, traduz-se o fenômeno pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das ‘regras do jogo’ e, no fim, proclamar o vencedor. Não menos que na economia, a emergência do ‘social’ também no processo derrui o império do *laissezfaire*. Recusa-se aos litigantes a possibilidade de marcar soberanamente o compasso da marcha processual; equaciona-se em novos termos o capital problema da “divisão de tarefas” entre as partes e o órgão de jurisdição.”<sup>20</sup>

Entretanto, o agigantamento do Estado, das suas funções, e a prestação de serviços em todas as áreas, levou à crise e falência do chamado Estado provedor como modelo de sociedade justa, e provocou a necessidade de teorização de uma nova forma de ver o mundo, bem como o reconhecimento de novos direitos.

Da mesma forma, percebe-se claramente a insuficiência do processo para revelar sempre a verdade material, para garantir a efetividade de suas decisões, bem como uma carência de legitimidade decorrente da pouca internalização do valor “participação” nas decisões.

É no início da década de setenta que a crise do paradigma do Estado Social manifesta-se em toda a sua dimensão e “às indagações oriundas de uma sociedade pluralista e complexa em busca de sua autodeterminação, levou à necessidade de se teorizar um novo paradigma jurídico-constitucional”<sup>21</sup>: o Estado Democrático de Direito.

### 1.1.3 O paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito

Para Habermas, do ponto de vista jurídico, um dos pontos inquietantes da “crise do Estado Social” residia na insensibilidade do aparelho estatal com relação a limitações impostas à autodeterminação

19 GABBAY, Daniela Monteiro et al. *Cândido Rangel Dinamarco e a Instrumentalidade do Processo (Uma Entrevista)*. Cadernos de Direito GV. São Paulo, v.7, n.4, jul. 2010. Disponível em: [bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/7850](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/7850). Acesso em: 15 set. 2013.

20 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo*. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, p. 145, jan. 1985.

21 THIBAU, op. cit., p. 339.

de seus clientes, chegando, inclusive, a apontar uma simetria com a “cegueira social” do Estado Liberal.<sup>22</sup>

Carvalho Netto corrobora o mesmo entendimento, pois, no paradigma do Estado Social, “os próprios destinatários desses serviços públicos terminavam por ser excluídos da discussão acerca do planejamento e execução dos mesmos”<sup>23</sup>.

O Estado Democrático de Direito busca uma relação de equilíbrio entre o individualismo liberal e o assistencialismo social. Estado e sociedade devem ser protagonistas, coautores dentro de um processo para transformação social.

Para tanto, a atuação estatal deve estar legitimada pela participação dos interessados na produção e realização do direito.

Neste paradigma, os textos constitucionais devem consagrar a construção participativa do direito, a participação democrática nos processos decisórios do Estado, e ampliar o rol dos direitos fundamentais (de terceira geração, difusos e individuais homogêneos, etc).

É, ainda, no Estado Democrático de Direito, que a Constituição toma o lugar dos Códigos e passa a ocupar o centro do ordenamento jurídico a ponto de se dizer que se passou do “império da lei” a “constitucionalização da ordem jurídica”, do “Estado Legislativo” ao “Estado Constitucional”.

O princípio da legalidade inserindo-se no Estado Democrático de Direito tem seu conceito ampliado para abranger, não apenas as leis e atos normativos do Executivo, mas também os princípios constitucionais explícitos ou implícitos.

Aos princípios é reconhecida eficácia normativa.

[...], os princípios são também normas jurídicas, muito embora não apresentem essa estrutura. Operam ativamente no ordenamento ao condicionarem a leitura das regras, suas contextualizações e interrelações, e ao possibilitarem a integração construtiva da decisão adequada de um ‘hard case’. Os princípios, ao contrário das regras, como demonstra Dworkin, podem ser contrários sem ser contraditórios, sem se eliminarem reciprocamente. E, assim, subsistem no ordenamento princípios contrários que estão sempre em concorrência entre si para reger uma determinada situação. A sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto que tem diante de si é fundamental, portanto, para que possa encontrar a norma adequada a produzir justiça naquela situação específica. É precisamente a diferença entre os discursos legislativos de justificação, regidos pelas exigências de universalidade e abstração, e os discursos judiciais e executivos de aplicação, regidos pelas

<sup>22</sup> HABERMAS, op., cit., p. 125.

<sup>23</sup> CARVALHO NETTO, op. cit., p. 101-102.

exigências de respeito às especificidades e à concretude de cada caso, ao densificarem as normas gerais e abstratas na produção das normas individuais e concretas, que fornece o substrato do que Klaus Günther denomina *sense of adequability*, que, no Estado Democrático de Direito, é de se exigir do concretizador do ordenamento ao tomar suas decisões (GÜNTHER, KLAUS. *The sense of appropriateness*. Trad. John Farrel. New York: State University of New York Press, 1993).<sup>24</sup>

Ocorre, assim, no Estado Democrático de Direito uma transformação na visão de como deve ser interpretado e aplicado o direito. Reclama-se uma nova postura do juiz, uma nova postura participativa dos atores sociais para que as decisões produzidas não atendam somente ao sentimento da segurança jurídica, mas também o de justiça realizada como resultado da adequabilidade da decisão às singularidades do caso concreto<sup>25</sup>.

Marcelo Cattoni, citado por Thibau, esclarece que, no Estado Democrático de Direito cabe ao juiz, “[...] uma tarefa densificadora e concretizadora do Direito, a fim de se garantir, sob o princípio da igualdade materializada, ‘a Justiça no caso concreto’.”<sup>26</sup>

Neste cenário, o processo ganha admirável relevo como instrumento de concretização do Estado Democrático de Direito, de efetivação dos direitos fundamentais, e se reestrutura em um modelo participativo no qual o juiz exerce seu poder jurisdicional ao lado das partes e em colaboração para “concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva (art. 5º, incs. XXV e LXXVIII, CF<sup>27</sup>)”<sup>28</sup>.

## 1.2 Democracia e Processo: um novo modelo deliberativo-procedimental e cooperativo

O século XX foi marcado por uma intensa disputa em torno da questão democrática. Na primeira metade prevaleceu a deseabilidade do regime democrático como forma de governo, e, na outra metade, formou-se um consenso em torno de um procedimento eleitoral para a formação de governos.

24 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, v. 6, jul./dez. 1998. p. 245 (233-250).

25 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos da interpretação [...]*, p. 481.

26 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 42 apud THIBAU, op. cit., p.337.

27 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto promulgado em 5 out. 1988. Brasília. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988\\_05.10.1988/CON1988.pdf](http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf). Acesso em: 20 set. 2013.

28 CAMBI, Eduardo. *Protagonismo Judiciário Responsável*. *Revista Argumenta*, n. 16, 2012, p. 84. Disponível em: [seer.uem.br/index.php/argumenta/article/download/215/214](http://seer.uem.br/index.php/argumenta/article/download/215/214). Acesso em: 24 set. 2013.

A forma hegemônica de prática da democracia, a partir da segunda metade do século XX, consolidou-se no procedimento eleitoral como prática restrita de legitimação de governos.

Entretanto, a expansão global da democracia coincidiu com uma grave crise deste regime nos países centrais onde a democracia representativa se encontrava mais enraizada.

Nesses países se iniciou uma crise conhecida como “dupla patologia”: 1) a patologia da participação, marcada, sobretudo, pelo aumento do abstencionismo; e 2) a patologia da representação, decorrente do fato de os eleitores se considerarem cada vez menos representados pelos seus eleitos<sup>29</sup>.

A redução do procedimentalismo democrático a um processo de eleição mostrou-se incapaz também de oferecer respostas satisfatórias a duas questões: 1) se as eleições seriam o único mecanismo de autorização por parte dos cidadãos e 2) saber se os procedimentos de representação solucionam a questão da representação das diferenças.

A falta de respostas idôneas a estas questões, o fim da guerra fria e o processo de globalização conduziram a uma reabertura do debate democrático, do debate entre democracia representativa e democracia participativa.

Em resposta, surgiram fórmulas alternativas, que sem romper com o caráter procedimental da democracia, a ele agregaram a pluralidade humana.

Para Boaventura de Souza e Leonardo Avritzer, e de fato, foi Habermas quem “abriu o espaço para que o procedimentalismo passasse a ser pensado como prática social e não como método de constituição de governo”<sup>30</sup>.

Para tanto, Habermas realça a necessidade da discussão racional e pública dos indivíduos (participação deliberativa) como fator de validade das “normas-ações”<sup>31</sup>.

O que, evidentemente, resulta em um procedimentalismo social e participativo com origem na diversidade das formas de vida desses indivíduos integrantes de uma sociedade contemporânea cada vez mais diversificada e multicultural<sup>32</sup>.

Afinal, a própria democracia pressupõe o alcance de um consenso e a compreensão de interesses mútuos. E uma norma justificada por esse processo é uma norma adequada para todos os participantes.

29 SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. *Para Ampliar o Cânone Democrático*. Organizador Boaventura de Souza Santos. Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-42.

30 Ibid., p. 52.

31 Ibid.

32 Ibid.

No posfácio da sua obra, na edição de 2003, Habermas registra: “para que o direito mantenha sua legitimidade, é necessário que os cidadãos troquem seu papel de sujeitos privados do direito e assumam a perspectiva de participantes em processos de entendimento que versam sobre as regras de sua convivência”<sup>33</sup>.

Desta forma, é necessário que os cidadãos se concebam como os autores do Direito ao qual estão submetidos enquanto destinatários<sup>34</sup>. Supera-se a concepção de que basta a correção procedimental para dar força à legalidade, é preciso que ela “seja resultado da criação discursiva e reflexo da opinião e da vontade dos membros de uma comunidade jurídica”<sup>35</sup>.

Assim, Habermas acredita que o direito somente é legítimo se for constituído de acordo com procedimentos da formação democrática da opinião e da vontade, que fundamentam a suposição da aceitabilidade racional dos resultados.<sup>36</sup>

Ada Pellegrini, com propriedade e acerto, destaca que “o princípio participativo também exerce sua influência em relação à atividade jurisdicional”<sup>37</sup>, e que uma das formas desta participação é “a própria utilização do processo como veículo de participação democrática”<sup>38</sup>.

A jurisdição não tem apenas escopo jurídico, mas também escopos sociais e políticos.

Entretanto, a sentença nem sempre alcança a pacificação social:

Esta, via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto, e que, na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido, o qual contra ela costuma insurgir-se com todos os meios na execução; e que, de qualquer modo, se limita a solucionar a parcela de lide levada a juízo, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do iceberg.<sup>39</sup>

33 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*. 2. ed. v. 2, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 323.

34 *Ibidem*, p. 479.

35 FERRAZ, Adilson Silva. A Teoria da Argumentação Jurídica como controle de racionalidade: breves considerações acerca de sua viabilidade. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n.19, ago. 2007. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Adilson\\_Ferraz.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Adilson_Ferraz.htm)>. Acesso em: 05 out. 2013.

36 HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 172.

37 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Fundamentos da Justiça Conciliativa*. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rbb\\_ADA%20PELLE.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rbb_ADA%20PELLE.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2013.

38 *Ibidem*.

39 *Ibidem*.

Desta percepção, decorrem alterações profundas no processo judicial, na forma de agir em juízo, apontando-se para a necessidade de um novo modelo deliberativo-procedimental e cooperativo, que permita identificar uma solução racionalmente justificada, e que, sobretudo, seja aceita pelas partes e compreendida como justa, ou seja, uma solução democrática.

Trata-se de uma alternativa a contraposição dos paradigmas que antecederam o Estado Democrático de Direito, de uma alternativa ao modelo jurisdicional liberal e ao modelo social. Esta alternativa invoca uma visão cooperativa do processo em que o juiz exercerá a função jurisdicional ao lado e em cooperação com as partes, e não distante ou sobre elas em posição hierárquica, valorizando-se o contraditório como garantia da democracia participativa e do processo justo.

Neste sentido, Daniel Mitidiero esclarece que, “[...] esse modelo de processo corresponde ao processo cooperativo, pautado pelo diálogo judiciário, pela cooperação e pela lealdade das pessoas que participam do processo”.<sup>40</sup> E,

Leonardo C. da Cunha pondera que: “[...] em razão do princípio da cooperação, o juiz deixa de ser o autor único e solitário de suas decisões. A sentença e, de resto, as decisões judiciais passam a ser fruto de uma atividade conjunta”.<sup>41</sup>

No Estado Democrático de Direito, portanto, é inadequada qualquer investigação solitária (ou autoritária) do órgão judicial. Impõe este paradigma que seja concedida às partes “a faculdade de pronunciar e intervir ativamente no processo, de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões”<sup>42</sup>.

Está claro, assim, que democracia e processo estabelecem uma relação íntima, pois os princípios estruturais do processo como o contraditório, a isonomia e a ampla defesa, constituem valores intrínsecos da democracia. E a colaboração efetiva das partes com o juízo proporciona autêntica garantia de democratização do processo.

40 MITIDIERO, Daniel. *Bases para Construção de um Processo Civil Cooperativo*: o Direito Processual Civil no marco teórico do formalismo-valorativo. Tese apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 5. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/13221>>. Acesso em: 23 jan. 2014.

41 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Revista de Processo, São Paulo, v. 209, jul. 2012. p. 359.

42 OLIVEIRA, op. cit., p.9.

## 2 NEOCONSTITUCIONALISMO<sup>43</sup> 44E NEOPROCESSUALISMO

### 2.1 Neoconstitucionalismo

Nas últimas décadas a Constituição passou de uma supremacia formal para uma supremacia material ou axiológica. Passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico, e não apenas o ápice da pirâmide positivista, e, em consequência, toda a leitura do ordenamento ordinário passa a ser realizada a partir da Constituição, ou como diz Luís Roberto Barroso, “a Constituição passa a ser um filtro através do qual se deve ler e interpretar as categorias e institutos de todo o direito infraconstitucional”<sup>45</sup>.

Essa conquista não é fruto de um momento, mas de um movimento político e jurídico chamado “Constitucionalismo”<sup>46</sup> destinado ao estabelecimento de regimes constitucionais, ou seja, “regimes moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas”<sup>47</sup>.

Mesmo antes das Constituições escritas já havia lei que detinha supremacia em relação ao restante<sup>48</sup>. Pedro Lenza recorda que entre os hebreus, ainda que timidamente, nasceu o constitucionalismo, pois são estabelecidos limites bíblicos ao poder político, e, mais tarde, no século V a.c., há as experiências das Cidades-Estados gregas que democraticamente distribuíam o poder político<sup>49</sup>.

43 O uso desta expressão no Brasil é recente, “[...] seguindo-se à ampla difusão que recebeu na academia brasileira a já citada obra Neoconstitucionalismo(s), organizada por Miguel Carbonell e publicada em 2003 [CARBONELL, Miguel et al. Neoconstitucionalismo(s), Madrid: Trotta, 2003]. De lá para cá, muito se tem escrito sobre o tópico e vários autores nacionais aderiram explicitamente à corrente, como Luis Roberto Barroso, Lênio Luiz Streck, Antonio Cavalcanti Maia, Ana Paula de Barcellos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Paulo Ricardo Schier, Eduardo Moreira, Écio Otto Ramos Duarte e Thomas Rosa de Bustamante”. In: SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. p. 9 (1-38) Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/73066241/04-O-Neoconstitucionalismo-No-Brasil-riscos-e-Possibilidades-Daniel-Sarmento>>. Acesso em: 23 out. 2013.

44 “Erroneamente os termos pós-positivismo e neoconstitucionalismo no Brasil são considerados como sinônimos, porém trata-se de significados distintos, pois o neoconstitucionalismo reúne a proposta antipositivista enquanto que o pós-positivismo abarca apenas as teorias tais como de Alexy e Dworkin (conforme nos ensina Barroso trata-se de designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais...)”. LEITE, Gisele. Neopositivismo, neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo. *Revista Temas Atuais de Processo Civil*, v.2, n.4, abr. 2012. Disponível em: <[www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/57-v2-n4-abril-de-2012/190-neopositivismo-neoconstitucionalismo-e-o-neoprocessualismo](http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/57-v2-n4-abril-de-2012/190-neopositivismo-neoconstitucionalismo-e-o-neoprocessualismo)>. Acesso em: 11 nov. 2013.

45 BARROSO, Luís Roberto. Especialista Traça Histórico do Direito Constitucional. *Revista Consultor Jurídico*, mar. 2009. p. 1. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv>>. Acesso em: 22 out. 2013.

46 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 07.

47 Ibid.

48 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.73-74.

49 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

Mas, é na Idade Média e Moderna que a noção de constitucionalismo se torna mais aparente com a limitação do poder estatal e o reconhecimento de direitos individuais, inicialmente, por meio de documentos escritos que consagram as liberdades individuais (Magna Carta de 1215, *Petition of Rights* de 1628, *Habeas Corpus Acts* de 1679, etc.)<sup>50</sup>, e depois, por meio de textos codificados denominados de “Constituição”. Dois são os principais documentos históricos e formais nesse segundo momento: a Constituição americana de 1787 e a francesa de 1791.

São características desse movimento na modernidade: a codificação das regras em um único documento (Constituição instrumental); existência de um poder constituinte originário (Constituição dogmática); supremacia da Constituição e vinculação de todos os Poderes do Estado; responsabilidade do soberano e (ou) exercentes de funções públicas perante a Constituição; correspondência entre a Constituição real e a formal; força normativa do texto constitucional; surgimento da ideia do controle de constitucionalidade e um procedimento mais rigoroso de alteração do texto constitucional (Constituição rígida) e globalização da proteção dos direitos fundamentais<sup>51</sup>.

O fato é que o constitucionalismo chega vitorioso ao século XXI<sup>52</sup>, mas reconfigurado.

Até a 2ª Guerra Mundial, prevalecia no continente europeu uma cultura positivista, sendo a lei a fonte principal do Direito. As Constituições eram destituídas de força normativa, e vistas basicamente como programas políticos aptos apenas para inspirar o legislador. Nesse cenário, os direitos fundamentais dependiam da proteção legal, de tal forma que poderiam ser flexibilizados (ou fragilizados) diante das maiorias políticas instaladas nas casas legislativas.

Finda a 2ª Guerra, diante do holocausto, e da percepção de que as maiorias políticas perpetraram ou contribuíram para a barbárie, justificando-se as atrocidades através da lei<sup>53</sup>, as novas Constituições

50 MORAES, op. cit., p. 75.

51 *Ibidem*, p. 80-81.

52 “[...] consagrado pelas revoluções liberais e após haver disputado com inúmeras outras propostas alternativas de construção de uma sociedade justa e de um Estado democrático. A razão de seu sucesso está em ter conseguido oferecer ou, ao menos, incluir no imaginário das pessoas: (i) legitimidade – soberania popular na formação da vontade nacional, por meio do poder constituinte; (ii) limitação do poder – repetição de competências, processos adequados de tomada de decisão, respeito aos direitos individuais, inclusive das minorias; (iii) valores – incorporação à Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade.” BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n. 54, 2001. p. 53 (47-78). Disponível em: <[http://download.rj.gov.br/documentos/10112/783251/DLFE-47041.pdf/Revista54Doutrina\\_pg\\_47\\_a\\_78.pdf](http://download.rj.gov.br/documentos/10112/783251/DLFE-47041.pdf/Revista54Doutrina_pg_47_a_78.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2013.

53 George Marmelstein aponta que: “Seria ingenuidade e talvez até mesmo má-fé pensar que Kelsen teve alguma influência ou participação na elaboração das leis nazista. Longe disso. Kelsen era um democrata e ele próprio foi perseguido pelo regime de Hitler. Porém, não há como negar que a sua teoria pura forneceu embasamento jurídico para tentar justificar as atrocidades praticadas contra judeus e outra minorias. Afinal, o formalismo da teoria pura não dá margem à discussão em torno do conteúdo da norma. Na

passaram a criar ou fortalecer a jurisdição constitucional, e a instituir mecanismos de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador, o que fez aproximar o constitucionalismo europeu do americano<sup>54</sup>.

Luís Roberto Barroso aponta como marcos desse processo de reconfiguração do constitucionalismo moderno: a edição da Lei Fundamental de Bonn, em 1949, a Constituição italiana de 1947, e no Brasil a promulgação da Constituição de 1988<sup>55</sup>.

Para Daniel Sarmento, além da consagração da supremacia material ou axiológica da constituição, há um relativo consenso na definição das características centrais deste novo constitucionalismo e do Estado de Direito: adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a valorização dos princípios e para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Lei fundamental.<sup>56</sup> Dando ao juiz a real possibilidade de afirmar o conteúdo da lei comprometido com a Constituição.<sup>57</sup>

## 2.2 Neoprocessualismo

Cambi esclarece que a Constituição e o processo se relacionam de forma direta e (ou) indireta. Diretamente, quando o texto constitucional incorpora os direitos e as garantias processuais fundamentais; quando dispõe sobre as instituições essenciais à realização da justiça e estabelece os instrumentos de controle constitucional. Indiretamente, através da tutela específica de um bem jurídico ou de determinadas pessoas, o que exige do legislador ordinário a elaboração de regras processuais específicas para concretização da tutela constitucionalmente reconhecida<sup>58</sup>.

---

ótica de Kelsen, não cabe ao jurista formular qualquer juízo de valor acerca do direito. Se a norma fosse válida, deveria ser aplicada sem questionamentos. E foi precisamente essa a questão levantada pelos advogados dos nazistas: segundo eles, os comandados de Hitler estavam apenas cumprindo ordens e, portanto, não poderiam ser responsabilizados por eventuais crimes contra a humanidade."In LIMA, George Marmelstein. Direitos Fundamentais: Retrospectiva 2007 – Perspectivas 2008. [S.l.], jan. 2008. Disponível em: <<http://georgemlima.blogspot.com.br/2008/01/captulo-1-teoria-dos-direitos.html>>. Acesso em: 26 out. 2013.

54 SARMENTO, op. cit., p. 2.

55 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, nov. 2005. p. 1 (1-3). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 24 out. 2013.

56 SARMENTO, op. cit., p. 9.

57 MARINONI, Luís Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. p.24.

58 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, n. 6, fev. 2007. p. 1 [1-4]. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/59/64>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

O processo além de ser a ferramenta para efetivação dos direitos fundamentais, ele próprio é um direito fundamental (ao devido processo e todos seus pertinentes corolários tais como contraditório, juiz natural, proibição de prova ilícita e, etc.) e, no Estado Democrático de Direito, também veículo de participação democrática.

Quando uma constituição, a exemplo da brasileira, contempla amplos direitos e garantias processuais, a relação é direta, umbilical, e o processo se torna muito mais que mera técnica<sup>59</sup>, pois, pela via constitucional, fica inserido também no plano da política do direito<sup>60</sup> e da cultura social<sup>61</sup>.

Eliana P. Rocha e Jefferson C. Guedes, analisando a Constituição e o direito processual, visualizam que:

59 “É fora de dúvida que o direito processual, como fenômeno cultural, constitui produto exclusivo do homem, sendo, por consequência, inevitavelmente empolgado pelo conceito, um tanto fluídico, é verdade, de liberdade. Por isso mesmo, o tecido interno do processo forma-se pela confluência das ideias, projetos sociais, utopias, interesses econômicos, sociais, políticos e estratégias de poder reinantes em determinada sociedade, com notas específicas de tempo e espaço. Constitui, portanto, um grave equívoco, assimilá-lo, apesar de seu caráter formal, a um mero ordenamento de atividades, dotado de cunho exclusivamente técnico, composto por regras estabelecidas de modo totalmente arbitrário pelo legislador. A estrutura mesmo do processo civil não é moldada pela simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente por escolhas de natureza política em busca dos meios mais adequados e eficientes para a realização dos valores, especialmente os de conteúdo constitucional. Esses valores, no fundo, é que estruturam a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada Estado. In ÁLVARO DE OLIVEIRA, op., cit., p.1.

60 “Direito é política, proclamava ceticamente a teoria crítica do Direito, denunciando a superestrutura jurídica como uma instância de poder e dominação. Apesar do refluxo das concepções marxistas na quadra atual, é fora de dúvida que já não subsiste no mundo contemporâneo a crença na ideia liberal positivista de objetividade plena do ordenamento e de neutralidade absoluta do intérprete. Direito não é política. Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder. Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. Poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a acusação de que é política e não jurídica. Não é possível ignorar, porém, que a linha divisória entre Direito e Política, que existe inegavelmente, nem sempre é nítida e certamente não é fixa. A ambiguidade refletida no parágrafo anterior impõe a qualificação do que se entende por política. Direito é política no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, consequentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente. Evidentemente, Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas. O facciosismo é o grande inimigo do constitucionalismo. [...] Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação.” In BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática. Atualidades Jurídicas, *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, n. 4, jan./fev. 2009, p. 13 [1-29]. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

61 CAMBI, op. cit., p. 18.

[...] a efetividade dos direitos reconhecidos constitucionalmente encontra no processo um importante mecanismo de afirmação. Esse processo, entre nós, considerando a diversidade de matérias tratadas pela Constituição de 1988, não pode ser compreendido, sem que se busquem seus fundamentos de validade na Lei Fundamental.<sup>62</sup>

Abre-se, então, uma nova perspectiva em que os princípios processuais constitucionais são também normas jurídicas, com força normativa imediata, e, como garantidoras de direitos fundamentais, a elas se aplicam toda a teoria dos direitos fundamentais<sup>63</sup>.

Com a publicização e a constitucionalização, superou-se a concepção do processo como manifestação da autonomia e da liberdade das partes privadas.

O processo está voltado agora para algo superior à solução do litígio envolvendo os interesses controvertidos das partes, sem desprezá-los, uma vez se torna um instrumento funcional ao Estado para a realização dos direitos fundamentais e outros valores de conteúdo constitucional<sup>64</sup>.

Neste cenário, de relação íntima entre processo e constituição, a figura do juiz distante e indiferente<sup>65</sup> deixou de se coadunar com a atividade jurisdicional pretendida no Estado Democrático de Direito.

Elpídio Donizetti, ao comentar a metodologia do projeto de lei do novo Código de Processo Civil Brasileiro, reconhece como neoprocessualismo o desenvolvimento do processo civil em consonância com o novo pensamento decorrente da fase neoconstitucionalista, “[...] que está conduzindo a uma nova visão do estudo do Direito Constitucional, orientada pela percepção do efeito expansivo e irradiador das normas

62 GUEDES, Jefferson Carús; ROCHA, Pires Eliana. Direitos Fundamentais e Processo Civil no Brasil: algumas técnicas processuais compensatórias de desigualdades sociais e a proteção judicial dos direitos fundamentais. *Revista da AGU*, n. 25, Brasília-DF, jul./set. 2010. p. 95 [88-119].

63 DIDIER JR. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. v. 1, Bahia: Juspodivm, 2009. p. 22.

64 “[...] essa constitucionalização dos direitos e garantias processuais torna-se relevante, pois, além de retirar o Código de Processo da centralidade do ordenamento processual, fenômeno designado de descodificação, ressalta o caráter publicístico do processo. [...] deixando de ser um mecanismo de utilização pessoal, para ser visto como um meio de realização da justiça.” LOURENÇO, Haroldo. O Neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e suas Influências no Novo CPC. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, out./dez. 2011. p. 89 [74-107].

65 “A imparcialidade aqui, se traduz na capacidade de o juiz levar em conta a reconstrução fática de todos os afetados pelo provimento e, desse modo, fazer com que o ordenamento como um todo, enquanto pluralidade de normas que concorrem entre si para reger situações, se faça presente, buscando então qual a norma que mais se adequa à situação; qual a norma que, em face das peculiaridades específicas daquele caso visto como um ‘hard case’, promove justiça para as partes, sem deixar resíduos de injustiças decorrentes da cegueira à situação de aplicação. Cegueira esta que até bem pouco tempo atrás poderia ser confundida com a própria imparcialidade por haver sido elevada à condição de suposto implícito do conceito mesmo de ordenamento jurídico dos dois primeiros paradigmas constitucionais na modernidade.” In: CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito* [...], p. 246-247.

constitucionais – nucleares de todo o sistema –, cuja força normativa se espalha sobre todo o ordenamento jurídico[...]<sup>66</sup>.

O processo se revela não apenas como método de controle do exercício do poder, mas também de manutenção do mínimo existencial capaz de conservar a dignidade da pessoa humana bem como os demais fundamentos da república brasileira<sup>67</sup>.

Para isso, conjugado com a construção e aprimoramento de um método justo e efetivo de interpretação e aplicação do direito, é preciso uma nova visão<sup>68</sup> do operador apta a garantir uma utilização adequada do instrumental posto à disposição das partes e do juiz.

Assim, não basta a consciência da necessidade da construção e desenvolvimento de “um método de concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva (art. 5º, incs. XXV e LXXVIII, CF/88)<sup>69</sup>, pois o método deve estar acompanhado do juízo crítico para “[...] construir ‘dever-seres’ que sintonizem os fatos sempre cambiantes da realidade ao Direito que, para não se tornar dissociado da vida, tem de se ajustar [...] às novas situações ou, ainda, atualizar-se para apresentar melhores soluções aos velhos problemas”<sup>70</sup>.

### 2.2.1 Direito fundamental a um processo justo

A doutrina brasileira destaca que, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal é um importante alicerce teórico do neoprocesso<sup>71</sup>. Pois, ao se incluir a garantia da inafastabilidade

66 DONIZETTI, Elpídio. *Um novo CPC: Análise das principais inovações do projeto de Lei do Senado n. 166/2010*. [S.l.], 12 nov. 2010, p.2. Disponível em: <<http://www.editoraatlas.com.br/elpidiodonizetti/index.aspx>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

67 LEITE, Gisele. *Neopositivismo, neoconstitucionalismo e o neoprocesso*. p.6.

68 “O discurso ‘neo’ é sedutor e essencial para a construção de novas práticas, estas não menos complexas, na medida em que colocam o operador jurídico diante de saberes acumulados que, muitas vezes, em face da riqueza dos fatos, de nada servem senão para propagar o sofrimento e a injustiça. [...] Por isto, o verdadeiro desafio é cultural, mudar o modo como o homem opera o direito é o escopo final e, reconheça-se, muito mais difícil que, simplesmente (sem embargo disto ser absolutamente necessário), criar, em abstrato, as teorias.” In: CAMBI, op. cit., p. 42-43.

69 CAMBI, Eduardo. *Protagonismo Judiciário Responsável*. p. 84.

70 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocesso* [...], p.2.

71 “A ordem constitucional brasileira assegura, de forma expressa, desde a Constituição de 1946 (art.141, § 4º) que a lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou a ameaça a direito [...]. Observa-se que o texto de 1988 inova ao garantir o acesso à justiça no caso de ameaça a direito”. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.539. E, “na verdade, a Constituição de 1967, emendada em 1969, já previa garantias, como a inafastabilidade da jurisdição (art. 153, § 4º), a ampla defesa (art. 153, § 15) e a vedação a tribunais de exceção (art. 153, § 15). Porém, a constitucionalização formal dos princípios processuais existentes se esgotava num enquadramento garantístico, que não interferia, de forma inovadora, na realidade do processo. A garantia reportava à legislação infraconstitucional, o que dificultava ou obstava a releitura destas normas a partir dos direitos fundamentais, deixando pendentes as lacunas da regra”. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica, *Revista de Processo*, São Paulo, n. 155, p. 3 apud GUEDES; ROCHA, op. cit., p. 94.

da jurisdição, consagra-se também o direito fundamental à tutela jurisdicional justa e efetiva<sup>72</sup>.

O acesso à justiça, prescrito no art. 5º, inc. XXXXV, da CF, é mais do que alargar as portas do Poder Judiciário aos reclamos dos jurisdicionados por meio do direito de ação.

O acesso à justiça, consagrado como direito fundamental, deve ser interpretado em toda a sua amplitude para compreender, além do ingresso em juízo, a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; a efetividade do contraditório; a análise adequada e tempestiva pelo juiz (natural e imparcial) das questões debatidas; e a construção e o desenvolvimento de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais para garantir sua efetividade<sup>73</sup>.

O direito ao processo justo se revela na fórmula mínima do processo blindado pelas garantias processuais constitucionais<sup>74</sup>, e que, portanto, “constitui princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional”<sup>75</sup>, vinculando o legislador, o administrador e o juiz.

O Ministro Gilmar Mendes comunga dessa importância:

Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. [...] Em verdade, a aplicação esmerada ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir civilização de barbárie.<sup>76</sup>

72 CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: *Garantias constitucionais do processo civil*. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 1999. p. 237; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: RT, 1997. p. 20; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: RT, 1998. p. 391. Nota 31; WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: *Participação e processo*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988. p. 135 apud CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, p. 24.

73 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, p. 24-25.

74 “[...] a Constituição Federal brasileira de 1988 destacou, em capítulo nominado direitos e garantias fundamentais, uma série de garantias constitucionais do processo. São elas: garantia do processo jurisdicional ou do devido processo legal; garantia do acesso à justiça; garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional; garantia à assistência jurídica, assistência judiciária e gratuidade de justiça; garantia à duração razoável do processo e da celeridade; garantia à igualdade processual; garantia do juiz natural; garantia do duplo grau de jurisdição; garantia da publicidade dos atos processuais; garantias do contraditório e da ampla defesa; garantia da proibição da prova ilícita; garantia da fundamentação das decisões judiciais. Todos são instrumentos referendados pelo Estado Constitucional, que permitem uma aplicação mais justa do direito, oportunizando a superação de entraves que se apresentam no sistema jurídico mediante o emprego do papel integrativo dos direitos fundamentais.” In: GUEDES; ROCHA, op. cit., p. 89.

75 MITIDIERO, Daniel. Direito Fundamental ao Processo Justo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 45, 2011. p. 23 [22-31]. Disponível em: <[http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art\\_srt\\_arquivo20130419164953.pdf](http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130419164953.pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2013.

76 MENDES, op. cit., p. 537-538.

Portanto, para que um processo possa ser adjetivado como “justo”, e adequado ao Estado Democrático de Direito, não basta a entrega da prestação jurisdicional, é necessário que ela seja prestada mediante a observância das garantias constitucionais que assegurem sua idoneidade.

Enfim, o processo justo “[...] é condição necessária indispensável, embora não suficiente, para obtenção de decisões justas”.<sup>77</sup>

### 2.2.2 Direito fundamental a tutela jurisdicional justa e efetiva

No atual estágio do processo civil não é suficiente que a tutela jurisdicional seja apenas adjetivada como justa. O Estado Democrático de Direito requer algo mais, exige também que a tutela jurisdicional seja democrática e efetiva, o que demanda a participação das partes, celeridade e adequação.

De nada adiantará garantir o acesso à justiça e a tutela justa, se não houver efetividade da prestação jurisdicional. “É dizer, o direito à sentença significa direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito material seja ele ou não um direito fundamental.”<sup>78</sup>

Obviamente, a tutela para ser efetiva deve igualmente ser tempestiva, o que depende de um processo célere (art. 5º, inc. LXXVIII, da CF), bem como da utilização de uma técnica processual adequada para a proteção do direito, sem dilações ou formalismo desnecessários.

José Carlos Barbosa Moreira sintetizou em cinco itens, o que ele considerou uma espécie de “programa básico” da campanha em prol da efetividade:

- a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade

77 MITIDIERO, Daniel. Processo Justo, Colaboração e Ônus da Prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 78, n.1, jan./mar. 2012. p. 67 [67-77]. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/29621/003mitidiero.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 nov. 2013.

78 GUEDES; ROCHA, op. cit., p. 98.

a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias<sup>79</sup>.

Por outro lado, nem o justo, nem a efetividade devem ser erigidos em valor absoluto. A satisfação de um deles não deve implicar no sacrifício total de outro. A sabedoria será revelada justamente na capacidade de construir um processo justo e efetivo, e não um processo justo ou efetivo. Na síntese perfeita de Barbosa Moreira: “Nem o valor celeridade deve primar, pura e simplesmente, sobre o valor verdade, nem este sobrepor-se, em quaisquer circunstâncias, àquele.”<sup>80</sup>

Este é o grande desafio do neoprocessualismo: conferir maior efetividade à prestação da tutela jurisdicional sem suprimir garantias das partes; assegurar a legitimação democrática do processo; e evitar o exercício autoritário da jurisdição.

### 3 ATIVISMO OU GARANTISMO NO PROCESSO CIVIL: QUAL O CAMINHO ADEQUADO PARA UM PROCESSO JUSTO E EFETIVO DIANTE DE UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL?

#### 3.1 Ação, Processo e Jurisdição

Os três institutos (ou categorias) fundamentais da Teoria Geral do Processo: ação, processo e jurisdição, obviamente, não permaneceram imunes as alterações paradigmáticas.

Ada P. Grinover, escudada em Calamandrei e Vidigal, leciona que: “O conceito de ação; muda, conforme as tendências políticas e filosóficas do momento. [...] que a concepção do escopo do processo varia, segundo a orientação política do Estado, variando, com ele, a concepção sobre a natureza da ação.”<sup>81</sup>

É inegável a transição ocorrida entre o direito de ação do Estado liberal e o direito de ação do Estado Democrático de Direito.

No Estado Liberal, o direito de ação se restringia ao seu aspecto formal de simples direito de acesso ao judiciário para proteção dos direitos individuais. A concepção foi construída sobre um cenário em que prevalecia o direito privado.

Essa visão formalista e reducionista do direito de ação, após a crise do modelo liberal, com transição pelo Estado Social<sup>82</sup>, não chegou ao Estado Democrático de Direito.

79 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 77, jan. 1995. p. 168 [168-175].

80 *Ibid.*, p.170.

81 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Direito de Ação*. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, São Paulo, v. 2, out. 2011. p. 51 [45-53].

82 “O Estado Democrático de Direito, então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado.” In: GUERRA FILHO, Willis S. *Autopoiese do Direito na*

No atual paradigma, o direito de ação deve assegurar acesso material ao judiciário, o que só se realiza com uma tutela justa e efetiva.

Não foi somente a concepção sobre o direito de ação que evoluiu. Evoluiu o processo, evoluiu a jurisdição.

Afinal, ação, processo e jurisdição compõe um sistema incidível na evolução histórica do Direito Processual Civil.

O exercício da função jurisdicional única e exclusivamente pelo Estado evoluiu a partir da Justiça privada. Evoluiu como mecanismo de superação das fases anteriores, centradas na autotutela, na autocomposição, na arbitragem voluntária ou obrigatória. Função que inerte, adormecida, depende de provocação, e para tanto surge o conceito de direito de ação<sup>83</sup> materializado no pedido de tutela jurisdicional pelo autor<sup>84</sup>.

Lacerda revela que a história da teoria da ação coincide com a independência do direito processual em relação ao direito material. Isto é, o direito processual foi adquirindo autonomia na exata medida em que os processualistas alcançaram êxito em demonstrar a independência do direito de ação em relação ao próprio direito material<sup>85</sup>.

Álvaro de Oliveira é perfeito ao sintetizar que:

A verdade é que, negadas as concepções monistas do direito, ponto atualmente pacífico, mostra-se forçoso reconhecer a autonomia do processo em relação ao direito material, nada obstante a íntima conexão entre os planos material e processual. Ademais, com o monopólio estatal da administração da justiça, a ação só pode ser pensada como um poder dirigido contra o Estado, pois só esse pode garantir a tutela jurisdicional dos direitos e determinar os pressupostos pelos quais deve ela ser outorgada. Não se cuida, portanto, de um direito privado, mas de um direito revestido de natureza pública, que por seu caráter, sua direção, seu conteúdo e seus requisitos se distingue essencialmente da pretensão privada. [...] hoje está bem claro que a garantia do acesso à justiça impõe ao órgão judicial o dever de exercer jurisdição.<sup>86</sup>

E o processo?

Está claro que, a garantia de acesso à justiça não se esgota mais com a simples previsão do direito de ação, pois se exige não só uma

---

*Sociedade Pós-Moderna. Introdução a uma teoria social sistêmica.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 34 apud FRITZ, Samuel de Oliveira, op., cit.

83 Didier distingue o "direito de ação" da "ação". Enquanto o primeiro, é uma "situação jurídica constitucional que confere ao seu titular um direito a um processo devido", o segundo, é o "ato jurídico que se chama demanda, que é o exercício do direito fundamental de ação". DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 176.

84 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Direito de Ação*. p. 45.

85 LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 210.

86 ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efetividade e Tutela Jurisdicional*. p. 23.

efetividade *inter partes*, mas também uma efetividade social da prestação jurisdicional<sup>87</sup>.

Inadmissível que, portanto, retomem-se concepções civilistas ou procedimentais-formalistas para compreender a natureza jurídica do processo.

Com o reconhecimento da autonomia do direito de ação, e de sua natureza pública, abandonam-se as implicações privatistas do processo como direito adjetivo de atender exclusivamente o desejo das partes, embora continue a depender da sua iniciativa, ou seja “o processo é colocado pelo Estado à disposição das partes, mas bem sabem elas que estão submetidas ao poder jurisdicional, dele não podendo escapar”<sup>88</sup>.

Segundo Marinoni, esta percepção do processo como instrumento da jurisdição, e não apenas um mero procedimento de aplicação judicial do direito material, obrigou a doutrina a rediscutir a natureza jurídica do processo em superação às concepções privatistas.

É então que Bülow apresenta sua teoria da relação jurídica processual, em 1868, na obra *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. E a partir dela, iniciou-se a fase autonomista ou científica do direito processual.

Para Oskar von Bülow:

El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen en la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión. Esta se prepara por medio de actos particulares. Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes que dan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común.<sup>89</sup>

Bülow vislumbrou que, a instauração do processo “determina a existência de toda uma série de posições e de relações recíprocas entre os seus sujeitos, as quais são reguladas juridicamente e formam, no seu

87 “[...] se quisermos pensar o direito processual na perspectiva de um novo paradigma de real efetividade, é preciso romper de vez com concepções privatísticas e atrasadas, que não mais correspondem às exigências atuais e que deixaram de ser adequadas às elaborações doutrinárias e aos imperativos constitucionais que se foram desenvolvendo ao longo do século XX,” ÁLVARO DE OLIVEIRA, op. cit. p. 11.

88 MARINONI, Luís Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. p. 389.

89 BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964. p. 1-3 apud NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. *Da Natureza Jurídica do Processo Penal Epistemologicamente Adequada à Concepção Democrática do Estado de Direito*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, abr. 2002. p. 463-464 [461-467].

conjunto, uma relação jurídica, a relação jurídica processual<sup>90</sup>. Que se distingue da de direito material por três aspectos: pelos seus sujeitos (autor, réu e Estado-juiz), pelo objeto (prestação jurisdicional) e pelos seus pressupostos (pressupostos processuais)<sup>91</sup>.

Bülow distingue, ainda, os conceitos de processo e procedimento. Os atos desta relação jurídica processual são praticados segundo uma ordem, modo e um tempo pré-determinados. “O conjunto dos atos, na sua sucessão e unidade formal, tem o nome técnico de procedimento.”<sup>92 93</sup>

A teoria de Bülow é encampada pela maioria dos processualistas brasileiros, inspirando, inclusive, o Código de Processo de 1973.

No Direito pátrio, esta concepção sofre significativa influência da Escola (Paulista) Instrumentalista do Processo, capitaneada por Cândido Rangel Dinamarco.

O doutrinador paulista concebe a jurisdição como poder do Estado e centro da teoria processual. O processo, nessa perspectiva, é concebido como instrumento de exercício daquele poder, para cumprimento de seus objetivos. Advém a sua instrumentalidade, por não ser um fim em si mesmo, mas um meio para a consecução dos fins jurisdicionais<sup>94</sup>.

Não são poucas as teorias<sup>95</sup> que se contrapõem ao processo como relação jurídica<sup>96</sup>.

Entretanto, a que interessa no presente trabalho é aquela que concebe o processo como um espécie de “procedimento em contraditório”.

Fazzalari concebe o procedimento como uma série de atos normatizados, que levariam a um provimento final dotado de imperatividade. A noção de processo se define como “espécie de procedimento em contraditório, entre as partes, em simétrica paridade,

90 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 1, Tradução Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. São Paulo: Forense, p. 40.

91 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 278.

92 LIEBMAN, op. cit., p. 39.

93 “[...] os atos de um processo são ligados entre si como elementos de um todo, como partes de uma unidade que se protraí no tempo. O princípio dessa ligação recíproca reside na identidade do escopo formal (o ato final do processo, a sentença), para atingir o qual cada ato traz a sua contribuição, embora os sujeitos que realizam os vários atos possam ler e geralmente tenham interesses e finalidades pessoais diferentes e em parte contraditórios (cada parte visa a uma sentença de conteúdo diferente e a elas se contrapõe a posição “neutral” do juiz). Assim, tais atos são como as fases de um caminho que se percorre para chegar ao ato final, no qual se identificam a meta do itinerário preestabelecido e ao mesmo tempo o resultado de toda a operação.” LIEBMAN, op. cit., p. 39.

94 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

95 “Cada uma das teorias representou um avanço e da respectiva soma se faz a grandeza da ciência (Couture). Uma nova concepção nunca é fruto exclusivo do pensamento individual, mas do esforço de todos que se dedicaram ao estudo do tema”. In: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*, p. 101.

96 Teoria do processo como situação jurídica (Goldschmidt); como instituição (Guasp); Teoria Constitucionalista do Processo (José Alfredo de Oliveira Baracho, Andolina e Giuseppe Vignera); eNeo-Institucionalista (Rosemiro P. Leal).

na preparação do provimento jurisdicional<sup>97</sup>. Ou seja, o processo é um procedimento gravado pela característica do contraditório<sup>98</sup>.

Mas, o que é o contraditório?

Partilha-se a lição de Aroldo Plínio Gonçalves, apresentada por Rosemiro Pereira Leal:

O contraditório não é o dizer e o contradizer sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.<sup>99</sup>

Dinamarco reconhece que hoje há uma verdadeira reabilitação do procedimento na ciência do processo e na conceituação deste<sup>100</sup>, mas ressalva que o contraditório é um sustentáculo da garantia das partes contra a exagerada liberdade das formas, e que não exclui a relação jurídica do conceito de processo. O contraditório transparece na série de atos com que cada um (autor e réu) procura influir no espírito do julgador, para que a solução final lhe seja favorável. Estes atos, enquanto manifestações do contraditório, na sua prática observam uma ordem, modo e um tempo pré-determinados impostos pela lei, pois só assim a participação poderá ser justa e útil. Este é o valor do procedimento no sistema processual, garantir o contraditório de maneira isonômica e proveitosa para dar legitimidade ao provimento final, e cuja observância é exigência constitucional. E conclui, “[...] a relação jurídica processual é a projeção jurídica da exigência política do contraditório”<sup>101</sup>, ou seja, o contraditório só se forma mediante o estabelecimento desta relação.

Mas, da mesma forma que a ação e o processo foram e estão sendo repensados, o mesmo ocorre com o procedimento. Afinal, o exercício da jurisdição depende em concreto do módulo legal estabelecido pelo legislador, e de como ele é aplicado e desenvolvido pelas partes e pelo

97 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 314.

98 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Milano: Cedam, 1996. p. 82 apud OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 143.

99 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 127 apud LEAL, Rosemiro Pereira. *A Principiologia Jurídica do Processo na Teoria Neo-institucionalista*. Constituição, Direito e Processo: princípios constitucionais do processo. Curitiba: Juruá, 2008, p. 281-290. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2\\_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2013.

100 DINAMARCO, op. cit. p. 76-77.

101 Ibid.

juiz. Por esta razão, realmente não há como aceitar a definição clássica de processo ou qualquer outra que ignore o procedimento<sup>102</sup>.

Há então uma “crise do conceito de relação jurídica processual”<sup>103</sup>?

Para Marinoni a concepção da relação jurídica processual peca pela sua neutralidade, uma vez que ficou distante das necessidades das partes, das situações de direito material e das diferentes realidades dos casos concretos.<sup>104</sup>

Maia Filho compartilha da mesma convicção<sup>105</sup>.

E mais, a concepção do processo como relação jurídica é avesso ao conceito de legitimidade de participação das partes no procedimento, de legitimidade do próprio procedimento e de legitimidade da decisão<sup>106 107</sup>.

102 “Ver o processo apenas como instrumento para a atuação da lei não permite perceber que o exercício da jurisdição depende do modo como o procedimento é fixado em abstrato - pelo legislador - e é aplicado construído no caso concreto e, assim, compreendido pelo juiz.

A definição clássica de processo, ao ignorar o procedimento, tem íntima relação com os valores do Estado Liberal [...]. A necessidade de compreender o caso litigioso, interpretar a lei e controlar a sua constitucionalidade a partir dos direitos fundamentais não permite que se diga que a jurisdição continua a ter a função de atuar a vontade da lei. [...] o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva - nova roupagem dada ao direito de ação - inibe a conclusão de que o processo possa ser incapaz de permitir a tutela do direito material no caso concreto. [...] o direito fundamental à tutela efetiva incide sobre o legislador, obrigando-o a considerar as necessidades do direito material, e sobre o juiz, atribuindo-lhe o dever de compreender o procedimento conforme as particularidade do caso concreto. [...] Mas a importância do procedimento para a proteção dos direitos vai além. O legislador instituiu normas processuais abertas (arts. 461 e 273 do CPC e 83 e 84 do CDC), conferindo ao autor e ao juiz uma ampla latitude de poder para a utilização da técnica adequada ou - o que é o mesmo - para a estruturação do procedimento idôneo ao caso concreto. [...] Essa nova dimensão alcançada pelo procedimento decorre do direito do autor à tutela jurisdicional efetiva e do dever do juiz de dar proteção aos direitos ou de prestar a tutela jurisdicional adequada ao caso concreto. Ou seja, além de o processo não estar mais preso à limitada função de dar atuação à lei - nos moldes do princípio da legalidade do direito liberal -, tornou-se visível a importância do procedimento para o exercício da jurisdição ou para que a jurisdição possa cumprir o papel que a ela foi reservado pelo Estado constitucional. [...] Portanto, o processo é o procedimento que, adequado à tutela dos direitos, confere legitimidade democrática ao exercício do poder jurisdicional.” MARINONI, Luís Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, p. 401-404.

103 *Ibid.*, p. 396.

104 *Ibid.*, p.398.

105 MAIA FILHO, Paulo Américo. *Os Descaminhos da Instrumentalidade Trabalhista*. Revista de Processo, São Paulo, v. 181, mar. 2010. p. 313 [313-336].

106 “A legitimação pela participação decorre da efetividade da participação das partes na formação da decisão, já que apenas proclamar o direito de participação, sem outorgar às partes as condições necessárias a tanto, implica em negar a própria legitimidade que se pretende transmitir com a ideia de participação. [...] A parte, além de ter o direito de participar do processo, possui o direito ao procedimento adequado à tutela do direito material. [...] Para a legitimidade da jurisdição não basta a participação e a adequação do procedimento às necessidades do direito material, sendo ainda necessário a legitimidade do procedimento diante dos direitos fundamentais. [...] parece certo que a legitimidade da jurisdição, e assim do processo, não pode descartar a necessidade de que a decisão esteja legitimada pelos direitos fundamentais. [...] O processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas como algo que tem fins de grande relevância para a democracia, e, por isso mesmo, deve ser legítimo. O processo deve legitimar - pela participação -, deve ser legítimo - adequado à tutela dos direitos e dos direitos fundamentais - e ainda produzir uma decisão legítima.” MARINONI, Luís Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, p. 398-401.

107 NASCIMENTO, op. cit., p. 47.

É evidente, portanto, que é necessário, no mínimo, uma releitura da relação jurídica processual à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito e da Jurisdição no Estado constitucional<sup>108</sup>.

É exatamente neste ponto, que desencadeou-se um caloroso debate a respeito da atuação do juiz no processo civil.

De um lado: a publicização (ou socialização) do processo civil, e a concepção de que a efetividade do processo está intimamente ligada à atribuição de certas iniciativas aos juízes, especialmente, em matéria probatória. Essa visão do processo civil está fundamentada no dever constitucional do juiz de garantir a eficácia na proteção dos interesses discutidos no processo e conseguir, assim, alcançar o objetivo final da função judicial, que é a “Justiça”. E para isso, o Estado deve colocar a disposição dos juízes todos os meios e competências necessárias que lhes permitam atingir esse objetivo<sup>109</sup>.

Do outro lado: a constitucionalização do devido processo legal, que assegura garantias mínimas para as partes na condução do processo, e a concepção de que às partes cumpre o protagonismo no debate processual, evitando-se a outorga de iniciativas processuais, especialmente, em matéria probatória aos juízes, sob pena de comprometer as garantias constitucionais do devido processo legal<sup>110</sup>.

Joan Picó externa sua preocupação com o rigor das discussões e a necessidade de se encontrar um meio termo:

En la actualidad, este debate científico esta adquiriendo una excesiva crudeza debido a su “politización”, lo que ha conducido a efectuar indebidos planteamientos de la discusión que, en ocasiones, y aunque sea de forma indirecta o implícita, conducen a ciertas descalificaciones personales respecto de los autores que no comparten unas mismas ideas. Y ello es especialmente significativo en algunos autores que se muestran parti-darios de excluir en el proceso cualquier tipo de iniciativa de dirección material del juez.

La crudeza de estas posiciones se ha visto reflejada en los últimos congresos nacionales e internacionales de derecho procesal, y en recientes

108 “A jurisdição, no Estado constitucional, caracteriza-se a partir do dever estatal de proteger os direitos. Como é evidente, a ideia de proteção dos direitos não tem a ver com a antiga e remota concepção de tutela dos direitos privados, própria a época anterior à afirmação da autonomia do direito processual. O Estado constitucional tem o dever de proteger os direitos fundamentais, seja através de normas, atividades fáticas administrativas ou de jurisdição. Além disso, a jurisdição, no Estado contemporâneo, tem o dever de proteger todas as espécies de direitos, com isso se querendo evidenciar que o juiz, muito mais do que simplesmente aplicar a lei, tem o dever de compreendê-la a partir dos direitos fundamentais, no caso concreto.” MARINONI, Luís Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, p.402.

109 JUNOY, Joan Picó I. El Derecho Procesal entre el garantismo y laeficacia: un debate mal planteado. *Cuestiones Jurídicas*, v. 6, n. 1, 2012. p. 13 [11-31]. Disponível em: <<http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/rcj/v6.n1/El%20Derecho%20Procesal%20entre%20el%20garantismo.pdf>. Acesso: 20 jan. 2014.

110 *Ibid.*, p. 13-14.

publicaciones. [...] para llegar a una solución o postura intermedia entre ambas posiciones doctrinales, logrando así su equilibrio, pues la eficacia del proceso sin garantismo es inadmisibile desde un punto de vista constitucional, y el garantismo sin eficacia tampoco es aceptable si lo que se pretende es lograr la tutela judicial más justa posible, y no puede olvidarse que la “Justicia” también es un valor supremo en la mayoría de los textos constitucionales, ya venga proclamada expresamente o bien lo sea de forma implícita. Por ello, debemos esforzarnos en buscar una postura intermedia, que sin conculcar ninguna garantía constitucional de las partes logre la máxima eficacia del proceso.<sup>111</sup>

É esse debate entre o Ativismo<sup>112</sup> e o Garantismo<sup>113</sup> que será tratada no tópico seguinte.

### 3.2 Ativismo, Garantismo e o novo Código de Processo Civil

O processo civil evoluiu ante a necessidade primeira de resolver conflitos e promover a realização de direitos privados, depois para cumprir também uma função social, e, agora na “modernidade”, como mecanismo de promover os direitos fundamentais e se tornar um instrumento democrático para construção do direito.

Durante o período liberal, as partes detinham amplos poderes para o início e fim do processo e a definição de seu objeto, bem como cumpria-lhes o andamento, o desenvolvimento e a instrução probatória. Os poderes do órgão judicial eram significativamente limitados diante da fronteira estabelecida nesse paradigma<sup>114</sup>.

Já no Estado Social, diante da concepção publicista do processo (como instrumento da jurisdição, e portanto exercício do poder estatal), chegou-se (nos países do mundo socialista) ao extremo de se propor um processo civil com plena exclusão do princípio dispositivo e sob o império do princípio da oficialidade em prol de ampla investigação da verdade materiale realização dos fins do Estado<sup>115</sup>.

111 JUNOY, op. cit., p. 14-15.

112 A expressão “ativismo” é aqui utilizada para caracterizar a atividade do juiz no processo, dando ênfase à liberdade, aos poderes de atuação do magistrado e a sua postura dinâmica no processo. Em outra concepção a expressão “ativismo” indica a ingerência do Judiciário em temas políticos, ou seja, vislumbra-se o ativismo no aspecto material. Há uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

113 “A ideia do Garantismo vem sendo elaborada pelo professor italiano Luigi Ferrajoli, encontrando-se inserta nas obras *Derecho y razón - Teoría del garantismo penal* e *Derecho y garantías - La ley del más débil*, buscando uma nova perspectiva do Direito, visto como um sistema de garantias individuais em contraposição ao Estado. A matriz da teoria se encontra na seara penal, derivando para uma abstração geral, com reflexo no modelo de Direito, na teoria jurídica das normas e na filosofia do Direito. In NASCIMENTO, op. cit., p. 467.

114 ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. p. 2.

115 *Ibid.*, p.3

Muito embora, essa concepção extremista de publicização do processo não tenha vingado, Barbosa Moreira anota que nas diversas reformas ao redor do globo: “O papel do juiz na atividade instrutória vê-se incrementado no mundo do common law e ameaçado de redução em ordenamento que historicamente vem ocupando posição central no âmbito do civil law.”<sup>116</sup>

Neste cenário, e ainda que, o caráter privado não corresponda mais à concepção dominante sobre a natureza e função do processo civil, pois a experiência desmentiu a crença na eficiência do trabalho desenvolvido pelos participantes do processo.<sup>117</sup> Notáveis processualistas formaram uma frente de resistência ante a crescente tendência de atribuir ao juiz a direção efetiva e não apenas formal do processo, um movimento contra a sua participação de forma mais intensa no processo e em particular na investigação dos fatos.

José Carlos Barbosa Moreira<sup>118</sup>, bem como Leonardo Greco<sup>119</sup>, atribuem ao processualista espanhol Juan Montero Aroca<sup>120</sup> e, anteriormente, à Franco Cipriani, na Itália, o resgate do “privatismo” processual como caminho para assegurar as garantias constitucionais do processo (Garantismo).

As críticas “liberais” ao movimento de publicização do Processo Civil podem ser assim sintetizadas:<sup>121 122</sup>

116 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Correntes e Contracorrentes no Processo Civil Contemporâneo*. p.315-319.

117 Ibid.

118 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Neoprivatismo no Processo Civil*. Revista de Processo, São Paulo, v. 122, abr. 2005. p. 9-20.

119 GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 164, out. 2008. p. 29-52.

120 “Que através de uma coletânea reuniu vários textos sobre o tema, escritos por processualistas de vários países da América Ibérica e também da Itália: Proceso civil e ideología – Un prefácio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006. [...] E o texto de Franco Cipriani intitulado Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità). Nesse estudo o professor ordinário de direito processual civil da Universidade de Bari (Itália) fez um profundo levantamento histórico dos aspectos ideológicos em que se radicou o CPC austríaco projetado por Franz Klein. Apoiado em escritos de Menestrina (Francesco Klein, 1926, I, p. 270) e Chiovenda (Loralità e La prova, 1924, em Saggi di diritto processuale civile – 1894-1937 –, org. PROTO PISANI, II, Milão, 1993. p. 205), Cipriani afirma que o Regulamento de Klein teve um longo período de vacatio legis para bem preparar os juízes com “mão dura”, ao mesmo tempo em que pretendeu “amansar” os advogados que, na Viena de 1897, pretendiam se rebelar contra a entrada em vigor do novo regulamento. No desenvolvimento desse importante texto sobre a história do processo civil europeu, Franco Cipriani adverte sobre a influência do Regulamento de Klein na formação ideológico-política do CPC da Itália de 1940, surgido no auge do nazifascismo naquele país, bem como da influência desse CPC austríaco em outros diplomas processuais que se lhe seguiram”. In RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação de debate. RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil. Apresentação do debate. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 2788, fev. 2011. p.1 [1-3]. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18526>. Acesso em: 30 jun. 2013.

121 GRECO, Leonardo. *Publicismo e Privatismo no Processo Civil*. p.30-31.

122 “Exerga-se nela uma exacerbação indevida do elemento publicístico do processo e uma intolerável manifestação de autoritarismo. Para os que assim pensam, as coisas andarão tanto melhor quanto mais forem deixadas aos cuidados dos próprios litigantes: nenhum juiz, afirma-se, pode saber mais do que os titulares dos interesses em conflito o que convém fazer (ou não fazer) para resolvê-lo. O incremento dos poderes Acreditar-se e dizer-se que o fundamental é a tutela jurídica, sendo o processo (prestação da

1. A corrente publicista e ativista se formou sob a influência do socialismo e do facismo;
2. A falsa crença de que o aumento dos poderes do juiz seria o suficiente para elevar não só acesso, mas também a qualidade da justiça, o que não ocorreu;
3. A iniciativa probatória e a busca da verdade real comprometem a imparcialidade do juiz, “que sempre acaba por beneficiar uma das partes, e as próprias garantias do contraditório e da ampla defesa, porque a parte deve defender-se do adversário, e não do juiz”;<sup>123</sup>
4. A tutela paternalista dos particulares, e sob a qual “desenvolveu o decisionismo pós-moderno, que põe a justiça a serviço do mais fraco, provoca liminares sem contraditório, inverte as regras do ônus da prova através das cargas dinâmicas e se imiscuindo na política, representa um desgoverno”<sup>124</sup>;
5. A flexibilização da anterior absoluta supremacia do interesse público em detrimento do interesse individual, e a primazia dos direitos fundamentais, inclusive, da dignidade da pessoa humana não permitem mais que as partes no processo civil fiquem sujeitas ao ativismo judicial, que na prática forense se degenera em atos de autoritarismo”.
6. As garantas processuais (autonomia da vontade das partes, a inércia da jurisdição e o princípio dispositivo) têm suporte na contemporânea teoria dos direitos fundamentais, que impõe limites aos poderes do juiz.

---

atividade jurisdicional) o acessório é adotar-se postura ideologicamente perigosa, de todo incompatível com o ganho civilizatório que a democracia representa como forma de convivência política. Se o Direito é produzido socialmente pelos homens, a vitória mais significativa da modernidade, em termos políticos, foi assentar-se, como inafastável postulado, que sua validade é indissociável do processo de sua produção, processo este incompatível com o arbítrio, exigindo, para legitimar-se, que atenda a regras cogentes e prévias, respeitados os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, tudo constitucionalmente prefixado. Em suma, que sejam atendidas as exigências do devido processo legal, tanto do devido processo legal (devido processo constitucional, seria mais adequado dizer-se) legislativo, quanto do administrativo e do jurisdicional. [...] Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre emanadas de governos antidemocráticos e indiferentes às garantias dos jurisdicionados. De acordo com esse pensamento, um modelo “garantístico” do processo repele juízes que não se contenham no estrito âmbito da passividade e, por exemplo, se aventurem a buscar, por sua iniciativa, dados capazes de propiciar-lhes conhecimento mais completo dos fatos relevantes para a decisão.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Neoprivatismo no Processo Civil*. p.9.

<sup>123</sup> Ibid.

<sup>124</sup> Ibid.

Para José Carlos B. Moreira, entretanto, não existe uma correlação lógica e inflexível entre regimes políticos e leis processuais, que autorize a conclusão absoluta de que governos autoritários editam leis processuais autoritárias que fortalecem os poderes do juiz, e cita como exemplos leis brasileiras editadas por governos não democráticos, como a Lei 4.717, de 29.06.1965<sup>125</sup>, que regula a ação popular, e a Lei 7.347, de 24.07.1985<sup>126</sup>, que disciplina a ação civil pública<sup>127</sup>. “Ambas são diplomas de corte manifestamente democrático, onde nada se encontra que fira, de leve sequer, as garantias das partes.”<sup>128</sup>

O processualista carioca, ainda, põe em evidência o “equivoco fundamental da suposição de que governos autoritários costumem inclinar-se ao fortalecimento de juízes. Os poderes que eles se empenham em fortalecer são, geralmente, os do executivo, não os do judiciário<sup>129</sup>.”

Leonardo Greco também discorda dessa relação, uma vez que mesmo em períodos democráticos podem ser editadas leis processuais que tratam o processo sob as perspectivas do juiz e do interesse público, e não das partes, restringindo o acesso à justiça como, por exemplo, no Brasil, a EC 3/1993<sup>130</sup>, que criou a força vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal na ação declaratória de constitucionalidade, e da EC 45/2004<sup>131</sup>, que criou a súmula vinculante<sup>132</sup>.

Demonstrou-se no decorrer deste trabalho que, são as alterações paradigmáticas que influenciaram e influenciam as concepções processuais. Afinal, estas “visões” são uma consequência dos escopos da justiça resultantes das ideias dominantes sobre o papel do Estado, e que mesmo em regimes democráticos está ocorrendo um movimento para disponibilizar aos juízes todos os meios e competências imprescindíveis para tutelar os direitos fundamentais, e que são ignorados nos regimes autoritários.

125 BRASIL. *Lei 4.717, de 29.06.1965*. Regula a ação popular. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm)>. Acesso em: 15 dez. 2013.

126 BRASIL. *Lei 7.347, de 24.07.1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm)>. Acesso em: 15 dez. 2013.

127 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Neoprivatismo no Processo Civil*. p. 9.

128 *Ibid.*, p. 10.

129 *Ibid.*,

130 BRASIL. Constituição (1988). *Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993*. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm)>. Acesso em: 15 dez. 2013.

131 BRASIL. Constituição (1988). *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)>. Acesso em: 15 dez. 2013.

132 GRECO, op. cit., p. 34.

Portanto, realmente não há correlação obrigatória entre modelos ativistas e regimes autoritários.

Outra questão que merece deslinde envolve a iniciativa instrutória do juiz.

Regra geral, a prova é produzida pela parte a quem o fato aproveita. Entretanto, não são raras às vezes que um fato relevante não se faz provado nos autos. Para esses casos as leis estabelecem regras sobre o chamado ônus *probandi*. Para os garantistas, o juiz não poderá de ofício ordenar a realização de prova destinada a suprir a carência probatória.

Barbosa Moreira, neste particular, defende que o juiz consciente de sua responsabilidade não pode julgar com base em uma premissa assentada na incerteza e correr o risco de proferir uma sentença injusta, sobretudo, quando ele detém os meios probatórios para auferir a verdade material. Esta ação não compromete a imparcialidade do órgão julgador, visto que não tem como ele prever o resultado da prova.<sup>133 134</sup>

Admitida atribuição de poderes instrutórios ao órgão judicial, haveria incompatibilidade com a preservação das garantias processuais das partes?

Em princípio, o exercício de poderes instrutórios pelo órgão judicial não ofenderá as garantias processuais das partes.

Desde que, “[...] elas sejam devidamente científicas das iniciativas oficiais, e que se lhes abra a possibilidade de participar das diligências, de impugná-las, caso lhes pareçam descabidas, e de manifestar-se sobre os respectivos resultados, não se descobre que garantia terá sido desrespeitada.<sup>135</sup>

A réplica de Barbosa Moreira tem o peso de sua autoridade, mas carrega também o peso da finalidade publicista da jurisdição e do processo civil, que, entretanto, deve ser harmonizada com o Estado Democrático de Direito.

Obviamente, será um retrocesso encampar qualquer concepção que tente de novo reduzir o juiz à posição de espectador passivo e inerte do combate entre as partes, pois deve cumprir a alguém, e esse alguém é o juiz, dirigir o processo de tal maneira que ele não sirva somente às partes, mas também à sociedade.

Antes do resgate de concepções passadas, o garantismo preocupa-se com o excessivo e desproporcional protagonismo judicial em relação às partes no processo, o que poderá comprometer o processo justo e democrático como na situação citada por Cambi: “No processo civil, fere o garantismo, por exemplo, as decisões que invertem o ônus da prova,

133 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Neoprivatismo no Processo Civil*. p. 14.

134 Ibid. p. 14.

135 Ibid., p. 15.

na sentença, ensejando sentenças surpresas, que ferem a garantia do contraditório, inviabilizando a ampla defesa [...] em juízo.”<sup>136</sup>

A esse exemplo podem se juntar inúmeros outros que se consolidaram na chamada “jurisprudência defensiva”.

Jurisprudência defensiva é o termo doutrinariamente cunhado, nas palavras do presidente do STJ, ministro Humberto Gomes de Barros, ao ser empossado no cargo, para descrever a construção pelos tribunais superiores de “entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos”<sup>137</sup>.

A criação jurisprudencial desses entraves, a formalidade levada ao extremo, obsta o acesso à Justiça, desprestigia o direito substancial, e como observa o Ministro Luiz Fux: “Reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade dos tribunais superiores não pode ser lograda a esse preço.”<sup>138</sup>

Greco, com razão, destaca que:

[...] a concepção garantística do processo civil contemporâneo vem sendo profundamente ameaçada ultimamente pelos movimentos de reformas processuais desencadeados em vários países, entre os quais o Brasil, ditados preponderantemente pela necessidade justificável de debelar a crise do Judiciário resultante do excesso de processos e de recursos, mas que relegam a segundo plano a função tutelar dos interesses dos jurisdicionados e dos direitos subjetivos agasalhados pelo ordenamento jurídico, de que decorrem a inafastabilidade do contraditório participativo e da mais ampla defesa, e sufocam essas garantias e a preocupação com a qualidade das decisões, em benefício da produção em massa de decisões padronizadas, pouco refletidas, pouco debatidas e com reduzida probabilidade de serem acertadas, tanto do ponto de vista da justiça processual, quanto da justiça substantiva, ou seja, tanto do ponto de vista do respeito às garantias fundamentais do processo, entre as quais avultam o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, quanto do ponto de vista do resultado, a correta reconstituição dos fatos e a adequada tutela dos direitos subjetivos das partes, através da aplicação da lei ao caso concreto.<sup>139</sup>

No Brasil, Rosemiro Pereira Leal há tempo chama a atenção para o fato de que as garantias processuais insertas no devido processo legal

136 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. p. 40.

137 BARROS, Humberto Gomes de. *STJ precisa resgatar identidade e ser o fiador da segurança jurídica*. STJ. 7 abr. 2008. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=87058](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=87058)>. Acesso em: 30 jan. 2014.

138 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 108181/RS*. Relator(a): Min. Luiz Fux, Brasília, DF, Julgamento: 21 ago. 2012. DJe-176 de 6 set. 2012

139 GRECO, op. cit., p. 38.

muitas vezes são aviltadas diante das posturas ativistas-instrumentalistas destinadas a celeridade.<sup>140</sup>

O fato é que, o processo não pode mais ser visto como mero instrumento da jurisdição, como mero instrumento do poder. Ao contrário, ele é direito-garantia fundamental validador e disciplinador da jurisdição que, inserido no Estado Democrático de Direito, impõe a participação das partes na preparação do provimento final.

Neste sentido, J.J. Calmon já se posicionou acerca da relação processo-jurisdição:

Acreditar-se e dizer-se que o fundamental é a tutela jurídica, sendo o processo (prestação da atividade jurisdicional) o acessório é adotar-se postura ideologicamente perigosa, de todo incompatível com o ganho civilizatório que a democracia representa como forma de convivência política. Se o Direito é produzido socialmente pelos homens, a vitória mais significativa da modernidade, em termos políticos, foi assentar-se, como inafastável postulado, que sua validade é indissociável do processo de sua produção, processo este incompatível com o arbítrio, exigindo, para legitimar-se, que atenda a regras cogentes e prévias, respeitados os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, tudo constitucionalmente prefixado. Em suma, que sejam atendidas as exigências do devido processo legal, tanto do devido processo legal (devido processo constitucional, seria mais adequado dizer-se) legislativo, quanto do administrativo e do jurisdicional. [...] Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, mas sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir.<sup>141</sup>

Glauco Gumerato Ramos esclarece então que:

[...] as categorias fundamentais jurisdição e processo têm peso e importância diferenciada a depender da perspectiva de análise. Para os ativistas, a jurisdição se sobreleva. Para os garantistas, é a categoria fundamental processo (entendido como devido processo legal) que merece distinta proeminência.<sup>142</sup>

Talvez este seja o maior “equivoco” no debate noticiado.

140 LEAL, op. cit., p. 13.

141 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo – julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 68.

142 RAMOS, op. cit., p. 2.

Jurisdição e Processo não devem ter peso e (ou) importância diferenciada, pois eles devem ocupar idêntica posição central no Direito Processual.

A construção de um direito democrático não se faz através da visão subjetivista e concentradora de poderes no juiz. Ainda que, o juiz continue no exercício de sua função a procurar a pacificação social, é indispensável a participação dos interessados demandantes, não só na provocação, mas também através de uma discursividade-racional capaz de construir a legitimidade proposta por Habermas.

O grande mérito deste debate é lançar luzes sobre a possibilidade de haver uma exagerada “publicização” do processo, com ilimitada atribuição de poderes ao juiz na investigação probatória e consequente enfraquecimento das garantias e segurança dos direitos individuais<sup>143</sup>.

O processo civil consentâneo como o Estado Democrático de Direito reclama uma nova visão, uma visão cooperativista, para que as partes também conduzam o processo para a função de realizar em plenitude a eficácia dos seus direitos, sem contudo abrir mão do ativismo moderado, e sobretudo das garantias processuais.

O novo código brasileiro de processo civil (Lei 13.105/2015) parece proporcionar a conciliação entre ativistas e garantistas através do cooperativismo.

Não se trata de um código ativista, como sugere Antônio Claudio da Costa Machado que, p.ex., disse: “Afirmar-se num CPC [...] que juízes apliquem diretamente princípios constitucionais abstratos, como ‘dignidade... proporcionalidade e razoabilidade’ é abrir a porta do Judiciário ao ativismo judicial, à livre criação interpretativa e à completa insegurança jurídica.”<sup>144</sup>. Ou Ives Gandra Martins que, dividindo artigo com o primeiro, demonstrou preocupação ao se referir a “entregar aos juízes poderes enormes para a solução dos conflitos, diminuindo perigosamente, em contrapartida, os direitos das partes e dos advogados, o que colocará em grande risco o direito de um justo processo legal [...]”<sup>145 146</sup>.

Ainda que se admita que, o novo Código de Processo tenha seguido a tendência mundial de reforçar os poderes do juiz na direção

143 ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. p. 3.

144 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Proposta para novo CPC é confusa e questionável. *Revista Consultor Jurídico*, 31 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-31/costa-machado-proposta-cpc-confusa-questionavel>>. Acesso em: 08 dez. 2013.

145 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Novo CPC retira direitos de advogados e partes. *Revista Consultor Jurídico*, 13 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-13/cpc-poder-juizes-retira-direitos-advogados>>. Acesso em: 08 dez. 2013.

146 Confira também STRECK, Lênio Luiz. A juristocracia do novo Código de Processo Civil. *Revista Consultor Jurídico*, 18 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristocracia-projeto-codigo-processo-civil>>. Acesso em: 08 dez. 2013.

do feito e na atividade de instrução<sup>147</sup>, há também garantias de que o Estado-Judicial estimulará e promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; de que deverá haver paridade de tratamento e efetivo contraditório; de que decisões surpresas não serão admitidas; e de que todas as decisões deverão ser fundamentadas. E, talvez o mais importante para a compatibilização entre o garantismo e o ativismo judicial, e também para que o processo produza o resultado que dele se espera, a adoção da visão cooperativista (art. 6º).

O princípio da cooperação reflete a importância da atuação das partes no processo e com o resultado deste. Através da cooperação intersubjetiva o juiz deixa de ser o autor único e solitário de suas decisões que passam a ser fruto de uma atividade conjunta.<sup>148</sup>

Importante, ainda, o tratamento dispensado para que as partes encontrem elas próprias a solução para seu litígio, mantendo-se a atual incumbência do juiz de promover, a qualquer tempo, a autocomposição, mas agora preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais” (art. 3º, §§ 2º e 3º e arts. 165 e segs.).

É positiva a assunção do papel de mediador ou conciliador por outros profissionais, não ficando reservado ao juiz. A audiência preliminar do art. 331 do Código de Processo Civil, que entrou no sistema em 1994, não teve o impacto esperado por falta de preparo dos juízes para conciliar, por falta de instrução sobre as técnicas de negociação e, não raras vezes, apenas por má vontade, por considerar “perda de tempo”.

Portanto, a profissionalização da atividade de autocomposição é muito bem-vinda.

Outro ponto nevrálgico ao debate, “e nó vital do processo civil, localiza-se quase sempre na prova”<sup>149</sup> e na “repartição de atribuições entre partes e juiz na atividade instrutória”<sup>150</sup>.

Para os críticos, o novo código de processo civil ao permitir a possibilidade de inversão do ônus da prova pelo julgador e sua imposição a uma das partes (art.373, §§ 1º e 2º), facilita a “ocorrência de abusos

147 Afinal, “[...] não há como fazer retroceder o ativismo judicial resultante da evolução social, política e cultural de nossa época, já tornado “chosefaite”, e que realmente pode contribuir para mais acabada realização da tutela jurisdicional”. In: ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. p. 5.

148 “Ora, a ideia de cooperação além de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes. Aceitas essas premissas axiológicas, cumpre afastar a incapacidade para o diálogo estimulada pela atual conformação do processo judicial brasileiro, assentado em outros valores.” ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. p. 8.

149 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Correntes e Contracorrentes no Processo Civil Contemporâneo*. p. 314.

150 Ibid.

na aplicação do dispositivo ao caso concreto, podendo gerar decisões solipsistas e muitas vezes arbitrárias do Poder Judiciário brasileiro”<sup>151</sup>.

Realmente, há uma mudança significativa no processo civil brasileiro sem que, em princípio, haja violação as garantias processuais, mas que, não usado com cautela e prudência, pode sim se tornar pernicioso ao sistema de garantias.

Com a inovação proposta, passa-se de um sistema estático de distribuição do ônus da prova, para um sistema de distribuição dinâmica do ônus da prova. Isto significa que, o ônus poderá variar conforme aquele que tenha melhores condições para produzir a prova necessária ao deslinde do processo.

Trata-se de medida salutar para garantir um tratamento igualitário aos litigantes.

Enquanto no sistema estático, o papel do juiz fica restrito a uma regra previamente fixada pelo legislador, no dinâmico, o juiz tem uma liberdade condicionada para, segundo as peculiaridades do caso concreto e a aptidão das partes, distribuir o ônus da prova.

Para evitar o risco real do uso inadequado da nova “ferramenta”, a Lei 13.105/2015 prevê um liberdade judicial condicionada, já que a possibilidade de distribuir o ônus da prova, “sem a presença de qualquer critério para a sua imposição a uma das partes, poderá não somente ser um instrumento à disposição do magistrado para suprir certas deficiências do material probatório, mas [realmente] também foco de abuso, decisões arbitrárias e ativistas”<sup>152</sup>.

A primeira condição é que a parte a quem cabe o ônus tenha excessiva dificuldade ou impossibilidade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário; a segunda é que a decisão deverá ser bem motivada, inclusive, esta decisão desafiará agravo de instrumento; a terceira é a de que a parte tenha condições de se desincumbir do ônus, ou seja não poderá gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil; e a quarta é que a parte a quem foi atribuído o ônus tenha a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Oportuna a lição de Jose Carlos Barbosa Moreira:

Dos poderes acrescidos, aliás de quaisquer poderes, naturalmente se concebe que os juízes façam uso bom ou mau - ou até (conforme sucede com tanta freqüência em matéria de iniciativas probatórias) que não façam uso algum [...]. Essa é contingência inerente à condição humana, e seria tão frívolo pretender negá-la quanto usá-la como pretexto para

151 BALESTERO. Gabriela Soares. A Inversão do ônus da Prova no Novo CPC e a Discricionariade Judicial. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 58, set./dez. 2012, p. 52 [50-57]. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1600/1686>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

152 BALESTERO, op. cit., p. 52.

impugnar a outorga, ou proferir a seu respeito condenação sumária, em nome de eventuais destemperos. Não quer isso dizer, em absoluto, que devamos sujeitar-nos, inermes, aos caprichos de magistrados insensatos. Todo aumento de poder acarreta, necessariamente, um correlato aumento de responsabilidade. Temos de caminhar no sentido da efetiva responsabilização dos juízes pelo exercício incorreto (por falta ou por excesso) dos poderes que a lei processual lhes atribui. É difícil, por exemplo, continuarmos a aceitar com tranquilidade que, anulado um processo em razão de grave error in procedendo, não se obrigue o juiz que o cometeu a ressarcir os danos porventura causados pelo indevido prolongamento do feito, em razão de sua inépcia. Com essa ressalva, o incremento dos poderes judiciais, ao menos em linha de princípio, pode contribuir de maneira significativa para a consecução dos mesmos fins: simplificar e agilizar a marcha dos feitos e facilitar a prestação jurisdicional em prol de mais eficiente preservação de interesses socialmente relevantes. Diríamos até que ele atua, em certa medida, como manifestação capaz de assumir sentido igualitário. [...] Não temos a ingenuidade de supor que seja fácil modificar o mundo com puros instrumentos jurídicos. Se falta a vontade política da mudança, pouco se pode fazer, operando no plano específico do direito. Nem por isso devemos de quedar-nos inertes, ou de encerrar-nos de uma vez por todas na famosa “torre de marfim”, vista por tantos como o retiro inevitável de juristas, e particularmente de processualistas. Reconhecer que o direito não é onipotente de modo nenhum nos obriga a havê-lo por impotente. No processo evolutivo, sua palavra está longe de ser a única, ou a definitiva. É, em todo caso, imprescindível; mais do que isso, insubstituível; e algumas vitórias permitem-nos acreditar que não tem sido, nem será, totalmente inútil.<sup>153</sup>

E mais, contra a pecha de “ativista”, atento a questão da “jurisprudência defensiva”, o Novo Código de Processo Civil procura positivar algumas soluções “a imposição de requisitos rigorosos à análise de recursos constitucionais, tais como a necessária ratificação dos recursos interpostos antes dos Embargos de Declaração, o formalismo no preenchimento de guias de preparo recursal e a impossibilidade de se corrigirem vícios perfeitamente sanáveis”<sup>154</sup>.

Assim, por exemplo, a interposição prematura, antes da publicação do acórdão, não impede, por si só, o recebimento do recurso<sup>155</sup>. Nada

153 BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Os Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, v. 78, p. 133-144, Abr.1995. p. 139, 140 e 142.

154 ALVIM NETTO. José Manoel de Arruda. STF ruma para flexibilização da jurisprudência defensiva. *Revista Consultor Jurídico*, 15 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-15/arruda-alvim-supremo-rumo-flexibilizacao-jurisprudencia-defensiva>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

155 Art. 218, § 4º.

é capaz de justificar o sacrifício do direito substancial do recorrente diligente, que age para contribuir com a celeridade do processo.

Outro exemplo é a dispensa da ratificação do recurso interposto antes da oposição dos embargos de declaração<sup>156</sup>, desde que o órgão julgador não altere a conclusão da decisão<sup>157</sup>.

Enfim, acredita-se que o novo código de processo civil demonstra que é possível conciliar o ativismo e o garantismo, ao positivar preocupação com as garantias dos jurisdicionados e, sobretudo, com o princípios da colaboração entre as partes e o juiz, bem como com o princípio da autocomposição, o que traz segurança contra eventuais autoritarismos.

Mas, se funcionará?

Somente a prática dirá. Afinal, não existem “fórmulas mágicas”, como bem assevera Barbosa Moreira.<sup>158</sup>

Mas, sem dúvida, a ideia de cooperação, propagada por Carlos Alberto Alvarode Oliveira, e a concepção proposta no novo Código de Processo Civil brasileiro, é o melhor caminho para a busca de um ponto de equilíbrio entre um juiz ativo, o garantismo e o caráter isonômico e democrático do processo, já que impõe o fortalecimento dos poderes das partes, assegurando-lhes uma participação mais ativa e leal no processo de construção da decisão.

#### 4 CONCLUSÃO

O homem como ser pensante, desde o seu aparecimento, busca respostas para resolver seus problemas. E o Direito não foge a esta perspectiva enquanto mecanismo necessário de sobrevivência da vida em sociedade.

O direito existe para se realizar conforme os valores sedimentados na sociedade, em determinada época, e que estruturam a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada Estado. E, especialmente, no Constitucionalismo, os (valores) de conteúdo constitucional.

Pragmático seria se estes valores permanecessem estáticos.

156 “PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. O recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração é intempestivo, devendo ser reiterado no prazo recursal. Agravo regimental não provido”. (AgRg nos EREsp 755.271/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/06/2010, DJe 10/08/2010) e Súmula 418 do STJ.

157 Art. 1.024, §§ 4º e 5º.

158 “A verdade é que simplesmente não existe fórmula de validade universal para resolver por inteiro a equação. Temos de combinar estratégias e táticas, pondo de lado o receio de parecermos incoerentes se, para enfermidades de diferente diagnóstico, experimentarmos remédios também diferenciados.

Nenhuma ‘revolução’ puramente processual é suscetível, por si só, de produzir, na estrutura jurídico-social, modificações definitivas. Com reconhecê-lo, porém, não se exonera o processualista, comprometido com os valores que acima sucintamente se apontaram, do dever de colaborar, no campo de sua especialidade, para a respectiva promoção. E semelhante tarefa naturalmente se desenvolverá em dupla perspectiva: de lege lata, pela análise do ordenamento vigente, com o propósito de revelar-lhe o perfil, do ponto de vista indicado, pondo em realce, sempre que caiba, potencialidades mal exploradas pela exegese tradicional; de lege ferenda, mediante a apreciação crítica das normas em vigor e o oferecimento de sugestões de reforma.” A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo, p. 140.

Porém, como a sociedade, e em decorrência dela, os valores sofrem um processo gradual de transformação ao longo do tempo, exigindo-se novas soluções modelares para a resolução de antigos problemas não resolvidos ou para os novos dilemas.

Então, torna-se também necessário o desenvolvimento, aperfeiçoamento e criação dos meios para que o direito se efetive diante de uma nova sociedade com antigos e novos conflitos, pois não são raras às vezes em que o direito não se cumpre espontaneamente.

Neste cenário, o direito processual vem evoluindo, conforme as tendências políticas e filosóficas, e a própria concepção do escopo do processo variou, segundo a orientação política do Estado. Foi assim no Estado Liberal, no Estado Social e, agora, no Estado Democrático de Direito.

Diante do Estado Liberal, foi atribuído principalmente às partes a direção do processo, assumindo o juiz uma postura neutra de mero espectador, pois o processo se limitava a resolver conflitos privados.

No Estado Social a finalidade processual se amplia para incluir uma função pública-social, que passa a demandar um juiz ativo. O papel das partes encolhe, e o juiz se torna protagonista no processo.

No Estado Democrático de Direito, comprometido com a preservação e promoção dos direitos fundamentais, parece que esta perspectiva não só se mantém, como vem sendo reforçada por diversas reformas ao redor do mundo, inclusive, em países com processos claramente liberais.

Essa corrente para reforçar o protagonismo judicial no processo, está sendo questionada pela contracorrente dos denominados garantistas, neoprivatistas ou revisionistas. Como já se disse, embora não seja admissível retomar concepções processuais do Estado Liberal, o debate entre ativismo e garantismo põe em destaque o fato de que esta “fórmula” de protagonizar o juiz entre detrimento da partes, talvez não seja consentânea com o Estado Democrático de Direito.

E, realmente, não é.

No atual paradigma, o processo é um direito-garantia fundamental validador e disciplinador da jurisdição que, inserido no Estado Democrático de Direito, impõe a participação efetiva das partes na preparação do provimento final (construção democrática do direito) ao lado do juiz, e não abaixo dele.

O equívoco nesse “duelo” é tentar apontar um único caminho para que haja um processo justo e efetivo.

É errado, parafraseando um expressão religiosa (“Deus Proverá”), e com todo o respeito, acreditar que serão somente as partes que proverão, e muito menos que somente o juiz proverá. Não existe um caminho pronto, mas uma caminho a se construir em regime de cooperação entre as partes.

Neste sentido, o projeto do novo Código de Processo Civil anda bem, pois, sem ser exclusivamente ativista ou garantista, assenta-se no princípio da cooperação. Estabelecendo uma perspectiva de que o conflito

se resolva primeiro pela autocomposição, depois pela cooperação, e na ausência de resultados, pela postura ativa do juiz. Afinal, a jurisdição tem que cumprir seu papel quando não existe cooperação da(s) parte(s) na resolução da demanda.

Enfim, a cooperação é o melhor caminho para construção de um processo justo, democrático e efetivo.

## REFERÊNCIAS

ALVIM NETTO. José Manoel de Arruda. STF ruma para flexibilização da jurisprudência defensiva. *Revista Consultor Jurídico*, 15 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-15/arruda-alvim-supremo-rumo-flexibilizacao-jurisprudencia-defensiva>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público, n.17, p. 1-19, jan./mar. 2009. Disponível em:<[http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009HUMBERTO%20AVILA .pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009HUMBERTO%20AVILA.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2013.

BALESTERO. Gabriela Soares. A Inversão do ônus da Prova no Novo CPC e a Discricionariiedade Judicial. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 58, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1600/1686>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, jan. 1985.

\_\_\_\_\_. Correntes e Contracorrentes no Processo Civil Contemporâneo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 116, jul. 2004.

\_\_\_\_\_. Duelo e Processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 112, out. 2003.

\_\_\_\_\_. Efetividade do Processo e Técnica Processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 77, jan. 1995.

\_\_\_\_\_. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 102, abr. 2001.

\_\_\_\_\_. O Neoprivatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, abr. 2005.

\_\_\_\_\_. Os Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 78, abr. 1995.

BARROS, Humberto Gomes de. *Gomes de Barros: STJ precisa resgatar identidade e ser o fiador da segurança jurídica*. STJ, abr. 2008. Disponível em: <<http://>

[www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=87058](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=87058)>. Acesso em: 30 jan. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Especialista Traça Histórico do Direito Constitucional. *Revista Consultor Jurídico*, mar. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv>>. Acesso em: 22 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n. 54, 2001. Disponível em: <[http://download.rj.gov.br/documentos/10112/783251/DLFE47041.pdf/Revista54Doutrina\\_g\\_47\\_a\\_78.pdf](http://download.rj.gov.br/documentos/10112/783251/DLFE47041.pdf/Revista54Doutrina_g_47_a_78.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática. Atualidades Jurídicas, *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, n. 4, p. 1-29, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 24 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 108181/RS*. Relator(a): Min. Luiz Fux, Brasília, DF, Julgamento: 21 ago. 2012. DJe-176 de 6 set. 2012

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, n. 6, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/59/64>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Protagonismo Judiciário Responsável. *Revista Argumenta*, n. 16, p. 83-97, 2012. Disponível em: <[seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/download/215/214](http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/download/215/214)>. Acesso em: 24 set. 2013.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, v. 6, jul. dez. 1998.

\_\_\_\_\_. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, 2003.

\_\_\_\_\_. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, maio 1999.

\_\_\_\_\_. *Texto-base 1: Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Brasília: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/forum/view.php?id=244>>. Acesso em: 15 maio 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 209, jul. 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. v. 1, Bahia: Juspodivm, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. Academia.edu. Disponível em: <[http://www.academia.edu/225914/Teoria\\_do\\_Processo\\_e\\_Teoria\\_dos\\_Direitos](http://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos)>. Acesso em: 26 out. 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DONIZETTI, Elpídio. *Um novo CPC: Análise das principais inovações do projeto de Lei do Senado n. 166/2010*. Disponível em: <<http://www.editoraatlas.com.br/elpidiodonizetti/index.aspx>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

FACCHINI NETO, Eugênio; PRATES, Marília Zanella. *Protagonismo judicial: inevitabilidade e perigos*. III Mostra de Pesquisada Pós-Graduação PUCRS, 2008. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/online/III Mostra/Direito/61931%20%20MARILIA%20ZANELLA%20PRATES.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

FERRAZ, Adilson Silva. A Teoria da Argumentação Jurídica como controle de racionalidade: breves considerações acerca de sua viabilidade. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n.19, ago. 2007. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Adilson\\_Ferraz.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Adilson_Ferraz.htm)>. Acesso em: 05 out. 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

FRITZ, Samuel de Oliveira. O direito de Ação: Evolução do Estado Liberal para o Atual Estado Democrático de Direito. *Revista Temas Atuais de Processo Civil*, v. 2, n. 6, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/59-v2-n-6-junho-de-2012/201-o-direito-de-acao-evolucao-do-estado-liberal-para-o-atual-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 27 dez. 2013.

GABBAY, Daniela Monteiro *et al.* *Cândido Rangel Dinamarco e a Instrumentalidade do Processo (Uma Entrevista)*. Cadernos de Direito GV. São Paulo, v.7, n.4, jul. 2010. Disponível em: [bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/7850](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/7850). Acesso em: 15 set. 2013.

GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, out. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Direito de Ação*. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. São Paulo, v. 2, out. 2011.

\_\_\_\_\_. *Os Fundamentos da Justiça Conciliativa*. Tribunal Regional Federal da 4ª. Região. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rbb\\_ADA%20PELLE.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rbb_ADA%20PELLE.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2013.

GUEDES, Jefferson Carús; ROCHA, Pires Eliana. Direitos Fundamentais e Processo Civil no Brasil: algumas técnicas processuais compensatórias de desigualdades sociais e a proteção judicial dos direitos fundamentais. *Revista da AGU*, Brasília, n. 25, jul./set. 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JUNOY, Joan Picó I. El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *Cuestiones Jurídicas*, v. 6, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/rcj/v6.n1/El%20Derecho%20Procesal%20entre%20el%20garantismo.pdf>>. Acesso: 20 jan. 2014.

KUHN, Thomas. S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A Principiologia Jurídica do Processo na Teoria Neo-institucionalista*. Constituição, Direito e Processo: princípios constitucionais do processo. Curitiba: Juruá, 2008. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2\\_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2013.

LEITE, Gisele. Neopositivismo, neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo. *Revista Temas Atuais de Processo Civil*, v.2, n.4, abr. 2012. Disponível em: <[www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/57-v2-n4-abril-de-2012/190-neopositivismo-neoconstitucionalismo-e-o-neoprocessualismo](http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/57-v2-n4-abril-de-2012/190-neopositivismo-neoconstitucionalismo-e-o-neoprocessualismo)>. Acesso em: 11 nov. 2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. v. 1, Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Forense.

LIMA, George Marmelstein. *Direitos Fundamentais: Retrospectiva 2007 – Perspectivas 2008*. Disponível em: <<http://georgemlima.blogspot.com.br/2008/01/captulo-1-teoria-dos-direitos.html>>. Acesso em: 26 out. 2013.

LOURENÇO, Haroldo. O Neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e suas Influências no Novo CPC. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, out./dez. 2011.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Novo CPC retrocede quanto a decisões probatórias. *Revista Consultor Jurídico*, 15 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-15/costa-machado-cpc-elimina-agravo-indeferimento-provas>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. Proposta para novo CPC é confusa e questionável. *Revista Consultor Jurídico*, 31 maio de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-31/costa-machado-proposta-cpc-confusa-questionavel>>. Acesso em: 08 dez. 2013.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Novo CPC retira direitos de advogados e partes. *Revista Consultor Jurídico*, 13 set. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-13/cpc-poder-juizes-retira-direitos-advogados>>. Acesso em: 08 dez. 2013.

MAIA FILHO, Paulo Américo. Os Descaminhos da Instrumentalidade Trabalhista. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 181, mar. 2010.

MARINONI, Luís Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Bases para Construção de um Processo Civil Cooperativo: O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo-Valorativo*. Tese apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/13221>>. Acesso em: 23 jan. 2014.

MITIDIERO, Daniel. Direito Fundamental ao Processo Justo. *Revista Magister de Direito Civile Processual Civil*, Porto Alegre, n. 45, 2011. Disponível em: <[http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art\\_srt\\_arquivo20130419164953.pdf](http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130419164953.pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2013.

MITIDIERO, Daniel. Processo Justo, Colaboração e Ônus da Prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 78, n.1, p. 67-77, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/29621/003mitidiero.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 nov. 2013.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. Da Natureza Jurídica do Processo Penal Epistemologicamente Adequada à Concepção Democrática do Estado de Direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, abr. 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e Tutela Jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 836.

\_\_\_\_\_. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 44, n. 1, 2003. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2013.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo – julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação de debate. RAMOS. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 2788, fev. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18526>. Acesso em: 30 jun. 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para Ampliar o Cânone Democrático. Organizador Boaventura de Souza Santos. *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <[http://pt.scribd.com/doc/73066241/04-O-Neoconstitucionalismo-No-Brasil-riscos-e-Possibilidades-Daniel Sarmento](http://pt.scribd.com/doc/73066241/04-O-Neoconstitucionalismo-No-Brasil-riscos-e-Possibilidades-Daniel-Sarmento)>. Acesso em: 23 out. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. A juristocracia do novo Código de Processo Civil. *Revista Consultor Jurídico*, 18 set. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristocracia-projeto-codigo-processo-civil>>. Acesso em: 08 dez. 2013.

THIBAU, Vinícius Lott. *Os Paradigmas Jurídico-Constitucionais e a Interpretação do Direito*. Meritum, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/index.php/meritum/article/view/787/0>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

---

## INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: BREVES CONSIDERAÇÕES E COMPARATIVO COM O SISTEMA DE COMMON LAW

*RESOLUTION INCIDENT OF REPETITIVE DEMANDS: BRIEF  
OBSERVATIONS AND COMPARISON WITH THE COMMON LAW  
SYSTEM*

---

*Izabel Dourado de Medeiros  
Procuradora Federal  
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução histórica; 1.1 O homem e sua incansável busca por isonomia; 1.2 A Constituição Federal de 1988, um marco na história do direito brasileiro; 2 A constitucionalização do novo processo civil brasileiro; 3 O novo sistema brasileiro e a *common law*; 3.1 O incidente de resolução de demandas repetitivas; 3.2 O sistema de *civil law*; 3.3 O sistema de *common law* inglês e americano; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo a análise do incidente de resolução de demandas repetitivas, o esclarecimento do contexto constitucional em que surge o incidente e a elaboração de um breve comparativo com o sistema de *common law*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalização do Processo Civil Brasileiro. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Common Law.

**ABSTRACT:** This article makes an analyze of the resolution incident of repetitive demands, clarifies the constitutional context in which it appears and prepares a brief comparison with the common law system.

**KEYWORDS:** Constitutionalisation of The Brazilian Civil Procedure. Resolution Incident of Repetitive Demands. Common Law.

## INTRODUÇÃO

O processo civil é instrumento de resolução da maioria dos conflitos da humanidade.

No afã de modernizar a ideia de processo civil, o Senado Federal instituiu uma Comissão de Juristas, através do Ato 379, de 30 de setembro de 2009, sob a presidência do Ministro Luiz Fux e relatoria de Teresa Arruda Alvim Wambier, para elaboração de um novo código, mais condizente com a realidade político-jurídica, econômica e social brasileira.

O Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil passou, então, a ser discutido em audiências públicas Brasil afora, vindo a sofrer aperfeiçoamento decorrente desses debates presenciais e da apreciação de várias sugestões recebidas via *internet*.

Enviado à Câmara dos Deputados, após várias modificações e aprovação da emenda substitutiva aglutinativa global, seguiu-se a votação e aprovação da redação final assinada pelo relator, Deputado Paulo Teixeira, consolidou-se o Projeto de Lei nº 8046-B/2010<sup>1</sup>.

O conteúdo do Projeto revela quão rica é a laboriosa atividade da Comissão e também atíça a curiosidade de todo o meio jurídico e acadêmico.

O viés de processo constitucionalizado, a releitura de antigos institutos e a criação de novos meios de resolução de demandas revelam a importância da proposição.

O presente trabalho tem, portanto, como objetivo geral a análise do incidente de resolução de demandas repetitivas, instituto jurídico novo para o processo civil brasileiro, que possivelmente será introduzido

<sup>1</sup> Fonte: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acesso: 06 abr. 2014.

em nosso ordenamento através do Projeto de Novo Código de Processo Civil e que pretende distribuir a justiça de forma igualitária para casos postos em juízo sob as mesmas bases.

Os objetivos específicos consistem em esclarecer o contexto constitucional em que surge o incidente, situar historicamente o caminho percorrido pelo processo civil brasileiro até a sua proposição, expor o marco teórico capaz de fundamentar sua proposição, analisar o incidente em si e seu procedimento, assim como traçar em breves linhas um comparativo com o mais antigo sistema de precedentes conhecido, a *common law*.

A metodologia adotada consistiu na pesquisa documental e bibliográfica nacional acerca do tema.

Como o tema é novidade processual, não havendo ainda como realizar-se estudo de caso que utilize concretamente o instituto investigado, o trabalho está fundamentado em pesquisa bibliográfica de forma qualitativa, na doutrina nacional, baseado em leituras de livros, artigos acadêmicos, material existente na *internet* sobre o tema central e os temas afins à tese.

A pesquisa documental foi realizada a partir da investigação da legislação constitucional e infraconstitucional vigente, confrontando-se os dados delas decorrentes, para submetê-las a uma posterior análise crítica.

A par do exposto, foram confrontados os dados decorrentes das pesquisas bibliográfica e documental, visando-se a contextualização do tema, exposição de sua evolução histórica no direito processual civil brasileiro e abordagem do próprio instituto.

A importância do estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas salta aos olhos diante das constantes reclamações dos jurisdicionados frente à disparidade de tratamento dada às lides postas em juízo sob os mesmos fundamentos.

## 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A busca pela concretização do valor justiça parece não ter fim. Essa afirmação pode ser facilmente confirmada pelos crescentes números de demandas propostas perante o Poder Judiciário<sup>2</sup>.

Nesse contexto, deseja o cidadão, independentemente da classe social e da disponibilidade para financiar os gastos de um processo, a entrega de prestação jurisdicional que lhe confira maior grau possível de confiabilidade e segurança jurídica.

<sup>2</sup> Fonte: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/26625-numero-de-processos-em-tramite-no-judiciario-cresce-10-em-quatro-anos>. Acesso: 02 mar.2014.

### 1.1 O homem e sua incansável busca por isonomia

Com efeito, o cidadão confia ao Estado a resolução de um conflito diante do qual se encontra completamente impotente.

Porém, as pesquisas demonstram que o brasileiro está insatisfeito com o Poder Judiciário, pois entende que há disparidade de tratamento em razão da classe social e de fatores étnicos, fixando-se o índice de confiabilidade da sociedade no Poder Judiciário em 34% em 2013.<sup>3</sup>

Outro dado preocupante e que reforça a situação de desconfiança é a entrega de prestações jurisdicionais díspares em casos de demandas postas sob as mesmas bases fáticas e legais, fenômeno comum, resultante da intensa massificação das lides.

Esses problemas, entre outros, aliados à necessidade de empregar-se uma gestão muito mais constitucionalizada do processo deram origem a estudos com o objetivo de modernizar-se toda a estrutura do processo civil brasileiro a partir da promulgação de um Novo Código de Processo Civil.

A possível promulgação do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil, PL 8.046/2010, trará uma profunda mudança de paradigma.

Um dos institutos que será introduzido no ordenamento jurídico brasileiro é o incidente de resolução de demandas repetitivas.

O incidente é inspirado no *Musterverfahren*<sup>4</sup> do direito alemão que gera decisão que serve de modelo (=Muster) para uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação. Nesse ponto, cabe o esclarecimento que o presente trabalho não tratará da comparação com o instituto do direito alemão, mas da breve comparação com o sistema de *common law* praticado na Inglaterra e nos Estados Unidos.

A afronta ao princípio constitucional da isonomia com a produção de decisões judiciais diametralmente conflitantes sobre o mesmo tema deixa clara a ineficiência da constitucionalização do processo civil a partir das minirreformas introduzidas no diploma atualmente em vigor.

Na lição de Teresa Arruda Alvim Wambier, processualista e relatora da comissão de juristas instituída pelo Presidente do Senado Federal, destinada a elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil:

No Brasil, enfrentamos o problema do excesso de casos em que há diversidade de interpretação da lei num mesmo momento histórico, o

3 Site do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/26994:metas-ainda-nao-se-traduziram-em-aumento-de-confianca-mas-populacao-continua-contando-com-o-poder-judiciario-afirma-pesquisador>

4 Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>.

que compromete a previsibilidade e a igualdade. Há juízes de primeira instância e tribunais de segundo grau que decidem reiteradamente de modo diferente questões absolutamente idênticas.

Estas divergências existem também no âmbito dos tribunais superiores: entre eles – STJ e STF – e entre seus órgãos fracionários. Isto ocorre em relação ao STJ, que tem maior número de órgãos fracionários.

O fato de estas divergências existirem também no plano dos tribunais superiores, na verdade, impede que suas decisões desempenhem o papel de norte, de orientação para os demais órgãos do Judiciário.

Além disso, enfrenta-se também, no Brasil, um outro fenômeno indesejável, consistente na frequente alteração brusca da orientação dominante nos tribunais superiores<sup>5</sup>.

Para Luiz Henrique Volpe Camargo:

No Brasil, diferentemente do que acontece especialmente nos países que adotam o sistema anglo-saxônico (common law), ainda não existe o sentimento geral de que o Poder Judiciário, como instituição da República e intérprete da lei, deva dar tratamento uniforme aos jurisdicionados que sejam partes de processos distintos, onde se discutem idênticas questões.

Muito já avançou para alterar essa realidade.

Não obstante isso, ordinariamente, o resultado dos processos ainda se define pelo setor de distribuição, isto é, depende da sorte ou azar – para utilizar expressos coloquiais – de o processo “cair” com este ou aquele juiz, ou de o recurso ser sorteado para esta ou aquela turma, para este ou aquele relator<sup>6</sup>.

## 1.2 A Constituição Federal de 1988, um marco na história do direito brasileiro

A inauguração de uma nova ordem constitucional no Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 instituiu uma mudança de paradigma gradual no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Cidadã, nascida com o desiderato de espriar sua força normativa para todo o ordenamento jurídico brasileiro, tem como pilar a teoria dos direitos fundamentais, com primazia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Notadamente, a Constituição Federal de 1988 foi instrumento de redemocratização do Brasil, levando-se em consideração o contexto histórico e político em que inserida, enfatizando-se a democracia e o princípio da isonomia material em seu texto.

5 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 36.

6 *Ibidem*, p. 554.

Mas a própria história demonstrou que a simples entrada em vigor de um novo texto constitucional não seria suficiente para causar um impacto automático que garantisse a imediata mudança de mentalidade no pensamento de doutrinadores, juristas e da comunidade em geral.

Ao contrário, a aplicação dos novos princípios constitucionais no âmbito do processo civil, por exemplo, praticado a luz do Código Buzaid, Lei nº 5.869, de 17 de janeiro de 1973, instituído em plena ditadura militar, foi bastante lenta.

O contexto da ciência do direito no Brasil naquela ocasião (1988) foi o ponto de partida para o desenvolvimento de teorias acerca da aplicação desses princípios para além do texto constitucional.

A atribuição de força normativa ao texto constitucional, que não se resumiria mais a meras pretensões futuras, a ideia de supremacia constitucional, a construção de uma jurisdição constitucional e a modernização da interpretação constitucional sugeriam a constitucionalização do ordenamento jurídico como um todo.

No dizer de Luís Roberto Barroso:

Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, a constitucionalização do Direito é um processo mais recente, embora muito intenso. Verificou-se, entre nós, o mesmo movimento translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos<sup>7</sup>.

O processo civil, por consequência, deveria encontrar soluções para tornar sua produção e aplicação menos privatista e individualista.

Assim é, que passados vinte e cinco anos da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, observamos uma lenta constitucionalização do direito processual civil pátrio, a ponto de se perceber que a colcha de retalhos em que se transformou o Código de Processo Civil vigente não favoreceria a sua constitucionalização.

As minirreformas do Código de Processo Civil constituíram importantes avanços para simplificação da sistemática processual, porém, o aumento demasiado do quantitativo das demandas, a ânsia do jurisdicionado por celeridade com eficiência e a necessidade de criação de

7 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Publicado em 11/2005. Acesso em: 02 ago. 2013.

novos instrumentos de gestão do processo trouxeram novos desafios à distribuição da justiça.

Um dos pontos comumente discutidos é o caráter eminentemente privado e individualista da lei processual civil, que findou abrindo possibilidade para tratamentos díspares em casos idênticos, o que diminuiu consideravelmente o nível de confiabilidade do cidadão em relação à prestação jurisdicional.

A necessidade de dar-se tratamento igualitário a casos postos em juízo sob as mesmas bases legais começou a fazer sentido e o legislador reformador tratou de produzir algumas transformações no Código de Processo Civil e na Constituição Federal.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 criou a súmula vinculante a partir do disposto no artigo 103-A da Constituição com o objetivo de dirimir de forma igualitária conflitos constitucionais.

Posteriormente, a Lei nº 11.417/2006 trouxe a possibilidade de alteração dos enunciados disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

Com as edições das Leis nº 8.437/1992 e 12.016/2009 passou-se a disciplinar sobre liminares cujos objetos sejam idênticos.

A sentença de improcedência *prima facie*, prevista no art. 285-A, instituído pela Lei nº 11.277/2006, criou um sistema de precedentes do próprio juízo sempre que uma lide repetitiva fosse proposta.

Outras mudanças foram introduzidas, como a previsão do incidente de uniformização da jurisprudência no art. 476; a conveniência de prevenir ou compor divergência entre turmas ou câmaras do mesmo tribunal com remessa do feito para julgamento pelo órgão colegiado, disposta no art. 555, introduzido pela Lei nº 10.352/2001; e a previsão do julgamento por amostragem bem como a repercussão geral, previstos no art. 543 e seus desdobramentos, incluídos pela Lei nº 11.672/2008.

O esforço legislativo para a distribuição de uma justiça mais igualitária é bastante claro, porém, os resultados obtidos não se coadunam com as exigências do Estado Constitucional de Direito.

É nesse contexto que surge a ideia de um Novo Código de Processo Civil, exatamente pela percepção de que as reformas do Código Buzaid não são suficientes para atualizá-lo ao contexto constitucional da atualidade.

Estruturado, pensado e estudado por uma comissão de juristas, assim como debatido pela sociedade em audiências públicas realizadas país a fora, o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil, PL 8.046/2010 do Senado Federal, pretende por o processo civil em consonância com o espírito da Constituição Federal de 1988.

Mais especificamente em relação ao tema em foco, pretende dar uma resposta isonômica às lides postas em juízo, sob as mesmas bases legais, assim como manter a segurança jurídica aumentando o grau de confiabilidade do cidadão na justiça com a introdução no ordenamento jurídico nacional do incidente de resolução de causas repetitivas.

O presente estudo parte, portanto, de uma perspectiva pós-positivista e neoconstitucionalista que tem como marco teórico a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 para analisar os prós e os contras de um instituto processual novo no cenário jurídico nacional e que se propõe a resolver problema que se coloca como um dos principais desafios do processo civil brasileiro do século XXI.

## 2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Antes do exame do tema em questão é importante situar o leitor no espírito do Projeto de Novo Código de Processo Civil.

O incidente de resolução de demandas repetitivas surge dentro de um contexto completamente novo.

O PL 8046/2010 propõe várias inovações que interferirão na forma de se pensar sobre o processo e também na forma de aplicar-se, vivenciar-se e sentir-se o processo civil no Brasil.

O Novo Código de Processo Civil, caso venha a ser aprovado, prevê nos artigos 1º a 12 as normas fundamentais do processo civil, atribuindo claramente força normativa aos princípios ali elencados implícita ou explicitamente.

A maioria desses princípios está efetivamente prevista na Constituição não havendo novidades, pelo menos terminológicas, dignas de menção. Porém, sua reprodução aliada ao posicionamento conferido no Novo Código de Processo Civil, precedente a todas as demais disposições, *deve ser interpretada como reafirmação do compromisso com a constitucionalização do processo civil e com o modelo de processo equo e giusto de que nos falam Comoglio, Ferri e Taruffo*<sup>8</sup>.

Certamente, a lei não deve conter palavras inúteis, razão pela qual resta claro o esforço por uma mudança na perspectiva da interpretação da lei processual civil, indispensável à aplicação do NPCP, pois, *se é certo que a visão constitucional do processo civil não é propriamente uma inovação – Couture, Cappelletti e Ada Pellegrini Grinover já se preocupavam com o tema muito antes de 1988 – não menos exato é que a ênfase dada à matéria na legislação projetada é digna dos maiores encômios*<sup>9</sup>

8 LOPES, João Batista. Futuro CPC: breves anotações sobre a parte geral. *Revista de Processo*, v. 214, p. 219, dez./2012. DTR\2012\450920.

9 *Ibidem*, p. 219.

Na verdade, a leitura que se faz do direito processual civil brasileiro no NCPC é completamente inovadora.

A adoção do princípio democrático como pilar do processo civil doravante introduz em nosso ordenamento o diálogo processual e não apenas a dialética processual dos tempos atuais.

O diploma dispõe expressamente que ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (art. 6º).

Resguardar e promover o princípio da dignidade da pessoa humana no NPCP significa afastar entraves processuais em homenagem à resolução do *meritum causae*.

Essa orientação é claramente esposada em alguns dispositivos do novo diploma, como no § 2º do art. 951, segundo o qual, reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência para a instrução, que se realizará no tribunal ou em instância inferior, decidindo-se o recurso após cumprida a diligência; o § 3º do mesmo artigo prevê que o tribunal poderá determinar tais providências quando não indicadas pelo relator.

Outro exemplo da primazia do julgamento de mérito é encontrado no parágrafo único do art. 945 o qual dispõe que antes de considerar inadmissível o recurso o relator concederá o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado o vício ou complementada a documentação exigível, regra plenamente aplicável ao agravo de instrumento por disposição expressa do § 3º do art. 1030.

No NCPC, os princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório são interpretados de forma a maximizar-se sua aplicação, induzindo-se a estruturação da noção de processo cooperativo, *originada no direito processual português o qual encampa a expressão princípio da colaboração como maneira de obter com brevidade e eficácia a justa composição de litígio*<sup>10</sup>, impondo deveres de cooperação às partes, mas também ao magistrado, subdivididos em deveres de esclarecimento, de prevenção, de consulta e de auxílio.

Os deveres de esclarecimento são recíprocos. Tem o magistrado o dever de se esclarecer sobre fatos ou questões de direito que entenda pouco claras nos autos e a parte tem o dever de prestar esses esclarecimentos.

O dever de prevenção consiste na conduta do magistrado em solicitar às partes o aperfeiçoamento de suas alegações ou pedidos.

O dever de consulta traduz abertura radical do sistema processual civil brasileiro. Segundo esse princípio, o juiz deve ouvir as partes acerca

10 MACEDO, Elaine Harzheim; MACEDO, Fernanda dos Santos. O direito processual civil e a pós-modernidade. *Revista de Processo*, v. 204, p. 351. fev./2012. DTR2012/65.

de matéria de fato ou de direito, mesmo que se trate de matéria de ordem pública, apreciável de ofício, antes de proferir qualquer decisão sobre a questão. Sim, o objetivo dessa previsão legal seria evitar as decisões surpresa.

O dever de consulta, aliado aos demais deveres impostos ao magistrado, instaura um efetivo diálogo legitimador da elaboração da decisão judicial que abandona o caráter autoritário e solitário de então para assumir uma postura cooperativa e politizada, revelada pela atividade conjunta instaurada entre o juiz e as partes, consecutório do princípio democrático constitucionalmente previsto.

Percebe-se, claramente, uma mudança de atitude. A interpretação do Novo Código de Processo Civil se livra da clausura interpretativa praticada na vigência do Código Buzaid, instituído em plena ditadura militar.

Essa abertura interpretativa confere ao julgador, por exemplo, o dever de conceder à parte a oportunidade para, se possível, corrigir o vício antes de proferir sentença sem resolução de mérito.

O dever de auxílio consiste no dever do juiz de auxiliar as partes na eliminação de obstáculos para demonstração do direito alegado ou para fruição dos próprios direitos processuais a si inerentes.

Pelo visto, cria vida a nova interpretação, que o próprio diploma em gestação pretende instituir, de “antigos” princípios constitucionais aplicáveis ao processo civil, interpretação essa que nem os juristas mais descolados na atualidade ousariam propor efetivamente como profissionais do direito nos processos em que atuam.

A verdade é que o novo sempre assusta e obviamente traz dissabores a todos quantos não desejem mudar de atitude.

O processo democrático ou cooperativo, como queira, terá pouca efetividade para um magistrado de perfil autoritário, que relute em dar-lhe a devida aplicação, mas para isso estão aí os mecanismos de controle e a atuação das partes.

Perceba-se que todos esses deveres não retiram a imparcialidade do juiz tendo em vista que no diálogo intersubjetivo os deveres do juiz se direcionam a ambas as partes consagrando-se a isonomia.

E não poderia ser diferente, porquanto a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas no Novo Código de Processo Civil atribui maior peso à atividade jurisdicional, tornando-se imprescindível forjar uma nova mentalidade para a magistratura, muito mais democrática.

O princípio do processo cooperativo<sup>11</sup> (artigos 8º a 10), portanto, embora decorrente do Estado Democrático e Constitucional, assim

11 Lembrando, ainda, a raiz portuguesa dessa corrente, o princípio da cooperação é espécie normativa que estabelece um fim a ser atingido, no caso, o processo cooperativo, diálogo, leal. Enfatiza a influência

como dos princípios do devido processo legal e do contraditório é um princípio inovador no Brasil e instaurador de um novo olhar sobre o direito processual civil brasileiro.

O artigo 12 do NCPC também traz inovação ao processo civil. Trata-se de um princípio de precedência que institui direitos para as partes e deveres para o juiz e a secretaria do juízo.

Esse princípio institui uma ordem cronológica para prolação de sentenças e acórdãos e determina a publicização da lista de processos aptos para julgamento, quer dizer, dos processos em que a instrução esteja encerrada, na secretaria do juízo e na rede mundial de computadores. O espírito desse princípio é claramente tornar mais justa e isonômica a tramitação processual de forma a evitar que possa o magistrado ou qualquer servidor do juízo influenciar na celeridade processual. Institui, ainda, maior transparência, oportunizando as partes uma maior fiscalização sobre a tramitação de seus processos.

### 3 O SISTEMA BRASILEIRO E A COMMON LAW

O movimento de constitucionalização do ordenamento jurídico apoiado na filosofia do pós-positivismo muito contribuiu para que o Brasil, assim como as potências ocidentais (essas com uma certa antecedência), comessem a repensar seu mecanismos democracia.

A constitucionalização da ordem jurídica nacional tem início apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Esse movimento já tomava corpo na Europa após a Segunda Guerra Mundial.

O sistema brasileiro, tradicionalmente calcado na *civil law*, tem origem no direito romano e é baseado na produção legislativa.

Porém, iniciou-se no Brasil um movimento de aproximação ao sistema americano de *common law* em que o precedente judicial é fonte formal do direito.

Esse movimento é introduzido no Brasil através da ideia de supremacia constitucional e da possibilidade de aplicação da norma constitucional ao caso concreto, modificando-se a mentalidade de que a Constituição consistiria num documento formal e meramente programático para conferir-se força normativa a seus princípios.

Doravante a Constituição não seria apenas uma proposta, mas uma lei, a lei maior (*higher law*) a ser aplicada diretamente ao caso concreto.

---

do princípio da boa-fé e da cooperação obrigacional, pois o princípio da cooperação consiste em um subprincípio derivado do princípio da boa-fé. Ademais, merece registro que, no direito português, o princípio da cooperação é uma cláusula geral que concretiza um novo modelo equitativo de direito, independentemente de regras jurídicas específicas. MACEDO; MACEDO, op. cit., p. 351.

É exatamente a ideia de supremacia da Constituição que traz como consequência a valorização da atividade jurisdicional e a necessidade de pacificação isonômica das demandas levadas a juízo.

Nas palavras de Patrícia Perrone Campos Melo:

Simultaneamente, em virtude de sua estrutura analítica, a nova Carta constitucionalizou diversas matérias e contemplou, em seu texto, um grande rol de direitos fundamentais os quais sob o influxo das teorias hermenêuticas pós-positivistas antes referidas, permitiram a afirmação aqui das ideias: a) de normatividade dos princípios; b) de solução de antinomias, através da técnica da ponderação de valores e do princípio da razoabilidade; c) de recurso à argumentação; e d) do reconhecimento da eficácia irradiante da Constituição sobre todo o ordenamento, ensejando uma releitura do conteúdo das normas infraconstitucionais dos mais variados ramos, à luz de seus valores, e conferindo função essencial à jurisprudência em tal tarefa<sup>12</sup>.

Progressivamente, passam os legisladores e os doutrinadores a valorizar mais a atividade jurisdicional. A questão da interpretação das normas constitucionais exerce papel fundamental sobre essa mudança de comportamento, abrindo clareiras que possibilitaram não apenas a constitucionalização do processo, mas a forma de se pensar em processo, o que facilitaria a estruturação de um novo processo civil e também a imaginação de um sistema de precedentes para o Brasil.

### 3.1 O incidente de resolução de demandas repetitivas

O procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas passou por várias modificações, vindo a aperfeiçoar-se após a aprovação da emenda aglutinativa substitutiva global pela Câmara dos Deputados, em 26/03/2014<sup>13</sup>.

Está situado nos artigos 988 a 999 do PL nº 8046/2010, no Livro III, intitulado Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais, Título I, Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais, Capítulo VII, Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

De fato, como a própria topologia sugere, será suscitado perante tribunal de justiça ou tribunal regional federal, em cuja circunscrição tramita o processo originário.

São requisitos de admissibilidade, a existência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, assim como a efetiva repetição

12 MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 57.

13 <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>

de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.

Aqui está o grande diferencial do incidente, ele é instrumento hábil a dirimir controvérsia unicamente de direito quando houver repetição de lides postas sob as mesmas bases em determinado momento histórico.

A limitação da competência do tribunal *ad quem* ao conhecimento e julgamento de questões apenas de direito garante o respeito ao princípio do juiz natural. O juízo *a quo*, em que a lide foi proposta originariamente, julgará a causa, proferindo sentença, após a fixação da tese pelo tribunal, não se verificando supressão de instância.

Com efeito, o incidente não pode ser instaurado de forma independente, ele estará sempre condicionado à existência de uma lide instaurada perante o juízo *a quo* em que se discuta a questão de direito repetitiva.

O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente do tribunal.

A legitimidade para propositura é de qualquer uma das partes no processo originário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, pessoa jurídica de direito público ou associação cuja finalidade institucional inclua a defesa do interesse ou direito objeto do incidente, por petição; ou do relator, em caso de recurso interposto, ou do colegiado do tribunal, esses últimos através de ofício.

A petição ou o ofício serão instruídos com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

Quando o Ministério Público não for o requerente, atuará obrigatoriamente como custos legis. Portanto, haverá atuação do *parquet* em todos os incidentes.

O abandono ou a desistência do incidente não excluirá o julgamento do mérito. Nesses casos, o Ministério Público assumirá sua titularidade.

A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez presente o pressuposto antes considerado inexistente, seja o incidente novamente suscitado.

Perceba-se que é incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

Essa afetação será de recurso especial ou recurso extraordinário, cujo julgamento pacificará a questão repetitiva relacionada à lei federal e/ou à Constituição. Tratando-se, portanto, de julgamento de tribunal de instância superior, na análise de ofensa de lei federal ou da Constituição Federal, a decisão colegiada irradiará efeitos para o país inteiro, não

havendo que se falar no cabimento do incidente de resolução de demandas repetitivas.

No incidente não há exigência de pagamento de custas processuais.

A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

Para possibilitar a identificação das causas das teses jurídicas constantes do cadastro, a informação conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

Aplica-se a necessidade de manutenção de igual cadastro ao julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença de seus pressupostos, quais sejam a efetiva repetição de demandas cuja questão de direito se pretende dirimir, risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Admitido o incidente, o relator suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no estado ou na região, conforme o caso; poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de quinze dias; intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias.

A suspensão dos processos pendentes será comunicada aos juízes diretores dos fóruns de cada comarca ou seção judiciária, por ofício.

Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.

O interessado pode requerer o prosseguimento do seu processo, demonstrando a distinção do seu caso, nos termos do art. 521, § 5º; ou, se for a hipótese, a suspensão de seu processo, demonstrando que a questão jurídica a ser decidida está abrangida pelo incidente a ser julgado.

Interessante transcrever o texto do dispositivo legal acima mencionado que prevê o mecanismo de distinção:

O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do caput deste artigo poderá não ser seguido quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se

tratar de questão particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa<sup>14</sup>.

Nesses casos, o requerimento deve ser dirigido ao juízo onde tramita o processo originário. A decisão do juízo *a quo* que negar o requerimento é impugnável por agravo de instrumento.

Admitido o incidente, suspender-se-á a prescrição das pretensões nos casos em que se repete a questão de direito.

O julgamento do incidente caberá ao órgão do tribunal que o regimento interno indicar.

Essa previsão está de acordo com a Constituição Federal, não cabendo à lei disciplinar a competência dos tribunais.

Deve-se, porém, observar o disposto no art. 97 da Constituição, segundo o qual *somente pelo voto da maioria absoluta dos seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público*<sup>15</sup>.

A previsão constitucional da cláusula de reserva de plenário para o julgamento de questões constitucionais no âmbito órgãos colegiados gerou a publicação da Súmula Vinculante nº 20 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência no todo ou em parte<sup>16</sup>.

Diante do comando constitucional, a competência será do plenário ou do órgão especial do tribunal quando houver arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, em controle difuso.

O órgão indicado para processamento do incidente deve possuir, dentre as suas atribuições, competência para editar enunciados de súmula.

Sempre que possível, o órgão competente deverá ser integrado, em sua maioria, por desembargadores que componham órgãos colegiados com competência para o julgamento da matéria discutida no incidente.

O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de

14 BRASIL. *Anteprojeto do Código de Processo Civil*. Fonte: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2014.

15 BRASIL. *Constituição Federal*. Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 fev. 2014.

16 Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>. Acesso em: 06 abr. 2014.

direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.

A previsão de ouvida dos *demais interessados* com interesse na controvérsia é confirmação da aplicação do princípio democrático ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

Parece que será um dever do colegiado conceder a participação do *amicus curiae* não havendo previsão expressa de recurso em caso de negativa jurisdicional. Da decisão que deferir a participação não caberá recurso por manifesta ausência de prejuízo, tendo em vista que a participação apenas amplia e enriquece o debate.

O *amicus curiae*, portanto, poderá juntar documentos e requerer diligências.

Ainda com o objetivo de instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

No julgamento, feita a exposição do objeto do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões.

Considerando o número de inscritos, o órgão julgador poderá aumentar o prazo para sustentação oral.

Em seguida, os demais interessados poderão manifestar-se no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com dois dias de antecedência. Havendo muitos interessados, o prazo poderá ser ampliado, a critério do órgão julgador.

Portanto, o *amicus curiae* também pode fazer sustentação oral.

O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida.

Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos Juizados Especiais do respectivo estado ou região.

As Turmas Recursais dos Juizados Especiais estaduais e federais não tem competência para processamento e julgamento do incidente.

Essa previsão encerra uma orientação muito interessante. É de conhecimento geral que a Lei nº 10.259/2001 disciplina o microssistema dos Juizados Especiais Federais.

Ocorre que na estrutura recursal dos Juizados Federais existe instrumento de pacificação de demandas com a finalidade precípua de gerar a estabilidade do sistema e a uniformização do entendimento das Turmas Recursais.

Esse instrumento é o pedido de uniformização de jurisprudência, cujo comando normativo é transcrito:

Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

§ 1º O pedido fundado em divergência entre Turmas da mesma Região será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador.

§ 2º O pedido fundado em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ será julgado por Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal.

§ 3º A reunião de juízes domiciliados em cidades diversas será feita pela via eletrônica.

§ 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça -STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

§ 5º No caso do § 4º, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 6º Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça.

§ 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

§ 8º Decorridos os prazos referidos no § 7º, o relator incluirá o pedido em pauta na Seção, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os habeas corpus e os mandados de segurança.

§ 9º Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça.

§ 10. Os Tribunais Regionais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição dos órgãos e os procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização e do recurso extraordinário<sup>17</sup>.

Nota-se que o texto do Novo Código de Processo Civil adotou a melhor posição quando previu que as Turmas Recursais dos juizados especiais estaduais e federais não tem competência para processamento e julgamento do incidente.

Caso as Turmas tivessem competência para o julgamento e processamento do incidente, estariam completamente esvaziados os pedidos de uniformização regional e nacional.

Logicamente, é possível que se dê o gradual esvaziamento do pedido de uniformização, porém isso não acontecerá de maneira imediata em razão do grande número de pedidos de uniformização já afetados e aptos a julgamento.

A celeridade dos Juizados Federais garantirá a sobrevida do recurso específico, assim como a incomunicabilidade dos dois sistemas.

As partes litigantes nos Juizados recorrem dentro do sistema do Juizado, porém estão sujeitas à suspensão do processo prevista no Novo Código de Processo Civil, quando da interposição do incidente de demandas repetitivas, tendo em vista que o dispositivo regulador da suspensão não faz distinção entre demandas propostas perante a Justiça Comum ou perante o Juizado.

A tese jurídica adotada pelo tribunal será aplicada, também, aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal, até que esse mesmo tribunal a revise.

É importante ressaltar que a decisão do tribunal não produz coisa julgada, sua eficácia é limitada aos casos idênticos ocorridos sob determinado contexto fático e jurídico e questionados perante o judiciário sob os mesmos fundamentos.

A decisão prolatada no incidente tem caráter *rebus sic stantibus*, como na ação de alimentos. A alteração superveniente dos fatos ou a superveniência de lei regulando a questão de forma diferente exigirá sua revisão.

Ressalte-se que se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão ou à agência reguladora competente para fiscalização do efetivo cumprimento da decisão por

17 BRASIL. Lei nº 10.259/2001. Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm). Acesso em: 28 mar. 2014.

parte dos entes sujeitos a regulação. Essa previsão tem potencial para trazer grandes benefícios as partes, inclusive aos consumidores.

O tribunal, de ofício, e os legitimados para sua propositura, poderão pleitear a revisão da tese jurídica no casos de superação da decisão, observando-se, no que couber, o disposto no art. 521, §§ 6º a 11 do Novo Código de Processo Civil.

Contra a decisão que julgar o incidente caberá recurso especial ou recurso extraordinário, conforme o caso.

Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem no território nacional.

O incidente será julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

Superado o prazo de um ano para julgamento, cessa a suspensão dos processos que veiculam a questão repetitiva suscitada, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado poderá requerer ao tribunal competente para conhecer de recurso extraordinário ou recurso especial a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

Independentemente dos limites da competência territorial, a parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência que suspenderá todos os processos em tramite no país em que se discuta a mesma questão.

Cessa a suspensão a que se refere o *caput* se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente.

Nesse caso, a decisão do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal será aplicada no âmbito de sua circunscrição, inclusive alcançando as respectivas turmas recursais, não logrando o incidente espalhar efeitos por todo o território nacional como seria comum no caso de julgamento de recurso especial ou recurso extraordinário.

O recurso especial ou extraordinário interposto contra a decisão proferida no incidente tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional discutida.

A presunção de existência de repercussão geral é decorrência lógica do incidente tendo em vista que no momento de sua interposição já foram verificados seus requisitos de admissibilidade, entre os quais a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.

No tribunal superior, o relator que receber recurso especial ou extraordinário originário de incidente de resolução de demandas repetitivas ficará prevento para julgar outros recursos que versem sobre a mesma questão.

Interposto recurso especial ou extraordinário, os autos serão remetidos ao tribunal competente, independentemente da realização de juízo de admissibilidade na origem.

O estudo de um sistema de precedentes brasileiro induz a busca pelo conhecimento de outros sistemas de aplicação do direito e a primeira problemática que se coloca é verificar se o Brasil está aderindo ao sistema de *common law*.

Isso porque é de conhecimento amplo que o país que primeiro adotou o sistema de precedentes é a Inglaterra com apoio na ideia de *common law*. Mas o que seria a *common law*? Estaria o Brasil adotando esse sistema com a entrada em vigor do incidente de resolução de demandas repetitivas?

Para dirimir essas dúvidas é pertinente se esclareça em muito breves pinceladas a essência desses dois sistemas.

### 3. 2 O sistema de civil law

O sistema jurídico adotado no Brasil tem origem na cultura romano-germânica que tem a lei como fonte primária do direito, razão pela qual passou a ser conhecido mundialmente como *civil law*.

O direito romano tem origem por volta de 753 a.C, quando da fundação da *polis* romana, envolto em forte influência da religião.

A jurisdição era atividade exclusiva dos sacerdotes, denominando-se de período arcaico sua primeira fase que vai até o segundo século antes de Cristo. Nesse período observa-se um processo de secularização do direito com a publicação da Lei das XII Tábuas, compilação de antigos costumes, e de algumas obras escritas.

Na segunda fase, denominada de período clássico (de 130 a.C a 230 d.C), é marcante a influência da filosofia grega e dos princípios de direito natural para alcançar-se as soluções mais justas.

A jurisdição era exercida por pretores que desenvolviam fórmulas que seriam seguidas para o deslinde do caso da mesma forma que hoje temos o direito processual e seus procedimentos.

Esse período é marcado pela constituição do direito honorário ou *praetorium*, que nada mais é que a consolidação de um sistema de ações de direito processual que facilitariam o trabalho dos pretores e assumiam um caráter dinâmico a medida que novos direitos eram reclamados em juízo.

Dessa forma, verifica-se a precedência da estruturação processo em relação ao direito substantivo. Essa característica será encontrada também no sistema de *common law*.

Em sua fase Tardia, que vai de 230 a 530 d.C, conhecida como *cognitio extra ordinem*, ocorreu um processo de profissionalização da magistratura.

Os julgamentos passaram a ser realizados por magistrados-funcionários e passou-se a atribuir a elaboração de pareceres a juristas renomados que vinculariam a atividade jurisdicional em nome do Imperador.

É curioso perceber a força dos precedentes no desenvolvimento do direito romano. Na medida em que direito é cultura, criação humana, seus primeiros aplicadores utilizaram-se da casuística, da prática e da problematização para criar um sistema que resolvesse os problemas da época, assumindo, dessa forma, o papel de protagonistas na formação do direito.

O resultado dessa atividade possibilitou a publicação de obras que veiculavam a jurisprudência clássica possibilitando a passagem de uma metodologia casuística para um método normativo em que a norma assume caráter abstrato.

Conforme observa Patrícia Perrone Campos Mello:

Aproximadamente em 530 d.C, o Imperador Justiniano promove a realização de um grande trabalho de recopilação abrangendo as obras dos juristas clássicos (*Digesto e Pandectas*), a legislação imperial e de seus antecessores (*Code.x*), um manual de introdução (*Institutas*) e uma reunião póstuma da legislação promulgada pelo próprio Justiniano (*Novellae*), conjunto de livros que receberá o nome de *Corpus Iures Civilis* e que constituirá a memória medieval e moderna do direito romano<sup>18</sup>.

Do século V ao século XII, as invasões bárbaras marcaram o declínio do Império Romano do Ocidente, sobrevivendo um período de degeneração das estruturas sociais. A Igreja, porém, assume importante papel com o desenvolvimento de um direito canônico baseado nas obras literárias romanas conservadas em suas bibliotecas.

Com a chegada do Renascimento, no século XII, a Europa ocidental passou a viver um período de efervescência do conhecimento, da vida nas cidades e do comércio, que afetaria em cheio o direito.

É justamente com o Renascimento que surge a *civil law* como resultado de estudos encetados no seio das universidades europeias. Surge o direito comum a todos, *ius commune*, inspirado no direito romano.

18 MELLO, op. cit., p. 42.

Perceba-se a peculiaridade da nomenclatura *ius commune*. Para os pensadores europeus, os legisladores elaborariam as normas a partir da observação do direito comum a todos os povos europeus ocidentais.

Perceba-se que a ideia do sistema de *civil law* se origina fora do sistema judiciário da época, é profundamente marcada pela formação acadêmica de seus pensadores e se apoia na disseminação do estudo do direito como ciência nas universidades. A partir de então, o direito natural e as escolas positivistas ganham maior importância.

Para o sistema de *civil law*, portanto, a norma jurídica é abstrata e geral, formada a partir da reflexão sobre aspectos práticos da vida social, política e econômica. A partir da interpretação da norma o juiz formularia a norma aplicável ao caso concreto.

### 3.3 O sistema de *common law* inglês e americano

O sistema de *common law* é adotado em vários países.

Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, parte da África e o subcontinente indiano utilizam o sistema também denominado *judge made law*.

Porém, o sistema é precursor dos demais subsistemas em que se encontram algumas variantes do sistema original e por isso mesmo merece destaque<sup>19</sup>.

A *common law* tem origem na Inglaterra a partir de 1066 com a subida de Guilherme, o Conquistador, ao trono, a partir de quando se implantou um sistema político centralizado. Antes desse período se verificava uma sociedade tribal que utilizava soluções heterogêneas de solução de conflitos.

A centralização do poder e a organização do Estado favoreceram o desenvolvimento e a aplicação de um *direito comum a toda a Inglaterra*<sup>20</sup>.

Perceba-se que os princípios da isonomia e da segurança jurídica são inspiração para o surgimento e estruturação tanto do sistema de *common law* como do sistema de *civil law*.

Os responsáveis pelo desenvolvimento dos dois sistemas tinham o objetivo comum de praticar o direito com uniformidade e de acordo com o espírito da comunidade em que inserido.

Ocorre que na *civil law* há primazia da lei como fonte do direito. Nesse sistema, a produção legislativa é intensa e a norma aplicável ao caso concreto, fruto do esforço interpretativo do juiz, tem fundamento na lei.

19 SCARMAN, Leslie. *O direito inglês: A nova dimensão*. Tradução de Inês Toffoli Baptista. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1978. p. 23.

20 DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 357.

Diferentemente, a *common law*, surgida na Inglaterra, não se apoia na lei. Esse sistema, desde a sua gênese, está fundamentado no estudo de caso (*case law*) que gera uma decisão judicial que será aplicada em situações idênticas. Segundo Patrícia Perrone Campos Mello:

O *common law* inglês se desenvolveu, portanto, a partir de precedentes vinculantes (*binding precedents*), a serem obrigatoriamente seguidos por todas as cortes inferiores, muito embora sejam passíveis de modificação pela *House of Lords*<sup>21</sup>.

Portanto, a razão constitui fonte do direito no sistema de *common law*, situação em que o julgador busca fundamentar seu entendimento em princípios gerais emergentes de decisões judiciais, da doutrina ou das argumentações das partes.

Essa fonte é utilizada até os dias atuais, mormente como mecanismo de superação dos precedentes. Mas também foi bastante difundida nos primórdios do sistema em foco.

Com o passar do tempo, a complexidade e o enriquecimento do sistema, diante da teia de decisões judiciais prolatadas pelas Cortes com efeitos vinculantes, conferiram primazia à jurisprudência como fonte do direito.

Ao juiz, portanto, é conferido o papel fundamental de identificar no sistema ou mesmo de criar e aplicar a regra de conduta ao caso concreto nos casos em que não exista precedente aplicável ou nos casos em que precedentes aplicáveis sejam considerados pelo magistrado como superados.

Nesse sistema, as decisões das cortes de justiça vinculam as decisões de órgãos da própria corte e dos juízos imediatamente inferiores (*binding precedents*).

Durante vários séculos, a *House of Lords* deteve competência para revisar os precedentes em casos de superação, passando a funcionar a Suprema Corte do Reino Unido apenas em 1º de outubro de 2009, fruto do esforço do Primeiro Ministro Tony Blair que, em 12 de junho de 2003, divulgou o plano de extinguir a função jurisdicional da *House of Lords* e criar a Suprema Corte<sup>22</sup>.

A relevância do papel da magistratura é muito bem observada por Rafael Michelshon:

Determinada regra ou lei (law), só se tornava escrita a partir do momento que um juiz da *common law*, ao identificá-la (a partir de uma visão abrangente e e imparcial do substrato social estudado) e

21 MELLO, op. cit., p. 23.

22 ANDREWS, Neil. *Influência europeia sobre o processo civil inglês: a Inglaterra não é mais uma ilha*. RePro, v. 36, n. 195, p. 165-166. São Paulo: RT, maio 2011.

aplica-la em um caso concreto de disputa privada transcrevia o caso (lawcase) para registro, divulgação ou publicação.

Esses juízes, portanto, possuíam plena autoridade para dizer o direito, para identificar, formular, dar roupagem às regras existentes na sociedade e entabulá-las por meio dos julgados, tecendo assim, paulatinamente, um enorme emaranhado de casos que revelaram o direito daquela sociedade de modo que pudesse ser estudado sob o ponto de vista histórico ou jurídico.

Tanto esta autoridade para, desta forma agindo, dizer o direito como a autoridade para agir em nome do Estado e ter poder para garantir a eficácia das leis (consubstanciadas em suas decisões) – law enforcement, era conferida pelo poder de um governo central, originariamente da coroa<sup>23</sup>.

Vale mencionar que o sistema sofreu ataques com a efervescência do estudo do direito nas universidades da Europa ocidental e a consequente estruturação do *civil law* e que, enquanto em outros países os juízes tinham formação acadêmica, os juízes dos primórdios do *common law* na Inglaterra eram pessoas leigas. Como destaca Patrícia Perrone Campos Mello:

Os juristas ingleses não eram formados pelas universidades. Somente em 1758 foi instituído, em Oxford, um curso de direito; em Cambridge, apenas em 1800 se procederia a tal medida<sup>24</sup>.

Entretanto, a forte centralização do poder político na Inglaterra, situação que não se vivia em outros países, fragmentados em pequenos principados, conferia certeza e uniformidade ao direito, o que gerava satisfação entre os jurisdicionados.

A conformação política do país, portanto, foi fundamental para a solidificação do sistema.

O arcabouço constitucional inglês é um símbolo dessa tradição, como acentua Jorge Miranda:

I – No Direito Constitucional de qualquer país aparecem sempre normas provindas de lei, de costume e de jurisprudência. O que varia é a predominância de uns e de outros elementos e o modo como se articulam entre si.

23 MICHELSON, Rafael. Distinções entre os sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano e sua implicação na conformação de características diferenciadas no controle difuso de constitucionalidade. *Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamental of US Law Course* – Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. Brasília. Ano III, nº 12. P.328. set./out. 2011.

24 MELLO, op. cit., 26.

No Direito Constitucional da Grã-Bretanha, essa predominância cabe ao costume, o que constitui, nos tempos atuais, um caso único, sem paralelo em qualquer outro país.

Diz-se muitas vezes que a Constituição inglesa é uma Constituição não escrita (*unwritten Constitution*). Só em certo sentido este asserto se afigura verdadeiro: no sentido de que uma grande parte das regras sobre organização do poder político é consuetudinária; e, sobretudo, no sentido de que a unidade fundamental da Constituição não repousa em nenhum texto ou documento, mas em princípios não escritos, assentes na organização social e política dos Britânicos.

Além das regras consuetudinárias, existem ainda as *Conventions of the Constitution* – versando sobre o funcionamento do Parlamento, as relações entre as Câmaras e entre Governo e Oposição ou o exercício dos poderes do Rei; e que parecem ser mais que meros usos<sup>25</sup>.

O sistema de *common law* praticado nos Estados Unidos tem suas raízes no direito inglês, entretanto com adaptações apoiadas na estrutura política, social e econômica do país.

A princípio, tudo que provinha da Inglaterra era mal visto na colônia que desde cedo tinha a intenção de libertar-se da dominação inglesa.

O país era colonizado por cidadãos ingleses que fugiam da intolerância religiosa e da exclusão econômica reinando uma atmosfera propícia à quebra de ingerências externas.

Os Estados Unidos, então, passaram a fundamentar sua estrutura política no pacto social de Locke e no conceito de *higher law*, originalmente formulada pelo direito canônico medieval e criaram um sistema constitucional dos mais primorosos da atualidade, do qual se originam as ideias de supremacia da constituição e de controle judicial de constitucionalidade.

Vale ressaltar que no século XVIII, enquanto os Estados Unidos adotavam uma constituição que tinha força normativa imediata e que se irradiava para todo o seu ordenamento jurídico, na Europa as constituições eram cartas de intenções, importantes do ponto de vista político porque previam a soberania do povo, mas de utilidade prática reduzida.

Apenas após a Segunda Guerra Mundial o modelo constitucional americano serviria de parâmetro para a mudança de paradigma operada na Europa ocidental, o que somente viria a acontecer no Brasil com o

25 MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. t. I, Coimbra: Coimbra, 1997. p. 128-129.

final da ditadura militar e a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O Estado da Louisiana é exceção à regra. Nesse estado, de colonização francesa, onde o Código Civil Napoleônico teve forte influência, o sistema legal codificado compreende leis escritas editadas basicamente a partir do Código Civil da Louisiana de 1808.

O pacto federativo americano e a autonomia dos Estados membros conferem a cada um deles a possibilidade de tratamento do mesmo assunto de forma diferente. Essa realidade posta em prática torna o sistema bem mais complexo em matéria de competência jurisdicional e abrangência das decisões dos tribunais fazendo surgir um sistema misto.

No sistema americano, há primazia na aplicação dos precedentes, mas também há aplicação da Constituição e aplicação subsidiária dos *Statute Laws*, leis escritas.

Os *Statute Laws* preenchem lacunas deixadas pelos *case laws* ou *precedentes*, portanto aplicam-se de maneira subsidiária ao sistema de precedentes constituindo-se em alternativa a sua utilização. Essa característica, o afasta do modelo inglês, razão pela qual os doutrinadores o denominam de sistema misto ou híbrido.

No sistema de *common law* ou *case law*, o precedente não se vocaciona à eternização. Os costumes e o comportamento da sociedade como vetores que regem a decisão judicial contribuem para a modernização do direito e para a própria superação do precedente.

Na doutrina do *stare decisis* ou dos *binding precedents*, as decisões anteriores prolatadas pelas cortes de justiça, aplicáveis ao caso em estudo, vinculam órgãos da mesma corte ou juízos inferiores, jamais vinculando colegiados de forma ascendente.

O precedente que solucionará o caso concreto, portanto, é um ponto de contato com o próprio contexto histórico de sua época.

Modificadas as relações sociais, econômicas e políticas, o próprio poder judiciário buscará novas soluções, modernizando e flexibilizando o direito, utilizando-se de técnicas de *overruling*

Nos Estados Unidos em que se verifica um sistema mais aberto em que o *overruling* é mais utilizado há a figura do *anticipatory overruling*, em que *os juízes de instancias inferiores muitas vezes procedem à alteração da regra (rule), quando entendem que há grande probabilidade de vir esta a ser alterada por uma corte superior*<sup>26</sup>.

A técnica mais utilizada quando se trata do sistema de precedentes é o *distinguishing*, em que se reconhece a distinção da questão jurídica, diferente daquela objeto do precedente.

26 WAMBIER, op. cit., p. 43.

A decisão prolatada pelo colegiado veicula a *ratio decidendi*, ou a *holding* como dizem os americanos.

Na *ratio decidend* ou *holding* está a regra de direito, expressa ou implícita, utilizada para solucionar o caso e nos *obter dicta* ou *gratis dicta* os termos que não estão na essência do deslinde do caso, que significam literalmente o que foi dito para morrer, passagem de pouca importância para a decisão, explanação um tanto simplista diante dos entraves vividos concretamente para se identificar e separar uns de outros.

#### 4 CONCLUSÃO

É inequívoca a vocação do ser humano para o novo, a própria evolução da humanidade sintetiza essa qualidade.

A qualidade do ser humano de se reinventar, sempre em busca de novas e melhores soluções, o leva a querer conhecer outras culturas e testar conceitos.

Esse movimento é muito importante no processo de globalização que atinge o direito.

Percebe-se que a insatisfação dos estudiosos do direito, dos jurisdicionados e de seus aplicadores propiciam um intercâmbio de ideias entre os países.

Precisamente essa interação, essa troca de conhecimento, tem influído de maneira bastante positiva para criar pontos de contato entre os sistemas de *civil law* e *common law*.

Os fatos históricos vividos pelo mundo afora, os avanços tecnológicos e a mudança de comportamento da sociedade servem de base de apoio a uma nova interpretação constitucional.

No Brasil, mais especificamente, vimos o fim da ditadura como um período de abertura não apenas política, mas também social, econômica e cultural.

A noção de eficácia constitucional gestada pelos Estados Unidos foi claramente adotada pela Constituição Federal de 1988, coisa que fizeram os europeus no pós Segunda Guerra.

Os próprios americanos ao formatarem seu sistema de *common law* se rebelaram contra o sistema puro da coroa e o mesclaram com a previsão de produção dos *Statute Laws*, leis aplicáveis aos casos concretos sempre que houvesse lacunas deixadas pela ausência de precedentes aplicáveis.

O avanço do processo civil no Brasil é inegável.

O controle de constitucionalidade, a repercussão geral, o incidente de uniformização da jurisprudência, o pedido de uniformização da jurisprudência no âmbito dos Juizados Federais, a previsão de um sistema de precedentes do mesmo juízo, todos esses institutos deixavam clara

a intenção do legislador em conferir isonomia e segurança jurídica ao sistema brasileiro.

A necessidade de conferir-se ao processo civil brasileiro uma mais forte influência da Constituição Federal foi a porta de entrada da ideia de elaborar-se um Novo Código de Processo Civil.

O engessamento do Código Buzaid, mesmo reformado reiteradas vezes, não tinha o condão de constitucionalizar de vez o processo civil pátrio.

O movimento de renovação é importante nesse sentido, razão pela qual há espaço proeminente no diploma em gestação para uma nova leitura de princípios constitucionais aplicáveis ao processo civil, assim como para introdução de novos conceitos mais consentâneos com o direito moderno aplicável em outros países.

O incidente de resolução de demandas repetitivas aproxima o sistema brasileiro de *civil law* do sistema anglo-saxão de *common law*, porém não o encampa.

Com efeito, estará criado um sistema de precedentes brasileiro, que cuidará de questões de direito que estarão sob a competência dos tribunais, mas continuará fundamentado na lei como fonte precípua do direito com os temperos que o controle difuso de constitucionalidade inseriu em nosso ordenamento.

Inegavelmente, há pontos de contato entre os dois sistemas de precedentes, como a possibilidade de distinção (*distinguishing*), a superação (*overruling*), a vinculação (*binding precedent*) a essência da decisão (*ratio decidendi*) e sua parte menos importante (*obiter dicta*). Esses pontos de contato podem gerar ainda mais aproximação do sistema brasileiro com o sistema de *common law* no futuro, quando os problemas práticos começarem a surgir.

O fundamento da utilização de metodologia já empregada em outros países é bastante relevante, a necessidade de conferir-se dignidade ao jurisdicionado com a prolação de decisões isonômicas como forma de manutenção da segurança jurídica.

A garantia de que o incidente de resolução de demandas repetitivas será a solução definitiva para casos desse jaez não existe, mas a busca de uma solução já se apresenta como o início de uma caminhada que certamente levará a resolução do problema ou à sua minimização.

O presente estudo logrou analisar de forma sintética a evolução histórica preparatória da adoção no ordenamento jurídico brasileiro do incidente de resolução de demandas repetitivas, expor o marco teórico capaz de fundamentar a adoção do incidente, abordar a mudança de paradigma que será a promulgação do Novo Código de Processo Civil, estudar o próprio incidente, bem como refletir sobre a aproximação do ordenamento jurídico pátrio ao sistema de *common law*.

**REFERÊNCIAS**

- ANDREWS, Neil. *Influência europeia sobre o processo civil inglês: a Inglaterra não é mais uma ilha*. RePro, v. 36, n. 195, p. 165-166. São Paulo: RT, maio 2011.
- BASTOS, Antônio Adonias A. Bastos. A potencialidade de gerar relevante multiplicidade de processos como requisito do incidente de resolução de causas repetitivas no projeto do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Org.) *O projeto do novo Código de Processo Civil*. Estudos em homenagem ao professor José de Albuquerque Rocha. Salvador: JusPODIVM, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Publicado em nov./2005. Acesso em: 02 ago. 2013.
- BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BRASIL. *Anteprojeto do Código de Processo Civil*. Disponibilizado em: [www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf](http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf)>. Acesso em: 02 fev. 2014.
- BRASIL. *Constituição Federal*. Disponibilizado em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 fev. 2014.
- BRASIL. *Lei nº 10.259/2001*. Disponibilizado em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm). Acesso em: 28 mar. 2014.
- BRASIL. *PL nº 8046/10*. Disponibilizado em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010). Acesso em: 02 fev. 2014.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 209, p. 349, jul./2012. DTR\2012\44851.
- LOPES, João Batista. Futuro CPC: breves anotações sobre a parte geral. *Revista de Processo*, v. 214, p. 219, dez./2012. DTR\2012\450920.
- MACEDO, Elaine Harzheim; MACEDO, Fernanda dos Santos. O direito processual civil e a pós-modernidade. *Revista de Processo*, v. 204, p. 351, fev./2012. DTR2012/65.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do novo CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luis Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MICHELSON, Rafael. Distinções entre os sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano e sua implicação na conformação de características diferenciadas no controle difuso de constitucionalidade. *Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamental of US Law Course – Escola da Advocacia-Geral da União* Ministro Victor Nunes Leal. Brasília. Ano III, nº 12. set./out. 2011.

MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

SCARMAN, Leslie. *O direito inglês: A nova dimensão*. Tradução de Inês Toffoli Baptista. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1978.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

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

---

# O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO JURÍDICO PARA CONFORMAR A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A FUNÇÃO SOCIAL DO JUIZ NO CONTEXTO DO ESTADO FEDERAL

---

*Paulo José Monteiro Santos Lima*  
*Advogado da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A saúde como uma questão de justiça; 1.1 Considerações gerais; 1.2 As gerações dos direitos fundamentais; 1.3 O direito à saúde como uma mudança de paradigma; 2 Judicialização do direito à saúde e organização administrativa; 2.1 O princípio federativo. Forma de Estado e organização administrativa; 2.2 A Federação no Brasil; 2.3 Características da federação; 2.4 A Federação na Constituição de 1988; 3 As teorias da ação; 3.1 Considerações gerais; 3.2 O pensamento publicista e a superação do conceito de ação pelo de jurisdição. O ativismo judicial; 4 A proporcionalidade para a aplicação razoável do direito à saúde; 4.1 Proporcionalidade e razoabilidade; 5 Conclusões; Referências.

## INTRODUÇÃO

A importância do estudo da judicialização do Direito à Saúde e a sua relação com o sistema federativo e o ativismo judicial pode ser depreendida de imediato pelo simples volume de ações judiciais envolvendo o tema. Segundo dados da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde brasileiro, só no ano de 2011, foram propostas um total de 12.811 ações pleiteando algum tipo de benefício relacionado a área de saúde; um aumento de 15% em relação ao ano de 2010.

Também, segundo o mesmo órgão, foram dispendidos montantes para o cumprimento de decisões judiciais na ordem de R\$287.844.968,16. No tocante aos depósitos judiciais e repasses aos Estados e Municípios os valores gastos chegam ao patamar de R\$ 68.002.157,43.

Considerando que o Brasil é uma República Federativa, na qual a competência para atender as demandas de saúde se repartem entre as três esferas de poder – União, Estados, Distrito Federal e Municípios --, é de suma importância compreender como ocorrer essa repartição de competências em relação às demandas de saúde.

Assim, far-se-á ao longo deste texto o estudo das ações na área de saúde em face do sistema federativa, tendo em vista o crescente ativismo judicial, bem como se delineará os aspectos gerais da evolução dos direitos fundamentais, as teorias da ação, o princípio federativo, o ativismo judicial e a função social do juiz e, por fim, estudar-se-á a aplicação do princípio da proporcionalidade no que concerne à atuação do Poder Judiciário.

## 1 A SAÚDE COMO UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA

### 1.1 Considerações gerais

Atualmente, a saúde é considerada pelos profissionais como instrumento de mudanças e de transformações sociais. Uma dessas mudanças está na ordem jurídica.

Há nos hospitais públicos brasileiros um grande contingente de pessoas vindas das diversas classes sociais e culturais, muitas delas são vítimas da opressão social e emocional e do preconceito. Elas mostram, por meio de seus dramas pessoais, o fracasso do sistema público de saúde e, assim sendo, mobilizam e despertam, de forma contraditória e didática, os avanços da instituição médica. Neste contexto, a saúde se insere como instrumento, trabalhando na tentativa de superação e na abertura de possibilidades de renovação para muitos.

Na atualidade, o reconhecimento do caráter central da Constituição e da força normativa dos princípios, acaba por motivar o reconhecimento de um novo papel ao judiciário, atribuindo-lhe a responsabilidade de

efetivamente construir as soluções jurídicas dos casos concretos a partir do respeito à integridade do ordenamento, do respeito às expectativas históricas de cada povo (baseadas na jurisprudência) e do respeito ao pluralismo social, desamarrando-se da objetividade dos parâmetros majoritários traçados pela lei e assimilando uma nova perspectiva axiológica de respeito à dignidade humana traçada a partir da Constituição.

O direito nesse contexto, se revela íntegro e realça sua feição de conformador da ordem jurídica e política segundo a materialização da noção de dignidade da pessoa humana.

Isso não significa que no ambiente da decisão judicial, o órgão judicante esteja a usurpar a atividade legislativa. Na verdade, o julgador confere concretude e coerência ao ordenamento jurídico e à ordem social, razão pela qual, para tanto apenas exerce atividade interpretativa consentânea com a vontade constituinte abstratamente especificada pelo legislador ordinária, não havendo, dessa forma violação ao postulado da separação de poderes, mas na verdade, seu reforço.

A prestação social à saúde que, imposta ao Estado, deve ser fornecida aos indivíduos a título de dever constitucional imposto ao Poder Público. Veja-se, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana – princípio basilar na Constituição Federal de 1988 -- está previsto, no âmbito do Direito Internacional Público, na Carta da Organização das Nações Unidas, assinada em São Francisco, Estados Unidos, em 26 de junho de 1946, pelos cinquenta e um Estados membros originais, dentre os quais está o Brasil, a qual reafirmou que:

Nós, os povos das Nações Unidas, decididos:

[...]

a reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas;

Tal documento trouxe às Nações um caráter humanitário para a elaboração das legislações subsequentes ao período do Pós-guerra de 1948. A Carta busca contemplar a vida e a dignidade para todas as pessoas de forma igualitária, ou seja, o sistema contemporâneo considera o princípio da dignidade, tanto no aspecto material como no formal, inerente a todo e qualquer ser que pertença à simples condição de ser humano.

Neste contexto, calha trazer à lume o pensamento de Barcellos<sup>1</sup>:

Sem a existência de parâmetros normativos, ainda que principiológicos, que norteiem o afazer hermenêutico, a interpretação jurídica acaba por se tornar demasiadamente abstrata, trazendo, ao contrário da propalada

<sup>1</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 23.

certeza jurídica tão defendida pelo positivismo, verdadeira insegurança no processo de aplicação das regras jurídicas.

Basta ver que Estados Totalitários, como o nazista e o fascista, foram implementados mesmo em um contexto formal de reconhecimento de direitos fundamentais de natureza constitucional:

‘O século XX, entretanto, conheceu a total subversão dos valores que inspiraram as revoluções burguesas e fundamentaram a ideia do Estado moderno e da própria Constituição. Lembre-se que mesmo sendo individualista, formal e passivo, particularmente no que toca a intervenção estatal, o humanismo do Estado Liberal foi o responsável pela consolidação histórica, ainda que de forma limitada, da ideia de centralidade do homem.

Ao longo do século XX, em vários momentos e por várias razões, o homem foi não apenas funcionalizado, como também imolado brutalmente nos altares do Estado-nação, do Estado-partido, da ideologia da segurança nacional, dentre outras variações sobre temas semelhantes. As Constituições, nesse meio tempo, foram ignoradas ou manipuladas em seu aspecto estritamente positivo-formal. O Estado nazista alemão, embora não tenha sido a última dessas experiências, foi certamente a mais chocante, tanto por estampar a barbárie em tons e formas quase inacreditáveis, como por sua constrangedora convivência formal com a Constituição de Weimar de 1919.

O paradigma do Estado de Direito enfatiza na existência de princípios formais que garantiriam a liberdade do indivíduo e apregoava a existência do Estado mínimo não-intervencionista. Este, por sua vez, desenvolveu-se no Constitucionalismo social característico do Estado Constitucional, marcado pelo nascimento do Tribunal Constitucional como órgão especializado de controle de constitucionalidade, seguindo a Teoria de Hans Kelsen, tendo como primeiro exemplo a Constituição da Áustria de 1920. E, por fim, o paradigma atual -- o Estado Democrático de Direito -- pautado no princípio da dignidade da pessoa humana e que visa à realização material dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Por essa perspectiva, o Direito à Saúde, que pela visão liberal significava a mera previsão normativa desse preceito no texto constitucional, passou, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a ser um comando constitucional a ser efetivado pelo Estado e pela sociedade por meio da produção de normas jurídicas infraconstitucionais que viabilizem a sua consecução, bem como a implementação de ações afirmativas que apliquem essas normas à realidade social. E o Poder Judiciário passa a ter o dever de, quando demandado, envidar esforços para a realização concreta do Direito à Saúde.

De modo similar, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana deve servir de norte para a hermenêutica dos textos

normativos constitucionais e infraconstitucionais a fim de possibilitar a efetivação social e jurídica dos direitos e garantias fundamentais.

A partir do reconhecimento de que o ordenamento jurídico está embasado nos princípios que regem a comunidade a que se destinam, e que a ele se sobrepõem, na ausência da norma específica para reger o caso concreto, tais princípios serão de observância obrigatória, como é o caso daqueles que exigem o respeito aos direitos fundamentais, como é o caso do princípio da dignidade humana. A discricionariedade do juiz, nesse caso, já não será decisionista, pois não haverá o nada jurídico, mas uma base principiológica segura, a fundamentar sua decisão.

Como visto, a solução principiológica dos litígios, com especial ênfase nas demandas que versam sobre o Direito à Saúde, é adequada e aplicável não apenas no tocante ao Direito interno, mas também no âmbito internacional.

## 1.2 As gerações dos direitos fundamentais

Os Direitos Fundamentais surgiram com a democracia e com finalidade de limitar o poder do estado sobre o cidadão. Veio para dá segurança aos indivíduos e garantir a tutela da Vida, da Liberdade, da Igualdade e da Propriedade. Esses direitos ganharão força com as Revoluções inglesa Francesa. Nós sabemos que os direitos fundamentais são inalienáveis, imprescritível, intransferíveis e irrenunciáveis. Os Direitos Fundamentais são aqueles direitos inerentes à própria condição humana.

Os direitos fundamentais são resultado de um desenvolvimento histórico da relação entre o homem e o Estado decorrente de um processo lento de conquistas. O surgimento dos direitos fundamentais é devido à aparição do Estado Liberal, no século XIX, entretanto iniciou sua trajetória evolucionista muito antes. O marco inicial em que o Estado cede seu totalitarismo em benefício dos homens foi a Carta Magna do Rei João Sem Terra, em 1215.

Os direitos fundamentais não surgiram do acaso. Todos foram incluídos, no ordenamento jurídico pouco a pouco, com grande mudança de acordo com o tempo e com o contexto histórico até os dias de hoje. Os Direitos Fundamentais ocorreram em quatro gerações distintas ao longo de nossa história.

A *Primeira Geração* tratava das Liberdades Públicas e dos Direitos Políticos. A *Segunda Geração* foi a do Estado do bem-estar social, direitos econômicos e sociais, ou seja da (igualdade). *Terceira Geração* - Direitos de solidariedade nos quais, o Código de Defesa do Consumidor é um excelente exemplo. *Quarta Geração* - Direito das minorias que trata de novos direitos sociais decorrentes da evolução da sociedade e da globalização. Envolvem questões relacionadas à informática, biociência, clonagem, eutanásia, estudo de células tronco.

O termo “geração” serve para distinguir o momento histórico em que surgiu a tutela de novos direitos. É importante ressaltar que não existe hierarquia entre direitos fundamentais, todos têm o mesmo grau de importância.

### 1.3 O Direito à Saúde como uma mudança de paradigma

A partir da breve concepção do que vem a ser um ‘paradigma’, restamos ciente de que se faz necessário tratar da renovação havida no conceito de ciência, quando o saber científico passa ser tomado como um saber que se sabe precário, desprovido de pretensões de conhecimento absoluto e não cartesiano. Abstrai-se a ideia de precisão indiscutível, sobre a qual se assentavam as ciências da natureza, para abrir espaço a um pensar dinâmico que se renova e que pode expurgar arquétipos anteriormente incontestáveis.

A presente acepção de ciência é deveras importante para o Direito, já que as pretensões de conhecimento absoluto e preciso eram bem convenientes às ciências naturais e exatas, mas afetava o ideal do Direito como ciência, visto que a base convencional do direito moderno, positivado, mutável e construído a partir dos casos concretos, não seria compatível com uma ideia de ciência que pudesse ser apresentada como um conhecimento indiscutível, perene e imutável.

Thomas Kuhn afirma que o conceito de paradigma está “estritamente relacionado com a ciência normal”<sup>2</sup>. Kuhn esclarece que a expressão paradigma pode ser tomada em dois sentidos<sup>3</sup>:

De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem subsistir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal.

O Direito Constitucional, como forma de conhecimento científico, produz os seus próprios paradigmas, que se sucedem no tempo à medida que a compreensão do fenômeno jurídico-constitucional evolui e se aprofunda.

Assim, o paradigma antigo-medieval que se focava na autorreflexão e na busca da liberdade interior foi superado pelo Estado de Direito, que enfatiza na existência de princípios formais que garantiriam a liberdade do indivíduo e apregoava a existência do Estado mínimo não-intervencionista. Este, por sua vez, desenvolveu-se no Constitucionalismo social característico do Estado Constitucional, marcado pelo nascimento do Tribunal Constitucional como órgão

<sup>2</sup> KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 30.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 220

especializado de controle de constitucionalidade, seguindo a Teoria de Hans Kelsen, tendo como primeiro exemplo a Constituição da Áustria de 1920. E, por fim, o paradigma atual -- o Estado Democrático de Direito -- pautado no princípio da dignidade da pessoa humana e que visa à realização material dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

A superação de um paradigma por outro não implica em uma imediata e completa eliminação do modelo anterior, mas antes os modelos se sobrepõem por longo tempo, influenciando-se mutuamente, não só no tocante na produção de normas infraconstitucionais, mas também, sobretudo, na interpretação do próprio texto constitucional.

Assim, por exemplo, o princípio da igualdade, que pela visão liberal significava a mera previsão normativa desse preceito no texto constitucional, passou, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a ser um comando constitucional a ser efetivado pelo Estado e pela sociedade por meio da produção de normas jurídicas infraconstitucionais que viabilizem a sua consecução, bem como a implementação de ações afirmativas que apliquem essas normas à realidade social.

De modo similar, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana deve servir de norte para a hermenêutica dos textos normativos constitucionais e infraconstitucionais a fim de possibilitar a efetivação social e jurídica dos direitos e garantias fundamentais.

Desse modo, o Direito à Saúde se insere nesse novo paradigma no sentido de que a sua previsão meramente formal na Constituição não é suficiente para atender os anseios da sociedade. O Direito à Saúde deve ser efetivado pelo Poder Público por meio de ações concretas que assegurem à sociedade o acesso a saúde boa qualidade. E, se eventualmente os Poderes Executivos e Legislativos permanecerem inertes, caberia ao Poder Judiciário, no âmbito do processo judicial, responder ao pedido que lhe é apresentado, impondo, inclusive, obrigações ao Poder Público.

## **2 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O SISTEMA FEDERATIVO**

### **2.1 O princípio federativo. Forma de Estado e organização administrativa**

A ideia moderna de Federação surge em 1787, na Convenção de Filadélfia, onde as treze ex-colônias inglesas resolveram dispor de uma parcela de suas soberanias, tornando-se autônomas e constituindo um novo Estado, este sim soberano. Foi a Constituição de 1787 quem deu origem aos Estados Unidos da América, criando uma nova forma de Estado, o federativo.

Com efeito, quando se criou a primeira Federação conhecida, a americana, o que se tratou de resolver na época foi o problema resultante da convivência entre si das treze colônias inglesas tornadas Estados

independentes e desejosas de adotar uma forma de poder político unificado. De outra parte, não queriam perder a independência, a individualidade, a liberdade e a soberania que tinham acabado de conquistar. Com estes pressupostos surgiu, assim, a Federação como uma associação de Estados pactuada por meio de Constituição.

O federalismo é, ainda em nossos dias, um princípio organizador, que encontra grande receptividade e ressonância na vida de muitos países. Ele não se desatualizou porque soube encontrar novos fundamentos em substituição àqueles que lhe deram origem.

## 2.2 A Federação no Brasil

A forma federativa surgiu em 15 de novembro de 1889, junto com a República, por força do Decreto n.º 1. No caso brasileiro, ao invés de diversos Estados, tínhamos um só; o Brasil todo respondia ao domínio do imperador. Depois de proclamadas a República e a Federação é que se viu a necessidade de criarem-se os Estados-Membros, aos quais se delegaram algumas competências. Assim, trata-se de uma Federação surgida pela desagregação de um Estado unitário, ao contrário da Federação norte-americana, nascida da agregação de Estados preexistentes. Esta talvez seja uma das razões pelas quais o Brasil nunca chegou a ter uma verdadeira Federação, onde os Estados-Membros alcançam uma autonomia real.

A Federação é forma de Estado pela qual se objetiva distribuir o poder, preservando a autonomia dos entes políticos que a compõem. No entanto, nem sempre se alcança uma racional distribuição do poder. O acerto da Constituição, quando dispõe sobre a Federação, estará diretamente vinculado a racional divisão de competência entre, no caso brasileiro, União, Estados e Municípios; tal divisão para alcançar logro poderia ter como regra principal a seguinte: nada será exercido por poder mais amplo quando puder ser exercido por um poder local, afinal os cidadãos moram nos Municípios e não na União.

Deve o princípio federativo informar o legislador infraconstitucional - que está obrigado a acatar tal princípio na elaboração das leis ordinárias -, bem como os intérpretes da Constituição, a começar pelos membros do poder judiciário.

## 2.3 Características da federação

Poderíamos elencar inúmeras características da Federação; abordaremos, entretanto, apenas aquelas que se nos demonstram mais importantes:

- a) uma descentralização político-administrativa constitucionalmente prevista;
- b) uma Constituição rígida que não permite a alteração da repartição de competências por intermédio de legislação ordinária. Se assim fosse possível, estaríamos num Estado unitário, politicamente descentralizado;
- c) existência de um órgão que dite a vontade dos membros da Federação - no caso brasileiro temos o Senado, no qual se reúnem os representantes dos Estados-Membros;
- d) autonomia financeira, constitucionalmente prevista, para que os entes federados não fiquem na dependência do poder central;
- e) existência de um órgão constitucionalidade das leis, para que não haja invasão de competências.

#### **2.4 A Federação na Constituição de 1988**

Continuamos sob uma Constituição eminentemente centralizadora. O traço principal que marca a nossa estrutura federativa é fortalecimento da União relativamente às demais pessoas integrantes do sistema. O Estado brasileiro na Constituição atual ganha níveis de centralização superiores à maioria dos Estados que se consideram unitários e que, pela via de uma descentralização por regiões ou por províncias, consegue um nível de transferência de competências, tanto legislativas quanto de execução, muito superiores àquele alcançado pelo Estado brasileiro.

No Estado Federal coexistem duas ordens políticas sobrepostas, uma nacional e outra regional, sobre um mesmo território e sobre a mesma população. É justamente a sobreposição destas duas ordens jurídicas que caracteriza o federalismo. O fundamento do Estado Federado é o princípio da autonomia das entidades federadas que se apoia na existência de governo próprio e na posse de competência exclusiva. Existência harmônica de dois poderes políticos paralelos só é possível através de um sistema de repartição de competências entre o Governo Nacional e os Governos Estaduais. Esta distribuição de competências estabelecidas pela Constituição Federal é o ponto nuclear da noção de Estado Federal.

A Constituição Federal de 1988 instituiu um sistema de competências exclusivas, privativas e principiológicas com competências comuns e concorrentes. O princípio utilizado na distribuição destas

competências entre os diversos entes federados é o da predominância do interesse, segundo o qual cabe a União as matérias e questões de predominante interesse nacional, aos Estados-Membros, assuntos de interesse regional e aos Municípios, matérias de interesse local.

Para a repartição de competências, as constituições utilizam uma das seguintes técnicas: enumeração de poderes da União, reservando-se aos Estados poderes remanescentes; poderes enumerados aos Estados e remanescentes à União; enumeração das competências das entidades federativas. Este último é que vigora no Brasil.

A Constituição Federal adota sistema complexo, com enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22), poderes remanescentes para os Estados (art. 25, §1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 30), mas existindo a possibilidade de delegação (art. 22, parágrafo único), áreas comuns em que atuam paralelamente todos os entes federados (art. 23) e setores concorrentes em que a União estabelece políticas gerais e aos Estados e Municípios cabe competência suplementar.

As competências podem ser classificadas através de vários critérios, quanto à forma, conteúdo, extensão e origem.

Quanto à forma ou processo de sua distribuição, a competência poderá ser: enumerado ou expressa; reservada, remanescente ou residual; implícita ou resultante ou inerente ou decorrente.

Quanto ao conteúdo, pode ser: econômica, social, político-administrativa, financeira e tributária.

Quanto à extensão, pode ser: exclusiva, privativa, concorrente e comum ou cumulativa ou paralela.

Quanto à origem, pode ser: originária e delegada.

No que concerne aos sistemas de execução de serviços dentro de um Estado Federativo, distinguem-se três sistemas;

- a) Sistema imediato, no qual a União e os Estados mantêm sua própria administração, com funcionários próprios, independentemente uns dos outros e subordinados aos respectivos governos;
- b) Sistema mediato, no qual os serviços federais em cada Estado são executados por funcionários deste, mantendo a União pequeno corpo de servidores incumbidos da vigilância e fiscalização desses serviços;
- c) Sistema misto, em que certos serviços federais são executados por funcionários estaduais e outros por funcionários federais e vice-versa.

### 3 AS TEORIAS DA AÇÃO

#### 3.1 Considerações gerais

O conceito de ação tem sofrido mudanças ao longo do tempo, refletindo a evolução histórica da sociedade humana no tocante a à atividade jurisdicional e o seu papel como instrumento de solução dos conflitos que surgem do seio do tecido social.

Modernamente, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>4</sup>, pode-se conceituar ação como “o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício)”. Desse modo, reconhece-se a autonomia do direito de ação<sup>5</sup> em relação ao direito material.

A primeira teoria da ação a influenciar o pensamento ocidental é oriunda do direito romano, na célebre definição de Celso para o qual “ação nada mais é do que o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido (*actio autem nihil aliud est quam ius perseguendi in iudicio quod sibi debetur*)”<sup>6</sup>. Era a denominada teoria imanentista ou clássica. De acordo com esse pensamento jurídico, a ação decorreria do próprio direito material e não poderia ser separada deste. Seria, nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco, “o próprio direito reagindo a uma violação”<sup>7</sup>. A Marinoni<sup>8</sup> comenta a respeito do conceito imanentista o seguinte:

A compreensão da definição de Celso pela doutrina que não viu qualquer distinção entre a ação e o direito material ao menos permitiu o esclarecimento de que a ação privada não mais existia, e então ‘nada mais era’ do que o direito de perseguir o direito por intermédio do juiz.

Seria, por assim dizer, o próprio direito material reagindo a sua lesão.

Conforme assevera Galeno Lacerda<sup>9</sup>, a concepção civilista do direito de ação apresenta deficiências fundamentais: em primeiro lugar, ignora a presença do juiz no processo, sendo a ação dirigida ao Estado; todo conceito de ação válido deve abranger também a ação penal; a concepção civilista não explica satisfatoriamente o fenômeno da improcedência da ação.

Savigny, em uma variante da concepção civilista, sustentava que, embora o direito de ação fosse um novo direito oriundo da lesão direito material, ele se dirigia ao devedor da obrigação e não ao Estado.

4 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 267.

5 *Idem*, p. 208.

6 Apud, MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 159.

7 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 209.

8 MARINONI, p. 160.

9 LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 212.

Portanto, para Savigny, o direito de ação possuiria a natureza jurídica de um direito privado.

A concepção civilista do direito de ação dominou a doutrina processualista até que, durante o século XIX, o jurista germânico Windscheid publicou a sua obra *A ação do direito civil do ponto de vista do direito moderno*. Para Windscheid, o direito violado distinguia-se da ação, sendo *actio romana* “a faculdade de realizar a própria vontade através de uma ‘perseguição em juízo’<sup>10</sup>.”

Por sua vez, Muther delineou a tese de que além do direito de ação contra o Estado, a *actio* também constituiria um direito dirigido ao Estado para que este apresentasse um tutela jurídica. Haveria o direito de queixa que se volta ao Estado (*Klage* ou *Klagerecht*); e o direito do Estado de voltar contra o autor da lesão para eliminá-la.<sup>11</sup> Marinoni<sup>12</sup> comenta sobre tema que:

De acordo com Muther, desde o direito romano se podia conceber que, ligado a um ‘direito originário’, havia um direito contra o Estado, de modo que também no direito moderno, diante da ideia de *Klagerecht*, existiria um direito de agir autônomo em relação ao direito originário, ainda que a ele vinculado.

[...]

Para Muther, o direito de agir, embora não se confundindo com direito material, tem ele como pressuposto. Assim, a sua construção, ainda que isolando o direito de agir do direito material, tem uma base no direito privado.

A polêmica entre Windscheid e Muther representou um importante avanço no pensamento jurídico-processual, pois, pela primeira vez, ficou nítido que o direito de ação, o direito processual, não se confunde com direito material, afastando-se, dessa maneira, da concepção civilista que até então dominava a doutrina jurídica e reconhecendo-se a autonomia do direito processual.

O passo seguinte na evolução do conceito de ação foi o análise daqueles processos no qual o Poder Judiciário, ao apreciar a pretensão apresentada pelo autor, conclui pela improcedência do pedido, pela inexistência de direito material a funda o pedido autoral.

No início do século XX, Binder apresentou a tese de que “o *jus* não nasce com a *actio* ou a *actio* não se identifica com *jus* [...] a *actio* é um *prius* em relação ao *jus*, a *actio* antecede a *jus*”<sup>13</sup>

10 MARINONI, op. cit., p. 161 e 162.

11 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 268.

12 MARINONI, op. cit., p. 164.

13 LACERDA, op. cit. p. 216 e 217.

Por sua vez, Bülow apresentava o entendimento de que a ação é um direito público, e não de natureza privada.

A solução encontrada por Plósz e Degenkolb foi a de que o direito de ação é independente do direito material<sup>14</sup>. Marinoni<sup>15</sup> expõe que:

Degenkolb argumentava que é necessário construir uma base teórica para a ação favorável e para a ação desfavorável. Diz que, em face de qualquer conflito, um dos litigantes tem o poder de levar o outro para diante do juiz e, assim, que o réu tem a obrigação de participar do processo. O que obriga o réu a participar do processo é o direito de agir, que nada tem a ver com o direito material. O fundamento desse direito de agir é a própria personalidade do autor, porque dessa vem a *consciência* ou a convicção subjetiva ao direito, ou mais precisamente a aspiração ao direito, o direito ao direito, em relação ao qual a efetiva existência do direito material é meramente acidental.

Por outro lado, o jurista Mortara sustentava que “a ação se funda na mera afirmação de existência do direito e, portanto, que não é preciso dizer que a ação somente existe quando exercida conscientemente ou de boa-fé.”<sup>16</sup>

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>17</sup>, “foi Wach, ainda, na Alemanha, que elaborou a teoria do direito concreto à tutela jurídica”. De acordo com essa doutrina jurídica, o direito de ação direciona-se contra o Estado, pedindo-se a tutela jurídica, e também contra o autor da lesão para que se submeta a decisão estatal. Cintra, Grinover e Dinamarco salientam que<sup>18</sup> “o direito de ação só existiria quando a sentença fosse favorável”. Dessa forma, a natureza jurídica do direito de ação seria a de um direito público e concreto. O autor teria pretensão a tutela jurídica, a qual existira apenas no caso de uma sentença favorável. Haveria, também, para Wach, uma pretensão à sentença que pertenceria tanto ao autor como ao réu.

Segundo a concepção de Chiovenda, a ação visava a produzir juridicamente um efeito sobre o réu, por meio da sentença de procedência. A sentença aplicaria a Lei ao caso, fazendo-a atuar. A natureza jurídica do direito de ação seria, para Chiovenda, a de um direito potestativo.

Couture sustentava a tese de que o direito de ação seria um direito de petição, não existindo uma diferença essencial entre o direito de ação e o de petição. Para esse jurista uruguaio, o direito de ação seria apenas uma espécie do qual o direito de petição seria gênero.

14 MARINONI, op. cit., p. 165.

15 Ibidem, p. 165.

16 Ibidem, p. 166.

17 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 268 e 269.

18 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 269.

Mais influente no direito processual brasileiro, foi a teoria de Liebman das condições da ação. Para Liebman, a existência das condições da ação – inicialmente possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e a legitimidade para agir, restringidas posteriormente a apenas estas duas últimas – é que caracterizaria a ação. As condições da ação estariam relacionadas a viabilidade abstrata da pretensão de direito material. O Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 adotou a teoria das condições da ação de Liebman, conforme se observa da leitura dos seus arts. 3º e 267, VI.

### 3.2 O pensamento publicista e a superação do conceito de ação pelo de jurisdição. O ativismo judicial

Inicialmente, a título de contextualização do tema, apresentamos um breve panorama acerca da jurisdição e de suas características.

Costuma-se conceituar<sup>19</sup> jurisdição como *Jus Dicere* (Direito Dizer) ou *Juris Dicto* (Direito Dição), a aplicação da lei no caso concreto para as partes, obedecendo as garantias constitucionais. A jurisdição é poder, função, atividade e dever que consiste na aplicação da lei, isto é, atuação do direito objetivo ou material por um órgão imparcial desinteressado e que se encontra acima das partes, no intuito de solucionar uma controvérsia judicial.

A doutrina<sup>20</sup> atribui à jurisdição o caráter de substitutividade, pois o juiz substitui as partes e diz a vontade do Estado; e escopo<sup>21</sup> de atuação do direito objetivo, de aplicação da lei, na garantia do direito objetivo. A jurisdição possuiria, ainda, as seguintes características<sup>22</sup>: lide, definida como pretensão resistida qualificada pelo direito das partes; inércia, a qual diz-se da condição do judiciário antes da provocação, isto é, provocação das partes; definitividade, a qual obriga ambas as partes do processo a obedecer as decisões definitivas; e a coisa julgada material, que ocorre em toda controvérsia que já foi julgada pelo judiciário contra à qual não cabe mais recurso.

A Jurisdição<sup>23</sup> apresenta comumente como princípios específicos: investidura, que consiste na aprovação em concurso público de provas e títulos e quinto constitucional (exceção) só nos tribunais; aderência, segunda a qual todo juiz está atrelado a um território e outro juiz não pode responder pelo titular desde que devidamente designado; indelegabilidade, pois não pode o juiz transferir sua competência a outro

19 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 147 e 148.

20 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 148.

21 *Ibidem*, p. 149.

22 *Ibidem*, p. 150 e 151.

23 *Ibidem*, p. 153 a 156.

juiz, pois é a lei que delega poderes a esse juiz; inevitabilidade, pois o judiciário deve fornecer uma decisão (resposta) às partes, seja favorável ou não; inafastabilidade, pela qual deve haver amplo acesso ao poder judiciário; e juiz natural, consagrado constitucionalmente, o qual veda existência de juiz ou tribunal de exceção.

O ativismo judicial é um fenômeno que aparece no sentido de uma crescente atuação do Poder Judiciário, interpretado a norma de modo, inclusive, a criar direito novo, se necessário, bem como agindo de forma mais intensa no curso do próprio processo. Uma faceta do ativismo judicial consiste em conduzir ao Poder Judiciário matérias que, em princípio, deveriam ser discutidas e decididas no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo. BARROSO expõe claramente<sup>24</sup> que, *ipsis verbis*:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas.

Por sua vez, Dinamarco<sup>25</sup> defende que o processo deve ser um instrumento para realização do direito, atuando o magistrado de forma mais ativa para consecução da Justiça:

O juiz tem de fazer justiça; ele usará as técnicas do processo e também as normas de direito material para fazer justiça. Em outras palavras, na medida do possível, ele tem de procurar uma maneira de amenizar o rigor da lei material, deverá interpretá-la adequadamente. Isso não significa que o juiz pode virar legislador e mudar tudo; mas quer dizer que, sempre que possível, ele deve dar uma interpretação mais conducente a uma solução justa, segundo o pensamento comum da sociedade, e não dele próprio.

Por essa perspectiva, o conceito de ação situa-se em uma patamar de sujeição em relação ao de jurisdição, pois o magistrado possui a iniciativa de adotar as providências que considerar pertinentes e decidir de modo a realizar o justo.

24 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf).

25 DINAMARCO, Cândido Rangel. Cândido Rangel Dinamarco e a instrumentalidade do processo (uma entrevista). In: *Cadernos de Direito GV*, v. 7, n.4, julho de 2010. p. 19. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7850/Caderno%20Direito%20GV%20-%2036%20-%20site.pdf?sequence=5>. Acesso em: 23 mar. 2013.

Assim, o fenômeno da publicização do processo, segundo JUNOY<sup>26</sup>, apresenta algumas consequências interessantes:

Consecuencia más relevante se concreta en el hecho de que, sin discutir la vigencia del principio dispositivo (*dispositionsprinzip*), va a ponerse en tela de juicio el de aportación de parte (*verhandlungsmaxime*), al menos por lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes y al incremento de facultades del órgano jurisdiccional, quien frente al modelo clásico del juez pasivo o inerte, pasa a ocupar una posición activa en el proceso.

Isso significa dizer que o magistrado deve atuar ativamente, adotando as medidas que forem necessárias para o andamento do processo e para a efetiva aplicação do direito, inclusive interpretando-se a norma ou, até mesmo, criando direito novo aplicável ao caso concreto, quando da inércia do Poder Legislativo em legislar.

O risco da intensificação desse fenômeno é justamente a transferência de competências, sem a respectiva previsão constitucional, dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário. Não se pode olvidar que as políticas públicas, em um regime democrático, são elaboradas pelos representantes eleitos do povo – no âmbito federal: os deputados, senadores e o Presidente da República –, não se parecendo adequado que a publicização do processo e o ativismo judicial levem a uma situação na qual o Poder Judiciário, cujos membros são selecionados tecnicamente – por concurso público –, decida questões de cunho político, social ou de gestão da coisa pública.

Um exemplo que ocorre diuturnamente na Justiça Federal de todo o país é o das ações para fornecimento de medicamento pelo Poder Público. O Poder Executivo elaborou toda uma política pública com escopo de, com os recursos disponíveis, fornecer um sistema de saúde pública ou de financiamento público universal. Naturalmente, o sistema de saúde pública e de financiamento público do Brasil apresenta muitos problemas, mas busca-se por meio dos Órgãos competentes o melhor uso e gestão dos recursos públicos a fim de atender a maior população possível e da melhor maneira possível. Essa é uma matéria que diz respeito à própria atividade administrativa do Estado, a qual visa atender o interesse público, na forma da Lei e da Constituição. Todavia, observa-se que o Poder Judiciário tem frequentemente, nas ações desse tipo, proferido decisões<sup>27</sup> que interferem diretamente na

26 JUNOY, Joan Picó I. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia*: Un debate mal planteado. Artigo apresentado no “Congreso Internacional de Derecho Procesal” realizado em Lima de 29 a 31 de outubro de 2003, e publicado em “Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional”, Lima, 2003. p. 55-66.

27 Veja-se, por exemplo, a seguinte decisão:  
EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado de fornecê-los. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI-AgR 648971, EROS GRAU, STF)

gestão da coisa pública (inclusive com o bloqueio de verbas públicas<sup>28</sup>), passando, o Judiciário a atuar também como administrador público. Em outras palavras, o conceito de jurisdição sofreu uma ampliação para abarcar atividades essencialmente administrativas, expressando, assim, a preponderância do Poder Judiciário sobre a Administração Pública e, também, pode-se dizer, sobre o jurisdicionado.

O ativismo judicial é salutar quando se mantém dentro das fronteiras das previsões constitucionais e legais, integrando as lacunas da norma e a realizando o justo, pois, conforme salientado por Dinamarco<sup>29</sup>, *“um juiz radical, que faz as coisas segundo a justiça dele, não representa o que a nação espera dele”*.

Nesse contexto, calha transcrever as lições do Prof. Gozáini<sup>30</sup> a respeito dos novos postulados processuais:

1. La función jurisdiccional es el rol del Estado en el proceso judicial. Los jueces representan esa autoridad investida de un poder que, al mismo tiempo, supone un deber de eficacia y justicia hacia las personas. Por ello, en la tarea de decidir no se puede echar mano a cuestiones técnicas, o sutilezas, que posterguen el derecho a una tutela judicial efectiva.
2. En la entrada de estas consideraciones ha de estar presente que no se puede privar a persona alguna de su derecho de tener un proceso y un juez que lo escuche. Por tanto, el problema de la legitimación para actuar tampoco puede seguir leyéndose en la captura tradicional del concepto de “legitimación ad causam” y “legitimación ad processum”.
3. Es fundamental asegurar la relación efectiva entre el Proceso y la Constitución y, de este modo, lograr que se vaya hacia una unificación o armonización de los principios. Inclusive, no se podrá desatender la influencia del derecho procesal transnacional y la vigencia absoluta en todo tiempo y lugar, de los derechos humanos.

[...]

A evolução do pensamento processual no sentido de crescente publicização do ordenamento jurídico tem como consequência a

28 Veja-se o seguinte acórdão:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I - O acórdão recorrido decidiu a questão dos autos com base na legislação processual que visa assegurar o cumprimento das decisões judiciais. Inadmissibilidade do RE, porquanto a ofensa à Constituição, se existente, seria indireta. II - A disciplina do art. 100 da CF cuida do regime especial dos precatórios, tendo aplicação somente nas hipóteses de execução de sentença condenatória, o que não é o caso dos autos. Inaplicável o dispositivo constitucional, não se verifica a apontada violação à Constituição Federal. III - Possibilidade de bloqueio de valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes. Precedentes. IV - Agravo regimental improvido. (AI-AgR 533712, RICARDO LEWANDOWSKI, STF)

29 DINAMARCO, op. cit. p. 19.

30 GOZÁINI, Osvaldo A. *La Función Social del Juez*. San José: IJSA, 2012. p.93 e 93.

preponderância da jurisdição – atividade essencialmente pública encartada pelo Poder Judiciário – sobre a ação.

O ativismo do Judiciário tem, também, uma conotação política, isto porque na medida em que o Poder Judiciário amplia sua competência e sua atuação para além dos limites da ação e da interpretação estrita da Lei igualmente amplia a sua capacidade a sua capacidade de interferência social; o que significa a perspectiva de se obter mais prerrogativas e poder. Não se pode esquecer que o próprio CPC, no seu Capítulo IV, impõe limites a atuação do magistrado, embora também apresente dispositivos (por exemplo, art. 130, 131 e, a contrario sensu, 133) que abrem as portas para o ativismo do judiciário.

Não se pode esquecer o fato de que as políticas públicas são produzidas pelos representantes eleitos do povo -- pelo Poder Legislativo, precipuamente. O Poder Judiciário deveria ter uma atuação eminentemente técnico-jurídica, limitando-se o seu ativismo aos estritos limites da Lei e da Constituição, pois o magistrado não passou pelo crivo das urnas. Calha ressaltar nesse ponto a pensamento de Schwartz<sup>31</sup>:

A atuação judicial far-se-á em um momento posterior ao da constatação de que as ações positivas estatais não garantiram o direito à saúde. É, portanto, uma atuação secundária (mas não suplementar) em relação ao dever dos Poderes Públicos – especialmente o Executivo, pois inexistiria necessidade de uma decisão derivada do sistema judiciário caso tais Poderes cumprissem com seu papel.

[...]

O que ocorre é que a atuação do Estado vem em um momento primeiro. O Judiciário age depois da omissão ou da comissão da prestação positiva estatal. Mas isso não significa que o problema seja única e exclusivamente de alçada dos Poderes Públicos, pois a saúde exige solução de e por todos.

De fato, o conceito de jurisdição prepondera, no atual cenário jurídico, sobre o de ação, sendo que se observa que o Poder Judiciário tem atuado de forma crescentemente ativa, tanto no âmbito do processo como na interpretação da norma, sendo que o caso das ações de saúde revela de modo impactante essa mudança de paradigma.

## 4 A PROPORCIONALIDADE PARA A APLICAÇÃO RAZOÁVEL DO DIREITO À SAÚDE

### 4.1 Proporcionalidade e razoabilidade

Princípios são enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos na lei, aplicam-se

<sup>31</sup> SCHWARTZ, Germano André Doerdelein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 162.

obrigatoriamente a todos os casos concretos. Princípios, no sentido jurídico, são os requisitos primordiais instituídos como fundamento de alguma coisa.

Os princípios gerais do direito processual são concreções de pensamento insculpido na Constituição e, ainda mais precisamente, dos princípios e garantias fundamentais aplicáveis ao processo. Princípios são axiomas jurídicos e políticos básicos e, portanto, que são os padrões mínimos que deve se sujeitar o processo judicial para ser considerado um devido processo legal, em conformidade com as exigências da Constituição.

J.J. Gomes CANOTILHO<sup>32</sup> coloca o princípio da proporcionalidade entre os princípios jurídicos fundamentais e assim os define:

Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional.

O Prof. Gilmar Ferreira Mendes<sup>33</sup> ensina:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*.

Essa nova orientação foi que permitiu converter o princípio da reserva legal no princípio da reserva legal proporcional, que pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, assim também a *adequação* desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos.

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador.

Mas a forma sob a qual se deu a sedimentação do princípio da proporcionalidade e a sua migração para o direito constitucional restaram condicionadas ao sistema jurídico adotado a partir da formação dos estados modernos.

A Prof. Suzana de Toledo Barros sustenta que o princípio da proporcionalidade é formado por três elementos ou subprincípios, quais sejam: a adequação ou da idoneidade, a necessidade ou exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito, os quais em conjunto dão-lhe a densidade indispensável para alcançar a funcionalidade pretendida pelos operadores do direito. Segundo essa Professora<sup>34</sup>, o Princípio da

32 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Coimbra, 1993.

33 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

34 BARROS, Suzana de Toledo. *Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

Proporcionalidade é uma expressão utilizada pelos países de tradição romano-germânica (os alemães, também o denominam princípio da proibição de excesso ou vedação de excesso), enquanto o direito norte-americano prefere a denominação de “princípio da razoabilidade”:

O germe do *princípio da proporcionalidade* foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.

Pode-se afirmar que o *princípio da proporcionalidade* foi consagrado no *direito administrativo* como uma evolução do princípio da legalidade, mas inicialmente a idéia de proporção ligava-se somente às penas. A submissão dos atos administrativos a um controle jurisdicional requereu a criação de instrumentos processuais hábeis a impedir os órgãos do poder executivo de se desviarem da atuação reclamada pelos fins da lei ou, quando ainda adequada a ditos fins, essa atuação se mostrasse excessivamente gravosa aos direitos dos cidadãos.

Para Marinoni<sup>35</sup>, o magistrado deve aplicar a proporcionalidade nas suas decisões de acordo com os Direitos Fundamentais:

Se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto.

O princípio da proporcionalidade foi estabelecido no direito administrativo, na época do jusnaturalismo, como ideia de limitação do poder de polícia, para coibir medidas excessivamente gravosas aos direitos do cidadão. Na Europa Continental, esse princípio migrou para o direito constitucional por obra dos alemães. Nos Estados Unidos da América, esse princípio, sob o rótulo da razoabilidade, é insito na cláusula do *due process of law*.

O princípio da proporcionalidade tem por conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Adequação é a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à obtenção dos objetivos pretendidos. Necessidade é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa. Proporcionalidade *strictu sensu* é a ponderação da

35 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 104.

carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma distribuição equânime de ônus.

Os americanos falam em razoabilidade. O termo, que significa tudo quanto seja conforme a razão. Razoabilidade enseja uma ideia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, traduz aquilo que não é absurdo, tão-somente o que é admissível.

O princípio da proporcionalidade deriva da força normativa dos direitos fundamentais. É haurido principalmente da conjugação dos artigos 1º e 2º; 60, § 4º, IV. Complementa o princípio da reserva de lei, a ele incorporando-se, de modo a converter-se no princípio da reserva legal proporcional.

Assim, o administrador público, no uso de poderes vinculado, discricionário, hierárquico, disciplinar, regulamentar e de polícia, não pode deixar de obedecer, entre outros princípios, o da proporcionalidade, sob pena de incidir em ilegalidade ou inconstitucionalidade.

## 5 CONCLUSÕES

O tema objeto deste estudo não comporta as tradicionais conclusões fechadas. O presente trabalho apenas abre às portas para compreensão da relação proporcional e razoável entre o Poder Judiciário e o Direito à Saúde sob a ótica dos princípios constitucionais, especialmente em face do Sistema Federativo, que busque promover a efetivação proporcional dos direitos fundamentais no âmbito judicial.

Discutidos os aspectos propostos, resta-nos considerar algumas implicações práticas do que tem sido exposto. Concluímos que o princípio da proporcionalidade é instrumento fundamental para o desempenho de atividade judicial com sucesso, isto porque possibilita uma comunicação saudável e permite um processo de efetivação do direito à saúde muito mais eficiente e abrangente.

Como o Direito à Saúde não pode e não deve ser algo estático e unidirecional, devemos nos lembrar de que os Fóruns do Poder Judiciário não são apenas um lugares para produzir conteúdos teóricos; é, também, local de efetivação de valores e princípios constitucionais, de aplicação de mentalidade científica, lógica e participativa que poderá possibilitar no tocante ao Direito à Saúde o benefício do bem-estar coletivo e pessoal.

Para sair da teoria e entrar na prática do seu diálogo, o magistrado não pode colocar-se na posição ingênua de quem se considera o detentor de todo o saber; deve, antes, colocar-se na posição humilde de quem sabe que não sabe tudo, reconhecendo que o princípio da proporcionalidade como instrumento para a execução razoável do Direito à Saúde. A construção de um *decisum* é um ato pessoal, mas que ocorre por intermédio da interação do magistrado com a realidade jurídica, material e social.

O processo deve garantir a todos o Direito à Saúde igualitário que atinja todas as expectativas, isto é, apropriação dos conteúdos sociais e jurídicos básicos que tenham retorno no meio social. Para isso, o processo deve observar princípio da proporcionalidade e adequar as normas processuais ao meio social e organizando de forma a retratar, o quanto possível, o que a sociedade espera do Processo Civil

Por fim, há um distanciamento entre as tendências constantes da literatura jurídica e a realização prática da atividade de judicante. O princípio da proporcionalidade pode ser um mecanismo para aperfeiçoamento da relação entre o Poder Judiciário e o Direito à Saúde no Estado Federal Brasileiro, conformando e limitando o ativismo judicial.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil – Arts. 1º ao 6º do CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990, c.1, n 4.7.6.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

AZEVEDO, Damião Alves de. *Ao Encontro dos Princípios: Crítica à Proporcionalidade como Solução aos Casos de Conflito Aparente de Normas Jurídicas*. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=275>. Acesso em: 21 maio 2013.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia Jurídica dos princípios constitucionais*. Renovar. Rio de Janeiro, 2002.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A Fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. In: STRECK, Lenio Luiz; CHUEIRI, Vera Karam de. *20 Anos de Constitucionalismo Democrático e Agora?* Porto Alegre, Belo Horizonte: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. *Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf). Acesso em: 20 abr. 2013.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Cidadania tutelada. Salvador: IBDP, 2006. *Revista eletrônica de direito do estado*, n° 05, jan./fev./mar. p. 9. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 08 maio 2013.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, Participação e Processo. In: DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P.; WATANABE, K (orgs.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A constitucionalização dos direitos sociais*. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-CALMON-DE-PASSOS.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-CALMON-DE-PASSOS.pdf). Acesso em: 09 maio 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Coimbra, 1993.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. Cândido Rangel Dinamarco e a instrumentalidade do processo (uma entrevista). In: *Cadernos de Direito GV*, v. 7. n.4, jul. 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7850/Caderno%20Direito%20GV%20-%2036%20-%20site.pdf?sequence=5>. Acesso em: 23 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Tomo I. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FONSECA, João Francisco Naves Da; BONDIOLI, Luís Guilherme Aidar; GOUVÊA, José Roberto F.; NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual Em Vigor*. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 25. ed. São Paulo: Graal, 2012.

GOZAÍNI, Osvaldo A. *La Función Social del Juez*. San José: IJSA, 2012.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. V Tomos. Buenos Aires: La Ley, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade: doze lições*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

JUNOY, JOAN PICÓ I. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado*. Artigo apresentado no “Congresso Internacional de Derecho Procesal” realizado em Lima de 29 a 31 de outubro de 2003, e publicado em “Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional”, Lima, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo - Primeiros Estudos*. 11. ed. São Paulo: Forense, 2012.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *O processo e a democracia – a ação jurídica como exercício da democracia*. Disponível em: [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2005/Docentes/PDF/Processo%20e%20democracia.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2005/Docentes/PDF/Processo%20e%20democracia.pdf). Acesso em: 13 mar. 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- SCOTTI, Guilherme. *Teorias jurídicas positivistas*. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=268>. Acesso em: 21 maio 2013.
- \_\_\_\_\_. *Razão prática, Moral e Direito – uma leitura contemporânea*. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=269>. Acesso em: 21 maio 2013.
- \_\_\_\_\_. *Teoria de Dworkin na perspectiva da Teoria Discursiva do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=274>. Acesso em: 23 maio 2013.
- SCHWARTZ, Germano André Doerdelein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros: 2008.

---

## O PROCESSO COMO INSTRUMENTO PARA A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

---

*Rodrigo Matos Roriz*  
*Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Ação, Jurisdição e Processo; 2 A Constituição e os Poderes da República nos paradigmas jurídicos do Estado; 3 Teorias procedimentalista e substancialista da Constituição; 4 A força normativa dos Princípios: o pós-positivismo; 5 A promoção de políticas públicas por meio do controle de constitucionalidade de leis; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O processo judicial, originariamente concebido como instituto jurídico vocacionado à tutela dos direitos pleiteados pelos jurisdicionados e como garantia da possibilidade do exercício de uma efetiva defesa em juízo, revela-se, na atualidade, como instrumento de definição e consecução de políticas públicas. Este estudo aborda a concepção publicista do processo à luz dos institutos fundamentais do que se denomina Teoria Geral do Processo, evidenciando-se a tensão entre a ação (direito) e a jurisdição (poder), bem como a forma que o processo é utilizado por essa faceta do Estado nos dias atuais. Contextualizando o fenômeno, avalia-se como o paradigma jurídico do Estado social contribuiu para abalar a estrutura preconizada na clássica teoria da repartição das funções do poder, resultando – no paradigma seguinte: o Estado Democrático de Direito – numa preponderância do Judiciário e de sua função judicante, redefinida e potencializada no marco filosófico conhecido como pós-positivismo. Na empreitada, analisa-se a influência exercida pela Constituição na relação entre o direito e o poder, bem como a legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional, tudo com o intuito de estimular uma reflexão sobre a capacidade institucional do Judiciário de absorver as demandas que devem (deveriam) ser atendidas pelas instâncias legislativa e administrativa, em especial aquelas que diante da magnitude dos recursos financeiros envolvidos, são potencialmente desestruturadoras do microsistema político, econômico e social.

**ABSTRACT:** The lawsuit, originally conceived as devoted to the protection of the rights pleaded by jurisdictional and to guarantee the possibility of carrying out an effective defense in court legal institution, it turns out, today, as a means of defining and achieving public policy. This study examines the publicist process design in the light of the fundamental institutions of the so-called General Theory of Process, highlighting the tension between action (right) and jurisdiction (power), as well as how the process is used for this facet of the state today. Contextualizing the phenomenon, assesses how the legal paradigm of the welfare state helped to undermine the structure advocated in the classical theory of the division of functions of power, resulting in a preponderance of the judiciary and its adjudicative function, enhanced reset the philosophical framework known as post - positivism. In the enterprise, analyzes the influence of the Constitution on the relationship between the right and the power and the democratic legitimacy of the Constitutional Jurisdiction, all with the aim of stimulating reflection on the institutional capacity of the judiciary to absorb the demands that must (should) be met by legislative and administrative bodies, especially those given the magnitude of the financial resources involved are potentially desestruturadoras the political, economic and social microsystem.

Esquecemo-nos de que o Direito é um medicamento com que procuramos restabelecer a saúde da convivência social. Ele não evidencia nenhuma excelência, antes, em ordem diretamente proporcional a sua importância e institucionalização, atesta o fracasso social. É a impotência dos homens, mediante suas instituições não-estatais, para prevenir e solucionar os conflitos oriundos de sua convivência, que impõe a utilização dos mecanismos jurídicos de que a tutela jurisdicional é a última e mais representativa expressão. A presença do jurista – doutrinador, postulador ou julgador – denuncia a vitória da doença no corpo social, como a do médico comunica a vitória da doença no corpo biológico. Feliz o corpo que precisa pouco de médicos. Feliz a sociedade que precisa pouco de juristas. O que ocorreu em nossos dias, entretanto, foi o oposto. A nossa perda de perspectiva nos levou à apologia da doença e do doutor, ao invés de cuidarmos da sua profilaxia e prevenção.

J. J. Calmon de Passos

## INTRODUÇÃO

Nos últimos anos a jurisprudência do STF conferiu novos contornos ao controle de constitucionalidade das leis em sede difusa, nos processos levados à excelsa Corte via recurso extraordinário.

Promoveu-se uma verdadeira revolução em relação à forma de controle da atividade legislativa primária (objetivação do RE). Mas o próprio Parlamento contribuiu para tal situação, através de alterações promovidas no Código de Processo Civil, no que tange à criação da sistemática de julgamento de recurso representativo de controvérsia.

O presente estudo tem por objeto a análise de institutos processuais relacionados à Teoria Geral do Processo tais como a jurisdição e a ação, a Jurisdição Constitucional e o sistema recursal com o fito de avaliar a adequabilidade dos institutos processuais e a postura do Judiciário frente aos demais Poderes da República, bem como o papel desempenhado pelo processo nesse arcabouço jurídico-político.

Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, que resultou na utilização de referencial teórico da filosofia do direito e do direito processual, em especial as ramificações civil e constitucional.

A explanação se inicia com a análise da relação entre a jurisdição – faceta do poder estatal – e o direito de ação consignado na Constituição Federal de 1988 e em outros tantos diplomas legais. Como não poderia ser de outro modo, o processo, enquanto instrumento do poder jurisdicional, é o centro das atenções no primeiro capítulo, em que é analisado sob as perspectivas privatista e publicista, bem como de princípio-garantia insculpido na cláusula do *due process of law*. Ao final, é conferida uma ênfase ao atual ambiente judicial, em que o processo é utilizado como

ferramenta para a realização dos desígnios do Estado, e não apenas para o atendimento dos interesses privados veiculados na ação.

É rapidamente abordada a evolução da formulação da separação dos poderes, desde sua concepção clássica até o modelo atual, em que se verifica uma preponderância do Judiciário resultante da incapacidade das instâncias legislativa e administrativa responderem às demandas da sociedade relacionadas ao paradigma jurídico do Estado social relegadas ao Estado Democrático de Direito.

O deslocamento da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, movimento crucial na superação da concepção privatista do Direito e do processo, associado à inapetência das outras instâncias em cumprirem sua missão republicana contribui decisivamente para a formulação de um novo desenho institucional em que o Judiciário, na qualidade de intérprete da Lei maior da nação, acaba por se sobrepor ao Legislativo, na medida em que lhe é adjudicada a prerrogativa de dizer a última palavra sobre praticamente todos os assuntos que interessam à sociedade – a tal judicialização da vida e da política.

A aferição da conformidade da produção legislativa ordinária com a Constituição envolve a discussão acerca da força normativa dos princípios constitucionais e o papel das regras positivadas no ordenamento jurídico, restando caracterizada uma tensão normativa que se instaura no âmbito do processo judicial e, não raras vezes, lança dúvidas sob a legitimidade democrática da função exercida pelo magistrado: de intérprete e criador do Direito.

## 1 AÇÃO, JURISDIÇÃO E PROCESSO

O reconhecimento da existência de uma relação jurídica de direito processual dissociada da relação de direito material em que se verifica um conflito cuja solução reclama a tutela judicial propiciou o desenvolvimento de uma disciplina autônoma voltada ao estudo do processo. Há tempos se fala em uma teoria geral do processo e de seus institutos básicos, jurisdição ação e processo<sup>1</sup>, bem como da existência de princípios gerais do processo<sup>2</sup>.

1 Doutrinadores de peso como Cândido Rangel Dinamarco falam de um quarto instituto fundamental da Teoria Geral do Processo, qual seja, a defesa (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 71).

2 Em *terrae brasilis*, José Frederico Marques, ainda na década de 50 do século passado, já esclarecia sobre o consenso dos processualistas acerca da existência de uma teoria geral do processo: "Na atualidade, raros, senão raríssimos, são aqueles processualistas que negam a existência de uma teoria geral do processo a que se subordinam tanto o direito processual civil como o direito processual penal. Nem poderia ser de outra forma, porque o processo, como instituto jurídico, é um só, quer quando tenha por conteúdo uma lide penal, quer quando focalize uma lide de direito privado, ou de direito administrativo, ou de direito fiscal (MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001. p. 5).

Na abordagem de uma teoria geral do processo é preciso ter em conta que tal formulação foi inspirada na escola alemã da jurisprudência dos conceitos, e visa estabelecer categorias abstratas, a partir da qual o ordenamento jurídico processual deve ser orientado, tanto no que tange à sua elaboração quanto à sua aplicação<sup>3</sup>. “Aqui é evidente a influência do platonismo, que busca uma ciência das formas ideias, que permanecem na base da experiência, mesmo que os conteúdos sejam definidos por decisões políticas circunstanciais”<sup>4</sup>.

A questão é que ação, jurisdição e processo foram concebidos em contextos históricos distintos e, sob determinada óptica, visam a consecução de objetivos próprios. E a “tentativa da doutrina tradicional de colocá-los todos no mesmo plano, como uma espécie de glossário atemporal do processo, gera uma grave deformação do sentido individual de cada conceito e empobrece nossas possibilidades de compreensão”<sup>5</sup>.

Com efeito, em razão da vedação do exercício direto das próprias razões e da autotutela, salvo raríssimas exceções, tem-se na ação um direito conferido ao jurisdicionado, de provocar e fazer atuar a jurisdição, faceta do Estado à qual incumbe, grosso modo, o dever de solucionar os conflitos em que se verifica uma resistência de uma parte à pretensão da outra. “Ação, portanto, é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício)”<sup>6</sup>.

Essa relação entre o direito (ação) e o poder (jurisdição) sempre foi marcada pela sobreposição de um em face do outro. A maior liberdade no uso do direito de ação inevitavelmente acarreta uma mitigação da atuação jurisdicional, principalmente no que tange à seletividade processual. Da mesma forma, o aumento do poder do magistrado, personificação da jurisdição, promove uma restrição à ação. Assim podemos analisar a ação e a jurisdição como institutos que não raras vezes se contrapõem na dinâmica processual.

Para uma melhor compreensão, revisitemos os institutos fundamentais dessa teoria geral do processo. A ação, como é sabido, nem sempre foi reconhecida como um direito autônomo. Por muitos anos, em época que remonta ao direito romano da antiguidade, e mesmo em meados do século XIX, a ação era entendida como mero aspecto do direito material subjetivo, que se convencionou denominar concepção *civilista*.

Walter Vieira do Nascimento<sup>7</sup> distingue três períodos do Direito Romano, no que se refere à ação e ao processo. O primeiro período (754 a 149

3 “Teoria geral do processo é, nessa perspectiva, um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual. Ela transcende a dogmática processual, não lhe sendo própria a indagação ou formulação de regras, ou normas de direito positivo. Por isso mesmo, tende à universalização, superandas as limitações espaço-temporais do direito positivo” (DINAMARCO, op. cit., p. 68).

4 COSTA, Araújo Henrique; COSTA, Araújo Alexandre. *Conceito de Ação: da teoria clássica à moderna. Continuidade ou ruptura?* Brasília: CEAD/UnB, 2012. p. 3.

5 *Ibidem*, p. 5.

6 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 271.

7 NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 125-127.

a.C.) ficou conhecido como sistema das *actiones legis*, quando se enumeravam as espécies de ações que poderiam ser manejadas pelo cidadão. O segundo período (149 a.C. a 294) é denominado *formulário* ou *sistema das fórmulas*. A semelhança entre o sistema das *actiones legis* e o sistema formulário é a divisão do processo em duas fases: a) *in iure*, que transcorria perante o magistrado do Estado, que ouvia as partes e poderia conceder a ação; b) *in iudicio*, que ocorria perante o *iudex*, que era um particular, responsável por dirigir a fase de produção de provas e elaborar a sentença. Vê-se que a decisão era proferida por um cidadão privado, e não por um agente do Estado. Finalmente, o terceiro período (294 a 534) ficou conhecido como sistema da *cognitio extra ordinem*. Nesse momento, desaparece a divisão do processo em duas fases e, em consequência, extingue-se a figura do *iudex* ou *arbiter*, competindo então ao magistrado dirigir o processo e proferir a sentença. É nesse momento que o Estado, ao assumir para si o dever de decidir os conflitos estabelecidos entre particulares, investe-se no poder de substituir a vontade das partes para resolver impositivamente a lide levada a seu conhecimento. Aqui a ação ganha contornos nitidamente públicos, na medida em que é dirigida ao Estado, para que este, por intermédio de seus agentes (magistrados), profira uma decisão sobre determinada questão controvertida, entregando a prestação judicial a quem lhe faz jus.

No transcorrer dos anos, da antiguidade à modernidade, ocorreram alterações nos significados dos institutos ação e processo, mas ao longo dos séculos prevaleceu o entendimento sobre a ação como algo relacionado ao direito material litigioso, segundo a máxima de que *a cada direito corresponde uma ação que o assegura*. “Nada mais era a ação para os clássicos do que o próprio direito substantivo reagindo contra sua violação.”<sup>8</sup>

A teoria clássica ou civilista orientou a legislação pátria no início do século XX e se fez presente no Código Civil de 1916, em especial no seu artigo 75. “Nessa perspectiva, que chamaremos de civilista, não há que se falar em direito de ação, mas apenas em procedimentos judiciais relativos a resguardar um direito subjetivo”<sup>9</sup>.

De fato, é quando o processo deixa de ser entendido como aspecto do direito material, e mais tarde como mero procedimento, para ser idealizado como relação jurídica formada pelas partes e pelo juiz, conforme difundido por BÜLOW em sua *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias* (1868), é que se passa a conceber a ação como um direito destacado, manejado pelo autor para movimentar o Estado, que dessa forma se vê na condição de ser exigido a emitir uma decisão sobre o caso que lhe é apresentado.

8 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v.1. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 50.

9 COSTA; COSTA, op. cit., p. 6.

Quando do conhecido debate travado entre Muther e Windscheid, em 1856, o mundo jurídico já havia reconhecido um novo significado para a ação, que apartada do direito material era concebida como um direito a ser oponível ao Estado, embora buscasse a condenação da outra parte, vinculada ao direito material em disputa, ou mesmo uma declaração ou constituição de uma relação jurídica.

Eis o marco teórico, a partir do qual a ação é reconhecida como direito. “Não era mais o direito subjetivo vestido para a guerra e nem mesmo um direito autônomo voltado à garantia dos direitos subjetivos violados, mas um direito de pedir ao Estado a instauração de um processo.”<sup>10</sup>

A partir dessa percepção da ação como direito autônomo, floresceram duas correntes doutrinárias: a) a que defendia ser a ação um direito autônomo e concreto; b) a que sustentava ser a ação um direito autônomo e abstrato.

Para os concretistas, a ação seria um direito público subjetivo e autônomo, porém condicionado à existência do direito material afirmado pelo autor. “Ação seria, então, o direito à sentença favorável, isto é, o direito público voltado contra o Estado, de obter uma proteção pública para o direito subjetivo material.”<sup>11</sup> Foram defensores dessa posição concretista Wach, o próprio Bülow, Hellwig e Chiovenda. O grande defeito da teoria concretista era não conseguir explicar a existência, no mundo jurídico, de uma sentença de improcedência. Afinal, mesmo que o autor tenha seu pedido negado, não teria ele sido exercido seu direito de ação?

Paralelo à doutrina concretista, Degenkolb e Plósz desenvolveram uma teoria abstrata, segundo a qual o direito de ação independe da existência do direito material alegado pelo autor. Afinal, mesmo quando é proferida uma sentença de improcedência, houve manifestação estatal apta a por fim ao litígio; é dizer, existiu a prestação jurisdicional. “É, assim, suficiente, para o manejo do direito público de ação, que o autor invoque um interesse abstratamente protegido pela ordem jurídica.”<sup>12</sup>

O problema de se considerar a ação como direito autônomo e abstrato é conceber que toda e qualquer demanda seria apta a exigir uma apreciação judicial sobre o seu mérito, independente da existência de indícios mínimos de sua viabilidade. Assim, seria possível, em tese, exigir o pagamento de valor referente à venda de um terreno na Lua; ou o sujeito pedir a decretação do divórcio da vizinha que sofre agressões verbais proferidas pelo marido, sem que ela tenha manifestado interesse na dissolução da sociedade conjugal; entre outros. Ainda que tais pedidos viessem a ser negados ao final do processo, haveria a necessidade de se conduzir o feito ordinariamente até a prolação da sentença de mérito.

10 COSTA; COSTA, op. cit., p. 2.

11 THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 50.

12 *Ibidem*, p. 50.

Em resposta a essa concepção absoluta sobre a abstração da ação, surge a teoria eclética, difundida no Brasil por Enrico Tullio Liebman, a partir da década de 40 do século passado. Era preciso estabelecer uma forma de seleção das causas, visando distinguir aquelas que seriam merecedoras de ter seu objeto apreciado pelo Judiciário. É aqui que são arquitetados os mecanismos de seletividade judicial que receberam a denominação *condições da ação* – legitimidade das partes, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido.

Assim, o direito de propor a demanda seria ilimitado; é este direito que está previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição. Mas o direito a obter uma sentença de mérito – seja ela de procedência ou de improcedência do pedido – é condicionado ao preenchimento das *condições da ação*, é dizer, o autor deve demonstrar, à luz do direito material relacionado, que possui aptidão para demandar seu oponente em juízo, que a tutela judicial é necessária e útil, e que o pedido objeto da ação não é vedado pelo ordenamento jurídico.

Essa seletividade que num primeiro momento foi realizada pelo legislador, e, em termos gerais, refere ao momento em que é proposta a ação, ganha novos contornos nos dias atuais. Avultam outras condicionantes ao direito de ação, agora criadas pela jurisprudência, relacionadas ao sistema recursal, a mais congestionada via de acesso aos Tribunais, excepcionando-se, em certa medida, as ações de competência originária.

Nesse cenário, o direito de ação, entendido como o direito a uma sentença de mérito e, portanto, condicionado ao preenchimento de certos requisitos (legitimidade das partes, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido) deixa de ser o único instituto a determinar a seletividade das causas que serão apreciadas pelo Poder Judiciário. É inegável que a jurisdição também cria mecanismos de seletividade pela jurisprudência. Essa seleção de causas ocorre, em regra, no juízo de admissibilidade de recursos, em especial naqueles dirigidos aos tribunais superiores.

Destarte, pode-se afirmar que a ação é um direito exercido por intermédio do processo. Mas a forma pela qual o processo se desenvolve, em especial o acesso às instâncias decisórias recursais, é ditada pela jurisdição.

Assim, a ação, que já foi vista como mera faceta do direito material em litígio alcançou ao longo dos séculos o *status* de direito subjetivo público autônomo, abstrato e instrumental. É direito subjetivo, pois pode ser reclamado por seu titular; é autônomo, pois não se confunde com o direito material; é abstrato, porque não depende a existência do direito material alegado; é instrumental, pois visa a resolução de uma pretensão de direito material<sup>13</sup>.

Na concepção privatista, a ação é o tema central da teoria geral do processo, na mais perfeita sintonia com pensamento liberal, na medida em que se caracteriza como um direito que tem por escopo promover a observância de outro direito supostamente violado, esse último sendo um

13 MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 11.

direito material de uma parte, infringido pela outra. A preocupação se limita à relação estabelecida entre as partes; eis o caráter privado do processo.

Ocorre que o Estado contemporâneo assumiu outras responsabilidades que não apenas criar as condições de segurança necessárias ao indivíduo, para que esse busque, com suas próprias forças e recursos, realizar os objetivos que julgue mais adequados à sua realização enquanto ser humano. “O Estado (social), ao menos idealmente, torna-se instrumento da sociedade para combater a injustiça social, conter o poder abusivo do capital e prestar serviços públicos para a população.”<sup>14</sup>

Ao Estado é atribuída a função de realizar ações afirmativas consubstanciadas na consecução de políticas públicas em prol dos mais necessitados, de forma a reduzir as desigualdades sociais, pois o “Estado social contemporâneo, que repudia a filosofia política dos fins limitados do Estado, pretende chegar ao valor homem através do culto à justiça e sabe que, para isso, é indispensável dar ao conceito de justiça um conteúdo substancial e efetivo.”<sup>15</sup>

O paradigma social e intervencionista acarreta uma invasão do espaço particular pelo público. Há um incremento das funções do Estado, que repercute em vários campos de atuação, inclusive no que refere ao sistema de *prestação judicial*.

O Poder Judiciário passa a ser protagonista nesse novo cenário. O processo judicial deixa de ser mero instrumento para a composição de litígio entre particulares, passando a servir de meio para a obtenção de prestações materiais, inclusive aquelas fornecidas pelo próprio Estado.

Nessa perspectiva, há que se ter em conta que o Estado se faz presente na relação jurídica processual, na pessoa do magistrado, que “não participa do jogo de interesses contrapostos, mas comanda toda a atividade processual, distinguindo-se das partes por ser necessariamente desinteressado (no sentido jurídico) e, portanto, imparcial.”<sup>16</sup>

Esse agente estatal ganha cada vez mais proeminência nesse novo cenário que se convencionou chamar *ativismo judicial*, no qual a presença do juiz contribuirá de forma relevante para a definição da forma, do conteúdo e da extensão do exercício do direito de ação das outras partes (autor e réu) que compõem a relação processual. É inegável a existência de tal relação, que anima e impulsiona o processo, da mesma forma que é inegável, nos dias atuais, a sobreposição da figura do magistrado nesse arranjo.

Entre os doutrinadores pátrios que se dedicaram ao estudo do processo sob o prisma do Poder, destaca-se Cândido Rangel Dinamarco, para quem o processo, antes de se prestar à realização de vontades particulares e individuais, serve ao Estado para a realização de seus objetivos, tais como pacificação social, educação para o exercício e

14 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 88.

15 DINAMARCO, op. cit., p. 34

16 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, p. cit., p. 311.

respeito a direitos, manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial, garantia à liberdade, oferta de meios de participação democrática e, também, a atuação da vontade concreta da lei, esse como objetivo jurídico-instrumental. Assim, “sempre é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da própria existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram.”<sup>17</sup>

É preciso ter em conta que a valorização do processo, na concepção de Dinamarco, é na verdade o reconhecimento da importância da jurisdição, pois aquele é instrumento desta. Seria então a jurisdição o centro de gravidade, em torno do qual orbitam os demais institutos da teoria processual, a ação e o processo. Tem-se, dessa forma, um deslocamento do alicerce que sustenta toda a construção teórica: da ação (como direito) à jurisdição (enquanto poder).

Por tudo que foi dito, é razoável concluir que o processo, antes de ser meio para o atendimento de interesses privados das partes envolvidas na relação processual, é instrumento do poder (jurisdição), vocacionado a realizar os desígnios do Estado.

## 2 A CONSTITUIÇÃO E OS PODERES DA REPÚBLICA NOS PARADIGMAS JURÍDICOS DO ESTADO

A doutrina identifica três paradigmas jurídicos em que se desenrolou a relação cidadão x Estado no mundo ocidental após a suplantação do Antigo Regime. E em cada um desses paradigmas revela uma espécie de compreensão do papel da Constituição nos sistemas jurídico e político do Estado, o que, por sua vez, interfere na dinâmica da relação entre as funções do poder estatal.

Com efeito, as democracias da atualidade não ostentam o equilíbrio da relação entre as funções do poder preconizado pela concepção clássica. O que se vê hoje é uma preponderância da função judiciária, que se dá por meio de uma *judicialização da política e das relações sociais*, que na lição de BARROSO<sup>18</sup>, “significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”.

Não obstante as funções legislativa, executiva e judiciária não serem exclusivas de cada estrutura orgânica do Poder, de acordo com a classificação em funções típicas e atípicas, certo é que a clássica formulação da teoria da separação dos Poderes concebia que essas últimas seriam exercidas em caráter de exceção, sendo reservado a cada estrutura orgânica a proeminência do exercício da respectiva função típica, em especial no que tange às questões estruturais do Estado.

Contudo, a quadra atual da história é marcada por uma intensa atividade legislativa exercida pelos outros poderes da república. Se a

17 DINAMARCO, op. cit., p. 91.

18 BARROSO, op. cit., p. 241.

função legislativa é responsável pela edição de normas gerais e abstratas que se aplicam indistintamente a todos os cidadãos do Estado, pode-se afirmar sem medo de errar que o Judiciário, em especial o STF, realiza atividade muito semelhante a essa, quando exerce o controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público, quando edita súmulas de caráter vinculante (ACUNHA: 2012, p. 23) e quando atribui eficácia “erga omnes” às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade.

No paradigma liberal, produto das revoluções do final do século XVIII, verificava-se uma profunda separação entre o Estado e a sociedade civil garantida pela ordem jurídica por meio do comando geral e abstrato da Lei, num contexto em que o constitucionalismo clássico, reduzindo a Constituição simplesmente a um instrumento jurídico, dava competência aos três órgãos fundamentais da ordem estatal – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário – ao mesmo passo que declarava os direitos e as garantias individuais.<sup>19</sup> Era a Constituição uma obra entregue pelo Legislativo que, na prática, não exercia um papel de destaque no ordenamento jurídico em face das Leis.

Contudo, a apatia estatal diante dos sérios problemas sociais associada ao processo de acumulação de riqueza próprio do sistema capitalista, com suas conseqüentes crises de produção, levaram significativa parcela da população a uma situação de miserabilidade e, com isso, ao esgotamento do modelo liberal. O Estado liberal “converteu-se no reino da ficção, com cidadãos teoricamente livres e materialmente escravizados.”<sup>20</sup>

Os conceitos de liberdade e igualdade meramente formal tinham aplicação restrita a uma pequena parcela da população, detentora dos meios de produção, cujos interesses eram atendidos por um direito de propriedade concebido em sua função puramente privada. Daí porque MALUF ter afirmado que “eram anti-humanos os conceitos liberais de igualdade e liberdade. Era como se o Estado reunisse num vasto anfiteatro lobos e cordeiros, declarando-os livres e iguais perante a lei, e propondo-se a dirigir a luta como árbitro, completamente neutro.”<sup>21</sup>

No início do século XX, o estado de miséria gerado pela primeira grande guerra e a crise econômica que se alastrava pelo planeta tomaram proporções gigantescas. Era preciso mudar a forma da sociedade e, por conseguinte dos cidadãos se relacionarem com o Estado.

É nesse cenário de crise que ocorre uma reaproximação da sociedade civil com o Estado, que assume para si a função de regulamentar

19 A Constituição se continha toda no texto, como se fora o livro sagrado da liberdade, a bíblia de uma nova fé democrática, o alcorão dos princípios liberais, tendo por finalidade precípua limitar ou enfrear o exercício do poder (BONAVIDES: 2013, p. 98).

20 MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 130.

21 MALUF, op. cit., p. 131.

a economia e de implementar direitos sociais – de segunda geração que se traduzem na exigência de um agir do Estado por meio de entrega de prestações positivas – visando estabelecer uma igualdade substancial entre os cidadãos, em oposição ao modelo burguês, meramente formal, de modo a garantir o bem estar dos membros da sociedade. Trata-se do Estado do bem-estar social, o *welfare state*.

ACUNHA<sup>22</sup> registra que nesse modelo social o Estado tornou-se provedor de significativa parcela das demandas sociais, trazendo para si tarefas tão diversas quanto a criação de *um sistema de seguridade social, a regulamentação do mercado e das relações de trabalho entre as classes, o controle do fluxo de capitais, a formação da poupança nacional, a criação de uma rede redistributiva de renda e assunção de atividades diretas na produção de bens e serviços para a sociedade*.

É nas Constituições sociais, inspiradas na Carta alemã de Weimar (1919) que se alojaram os direitos sociais e os dispositivos que tencionam regular a ordem econômica e social. Ao passo em que sucumbe o modelo liberal, promove-se uma reaproximação do Estado com a sociedade, com a consagração de direitos na ordem jurídica e o fornecimento direito de prestações positivas.

É o período em que o Executivo exerce papel de proeminência em face das demais funções do poder estatal, na medida em que compete à Administração prover a maioria das prestações fornecidas pelo Estado.

Todavia, é sabido que o Direito não cria, por sua mera posituação em textos normativos, as condições econômicas suficientes ao atendimento das demandas sociais. Na mesma senda, a história revela que o Estado não possui a capacidade de substituir a iniciativa privada no desempenho da atividade econômica sem que ocorra significativo declínio da geração de riqueza e renda.

É nesse contexto que se verifica a crise de juridicidade das Constituições sociais, na medida em que suas normas ganham a feição de *programaticidade* e passam a funcionar como meros objetivos a serem perseguidos e alcançados, se e quando possível.

É na década de 70 do século passado, conforme lembra Luís Roberto Barroso, que se verifica um processo de redemocratização e reconstitucionalização em países do continente europeu, como ocorreu em Portugal (1976) e na Espanha (1978), por meio do qual os textos constitucionais passam a ser compreendidos sob um outro ângulo, decorrendo um reconhecimento de sua força normativa, “rompendo com a tradição de se tomar a Constituição como documento antes político que jurídico, subordinando às circunstâncias do Parlamento e da Administração.”<sup>23</sup>

É no paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito que o processo alcança maior status, na medida em que se consubstancia no

22 ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A Administração Pública brasileira no contexto do Estado Democrático de Direito*. Brasília: CEAD/UnB, 2012. p.14.

23 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 268.

meio pelo qual são concretizados, em larga medida, os valores previstos na Constituição da República, o que revela um grande desafio do Estado Democrático de Direito: garantir a eficácia normativa da Constituição, superando-se a mera programaticidade em favor da concretização dos direitos tidos por fundamentais, sem que tal implique a substituição das instituições político-democráticas representativas.

### 3 TEORIAS PROCEDIMENTALISTA E SUBSTANCIALISTA DA CONSTITUIÇÃO

A discussão acerca do ativismo judicial não dispensa uma análise das teorias procedimentalista e substancialista da Constituição, do que decorre a preponderância do seu aspecto formal ou material, a depender da tese que venha a prevalecer no sistema constitucional do Estado.

Uma maior preocupação em se conferir efetividade às disposições constitucionais relacionadas à concretização dos direitos ditos fundamentais acarreta, inevitavelmente, uma maior participação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, notadamente quando se constata a ineficiência das instâncias legislativa e administrativa na realização de tal mister. O paradigma do Estado Democrático de Direito alocou o Judiciário no centro do sistema constitucional, posição essa que no modelo liberal era ocupada pelo Legislativo e no social pelo Executivo, promovendo, com isso, a transmutação do papel do processo enquanto instrumento da jurisdição, que de ferramenta posta à disposição do particular para defesa de seus direitos veio a se transformar em instrumento para a consecução do que se costuma definir como sendo objetivos do Estado.

É na consolidação da transição entre esses paradigmas jurídicos – liberal num extremo, e democrático de direito no outro, passando pelo social – que se verifica a tensão entre o parlamento e a jurisdição, entre o representante eleito pelo povo e o magistrado, o que desemboca na divergência entre aqueles que defendem teses procedimentais-formalista e os que advogam as teorias materiais-substancialista do ordenamento jurídico.

A teoria formal da Constituição refere ao positivismo normativo capitaneado por Kelsen, que apostava na capacidade do legislativo de atender a todas as demandas sociais de seu tempo e defendia a possibilidade de aplicação do Direito mediante mera operação lógica de subsunção de fatos à hipótese abstrata descrita no ato normativo. Acreditava-se que, em princípio, a norma poderia regular toda e qualquer situação social e/ou estatal, diante da completude e da perfeição do ordenamento jurídico. Desapegado de qualquer preocupação em relação ao conteúdo da norma, tal espécie de positivismo jurídico caracteriza-se pelo formalismo, na medida em que a validade e a legitimidade do ato normativo dependem, exclusivamente, da observância do procedimento pré-estabelecido para a sua criação.

Conforme lição de BARROSO<sup>24</sup>, o positivismo jurídico consistiu na importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, ou seja, na aspiração de se elaborar uma ciência jurídica à semelhança das ciências naturais, que primam pela objetividade e se estruturam na distinção entre sujeito e objeto, com a intenção de estabelecer um método meramente descritivo, isento de opiniões, preferências ou preconceitos, o que acabava por reduzir o Direito a um conjunto de normas em vigor que não carece de outra espécie de justificação senão a própria existência.<sup>25</sup>

O positivismo jurídico não deixa de ser uma reação à corrente de pensamento jusnaturalista, a seus conceitos vagos e imprecisos, pretendendo, assim, conferir maior segurança aos preceitos jurídicos pela sua normatização o que, em casos extremos, poderia conduzir à institucionalização da injustiça. “O positivista se satisfaz com o preenchimento de requisitos ou pressupostos formais de elaboração da lei; o jusnaturalista insiste sobre o aspecto material ou de conteúdo, medido por critérios subjetivos ou axiológicos.”<sup>26</sup>

A aceção formal da Constituição, relacionada ao positivismo normativo, foi bem recebida pela sociedade burguesa produto das revoluções liberais<sup>27</sup>, pelas razões lembradas nos tópicos anteriores. A preocupação em manter a liberdade recentemente conquistada, obstando o retorno do regime político anterior, tornava suficiente à manutenção da ordem social o preenchimento dos requisitos formais de elaboração da Lei. Como nos é lembrado por<sup>28</sup>, para que a Lei seja admitida pelo positivista, basta que ela seja emanada da autoridade com competência para estabelecê-la e que contenha as características da generalidade e da abstração. Não há aqui uma preocupação com o conteúdo dos atos normativos ou sua conformidade com as “normas de caráter moral”. Nas palavras de Kelsen:

24 BARROSO, op. cit., p. 118-119.

25 Não se deve, contudo, desconsiderar a importância da teoria pura elaborada por Kelsen, em sua tentativa de isolar o direito das demais ciências sociais, de forma a criar uma ciência jurídica isenta de influências da sociologia, da filosofia e da política. No prefácio à primeira edição de sua Teoria Pura do Direito, Kelsen explica seu esforço em depurar de toda ideologia política e de todo elemento cultural a sua teoria jurídica, que deveria manter-se ligada apenas à sua especificidade, traduzida na legalidade inerente a seu objeto. O jurista lembra que mesmo as ciências naturais sofreram influência política, quando “uma potência mundial se sentiu ameaçada pela notícia da verdade sobre o curso dos astros” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 5-11, passim). Nota-se a preocupação em depurar o direito das influências do Poder, seja ele político, religioso, econômico, patriarcal, etc., para, talvez assim, se aproximar do ideal de justiça, ainda que mantendo a distinção entre o direito e a moral, com vistas à preservação do caráter objetivo, genérico e coercitivo do direito. Por fim, Kelsen reconhece que, “mesmo que a diferença entre justiça e direito seja enfaticamente acentuada, esses dois termos permanecem, entretanto, ligados entre si por fios mais ou menos visíveis” (2009. p. 84).

26 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 191.

27 Conforme Kelsen: “Com a vitória da burguesia liberal no século XIX começa uma pronunciada reação contra a metafísica e a Teoria Natural. De mãos dadas com o progresso das ciências empíricas, com uma dissolução crítica da ideologia religiosa, ocorre a mudança da ciência jurídica burguesa da Teoria Natural para o positivismo” (2009. p. 83).

28 BONAVIDES, op. cit., p. 191.

O direito só vale como direito positivo, ou seja, como direito regulamentado. Da necessidade de ser regulamentado e da sua decorrente autônoma em relação à moral e de sua validade como sistema de normas provém a positividade do direito; daí a diferença essencial entre o direito positivo e o denominado direito natural, cujas normas são deduzidas, como as da moral, de uma norma fundamental e que, por força de seu conteúdo, são consideradas imediatamente evidentes, em decorrência da vontade divina, da natureza ou da razão pura (2009, p. 123).

A reação ao positivismo jurídico, como tentativa de reaproximar o Direito e a moral, sem, contudo, desprezar os avanços científicos promovidos na ciência jurídica pela aproximação do Direito com a norma, evitando, assim, um retorno ao jusnaturalismo puro, viria a ocorrer no marco filosófico denominado pós-positivismo, conforme defendem seus adeptos. Segundo BARROSO, essa corrente de pensamento jurídico “inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento jurídico positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade”<sup>29</sup>.

A preocupação com o conteúdo da norma, em detrimento de sua gênese formal, marca a teoria material da constituição, voltada para a defesa e concretização dos direitos ditos fundamentais, o que, por sua vez, passam a demandar uma ativa participação do Poder Judiciário no paradigma social, ante a incapacidade das instâncias políticas representativas em darem efetividade ao caráter compromissário das Constituições sociais.

O parlamento parece ter cumprido a contento sua missão de estabilizar a sociedade fundada nos direitos de liberdade de primeira geração. Contudo, são os direitos fundamentais de segunda geração que uma vez inseridos nos textos constitucionais e incorporados ao discurso político do Estado social que demandam cada vez mais a participação do Judiciário na sua efetivação no Estado Democrático de Direito, o que ocorre por meio do processo, destacando o seu caráter publicista.

Direitos sociais concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, à previdência, representavam uma estupefante novidade, um campo por inteiro distinto, desconhecido ao Direito Constitucional clássico. Mas dificilmente as declarações que os inseriam se prestavam a uma redução jurídica fácil, de modo a fazê-los ingressar no corpo da Constituição dotados já de aplicabilidade direta e imediata. Os princípios sociais enunciados pela Constituição oferecem obstáculos muito mais sérios a uma conversão em direitos subjetivos correlatos do que os antigos direitos da liberdade proclamados ao alvorecer do constitucionalismo liberal, conforme ponderou Virga com penetrante acuidade.<sup>30</sup>

29 BARROSO, op. cit., p. 121.

30 BONAVIDES, op. cit., p. 241.

A dificuldade de se levar a efeito a implementação dos direitos sociais acaba por reduzir a juridicidade das Constituições sociais, duramente elaborada pelos constitucionalistas liberais e pelos positivistas<sup>31</sup>, fazendo restar um caráter meramente programático das disposições constitucionais, diante da dificuldade ou mesmo impossibilidade de se passar do domínio abstrato dos princípios à realidade concreta das normas<sup>32</sup>.

A crítica à teoria material-substancialista da doutrina contemporânea parte de juristas de peso como Habermas, que defende uma teoria procedimentalista, que visa obstar a judicialização da política imanente à teoria material, mediante a procedimentalização da Constituição, cuja função deveria ficar restrita ao estabelecimento de procedimentos democráticos de escolha de representantes e de participação coletiva nos assuntos do Estado.

De outro lado, porém, a constituição também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor a priori uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito<sup>33</sup>.

Afirmando a superação do paradigma liberal, e recusando a teoria material da Constituição umbilicalmente ligada ao Estado social, Habermas defende o que pode ser considerado como um terceiro paradigma jurídico, situado no que denomina compreensão procedimentalista do direito:

O direito formal burguês e o direito materializado no Estado social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na moderna história do direito, continuando a ser fortes concorrentes. Interpretando a política e o direito à luz da teoria do discurso, eu pretendo reforçar os contornos de um terceiro paradigma do direito, capaz de absorver os outros dois. Eu parto da ideia de que os sistemas jurídicos surgidos

31 "À Constituição folha de papel do racionalismo, contrapôs Lassalle a Constituição real, viva, dinâmica, quase palpável, conjunto de forças sociais e econômicas indomáveis, que formam frente à Constituição rígida, aquela corrente subterrânea e invisível cujas águas o formalismo é impotente para represar, sendo ela, em última análise, a corrente que arrasta em seu curso a História e as instituições, arruinando os fundamentos do edifício constitucional clássico. [...] Essa tendência doutrinária, a pretexto de fazer pois a Constituição acorde com a vida, a realidade, os valores e, por conseguinte, mais próxima de sua essência, se conduzida a pontos extremos, o que em verdade logra, é menos o reforço de legitimidade da ordem constitucional a que se propôs do que o quebrantamento e erosão dos alicerces jurídicos dessa mesma ordem, acarretando assim danos à eficácia e positividade da norma suprema." (BONAVIDES: 2013. p. 242-243).

32 BONAVIDES, op. cit., p. 240.

33 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 326.

no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito<sup>34</sup>.

Lenio Streck recusa a teoria procedimentalista de Habermas que, segundo o jurista gaúcho, “propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade”<sup>35</sup>.

Para STRECK<sup>36</sup>, as teses procedimentalistas não se amoldam à realidade de países periféricos como o Brasil, por estarem longe de “estabelecer as condições de possibilidade para a elaboração de um projeto apto à construção de uma concepção substancial de democracia, em que a primazia (ainda) é a de proceder a inclusão social”.

De fato, é difícil garantir igualdade de oportunidades de participação no processo democrático àqueles que não possuem sequer um mínimo de discernimento para compreenderem seu papel na sociedade, uma vez subjugado o seu caráter de cidadão, em razão da exclusão do acesso à educação, à serviços de saúde e saneamento básico, de moradia, até mesmo à alimentação, não sendo suficiente, por tanto, estabelecer procedimentos para sua participação.

Citando Laurence Tribe, STRECK registra que o procedimento deve ser complementado com uma teoria dos direitos substanciais, explicando que:

... o direito ao devido processo tem em sua base a dignidade pessoal (ser ouvido é parte do que significa ser pessoa); do mesmo modo, a questão de “quem vota” ou a regra “um homem um voto” *possui caráter substantivo. As teorias procedimentalista não parecem apreciar que o processo é algo em si mesmo valioso; porém, dizer que o processo é em si mesmo valioso é afirmar que a Constituição é inevitavelmente substantiva.*<sup>37</sup>

Assim, em defesa da teoria substancialista, STRECK<sup>38</sup> ressalta que tal corrente doutrinária não pode ser confundida com qualquer espécie de alistamento à filosofia da consciência, e tampouco relacionada à movimentos de ativismo judicial, e que no Brasil a Constituição indica os caminhos a serem trilhados pela política, na medida em que reconhece as desigualdades sociais, assentando no pacto social os mecanismos para alcançar tais objetivos, fundando as condições para a transformação da sociedade pelo Direito.

Parece assistir razão à STRECK, quando delibera sobre a necessidade de se promover a concretização dos direitos fundamentais

34 Ibidem, p. 242.

35 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 82.

36 Ibidem, p. 86.

37 Ibidem, p. 87.

38 Ibidem, p. 88.

consagrados na Constituição. O caminho que se vislumbrou para tanto é a trilha da força normativa dos princípios constitucionais.

E aqui chegamos a outro ponto de tensão da jurisdição constitucional: a questão da normatividade encontrada em regras e também em princípios (constitucionais) jurídicos. Em última análise, o cerne do embate entre o Legislativo e o Judiciário.

#### 4 A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS: O PÓS-POSITIVISMO

A teoria da força normativa dos princípios e sua importância para o sistema constitucional encontra em Luís Roberto Barroso<sup>39</sup> um de seus mais autorizados defensores em solo pátrio. O insigne jurista carioca associa a efetividade da Constituição à normatividade dos princípios que alberga. Assim é que a era das “Cartas brasileiras, que sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática”<sup>40</sup>, foi superada com a promulgação da Constituição de 1988, em que as normas constitucionais conquistaram o status de normas jurídicas, em relação às quais devem ser harmonizar todas as normas infraconstitucionais, numa nova fórmula de interpretação constitucional, em que se aglutinam a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação<sup>41</sup>.

O reconhecimento da normatividade dos princípios é fruto da superação do positivismo jurídico que, ancorado na crença da perfeição da norma pelo simples fato dela ser originária de um órgão estatal supostamente formado por representante do povo, não se prestaria à efetivação dos direitos fundamentais do ser humano. Nem sempre a Lei fria e inflexível corresponde ao ideal de Justiça. Afinal, é possível que a barbárie seja perpetrada sob o amparo da Lei<sup>42</sup>. É preciso, pois, que a Constituição funcione como base e elemento conformador de todo o ordenamento jurídico.

39 “A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin.” (BARROSO, op. cit., p. 123).

40 Ibidem, p. 139.

41 Ibidem, p. 141-142.

42 “O positivismo pretendia ser uma teoria do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas resultou sendo uma ideologia, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de entender o Direito, como também de querer o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positividade da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem. Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento

A regra positivada é necessária, por conferir maior segurança ao sistema jurídico. Mas sua interpretação deve ser orientada pela moral, pela ética e pela justiça, componentes esses que são alçados à categoria constitucional, por meio de sua materialização em *princípios*. Tem-se, assim, um deslocamento do eixo em que o sistema repousa: do primado da Lei para a supremacia da Constituição. Agora, todo o ordenamento jurídico deve ser lido a partir da Constituição e se conformar à normatividade de seus princípios. Os entusiastas do modelo pós-positivista defendem que é na Constituição que serão consagrados os valores que determinada sociedade adota para orientar os fins que persegue. “Deveras, sendo a Constituição a lei de todas as leis que o Estado produz, os valores nela positivados são também os valores de todos os valores que as demais leis venham a positivar”<sup>43</sup>.

Ainda em BARROSO, encontramos a indicação do pós-positivismo como sendo o marco filosófico que se apresenta como uma alternativa entre os extremos positivista e jusnaturalista, pois “não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebem desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política.”<sup>44</sup>

É no marco pós-positivista, portanto, que nos deparamos com a coexistência de dois padrões normativos, as normas e os princípios, segundo classificação ordinariamente aceita pela doutrina e jurisprudência<sup>45</sup>, que requer diferentes fórmulas de aplicabilidade.

Parece não haver dúvidas de que uma parcela significativa da doutrina, com forte influência na jurisprudência, reconhece uma preponderância dos princípios em detrimento das regras, no movimento hermenêutico que se convencionou denominar neoconstitucionalismo. É nesse contexto que CANOTILHO ressalta o “carácter de fundamentalidade dos princípios no sistema das fontes de direito, na medida em que são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico”<sup>46</sup>.

Por seu turno, Humberto Ávila aborda a questão da função das regras num ordenamento jurídico e, em específico, no corpo de uma Constituição. Segundo o jurista, “as regras têm a função de eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle

---

da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.” (BARROSO, op. cit., p. 146).

43 BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 88.

44 BARROSO, op. cit., p. 270.

45 Ao menos pelo segmento doutrinário que admite que regra e princípio são espécies do gênero norma. Em sentido contrário, Nelson Nery Jr., que distingue norma de texto normativo, e refuta a existência de normas em abstrato, filiando-se à corrente de Friedrich Muller, segundo a qual a norma é o sentido atribuído a qualquer disposição, é o produto da interpretação do texto normativo (NERY JR: 2010. p. 22 e 35).

46 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.160.

de poder. A descrição daquilo que é permitido, proibido ou obrigatório diminui a arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade e em justiça para a maior parte dos casos<sup>47</sup>. O autor advoga que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não obstante possuir dispositivos emoldurados tanto em regras quanto em princípios, deve ser considerada como regulatória, e não principiológica, em razão da prevalência daquelas em face destes, ao menos no aspecto quantitativo, o que, por óbvio, repercute sobre a postura hermenêutica a ser adotada em face da Carta Magna:

Em vez de deixar aberta a solução para uma ponderação posterior a ser feita pelo aplicador, o próprio Constituinte, quando tratou de direitos e garantias, da organização do Estado e das instituições democráticas, da tributação e do orçamento, da Ordem Econômica e Social, decidiu, na maior parte dos casos, fazer uma ponderação pré-legislativa, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos e direitos que, se tivessem sua definição e aplicação vinculadas a uma ponderação horizontal destinada a atribuir-lhes algum peso, talvez terminasse sem peso algum<sup>48</sup>.

Percebe-se que não há consenso doutrinário acerca do conceito, da função e da forma de aplicação de princípios e regras num ordenamento jurídico. Vejamos mais algumas contribuições teóricas de juristas que se harmonizam com a proposta deste trabalho, sem, contudo, pretender esgotar as possibilidades de análise das teorias por eles defendidas. Visa-se, tão somente, instigar a reflexão sobre a força normativa e as possibilidades de aplicação dos princípios.

Ronald Dworkin associa as regras ao positivismo jurídico, na medida em que define que nessa corrente do pensamento jurídico, o direito de uma comunidade pode ser entendido como um “conjunto de regras especiais, utilizados direta ou indiretamente pela comunidade, com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público” (2010, p. 28). Ainda segundo o jurista norte-americano, tais “regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas” (2010: p. 28) Prossegue em sua crítica ao positivismo afirmando que para solucionar os *casos difíceis, ou seja, aqueles casos em que não é possível a aplicação de uma regra pelo critério simples de subsunção*, o juiz tem que recorrer a outros tipos de padrões normativos, utilizando

47 ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./fev./mar. 2009. p. 4. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>> . Acesso em: 01 abr. 2013.

48 *Ibidem*, p. 4.

o termo “princípio” de forma genérica, para designar esses padrões que não podem ser classificados como regra. Na obra de DWORKIN<sup>49</sup> encontra-se uma classificação mais detalhada desses princípios tomados em sentido genérico, que poderiam constituir-se em *políticas* e *princípios* propriamente ditos. O jurista norte-americano explica que denomina *política* aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado – em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, enquanto que os *princípios* seriam um padrão cuja observância não decorre de sua aptidão em promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social desejável, mas sim por se consubstanciar em uma exigência de justiça ou equidade, ou, ainda, de alguma dimensão da moralidade. Segundo Dworkin, argumentos de princípios condizem com o estabelecimento de um direito individual, enquanto que argumentos de política visam estabelecer um objetivo coletivo. Assim, “princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos”<sup>50</sup>.

Retomando o tema da distinção entre princípios em sentido genérico e regras, Dworkin explica que a diferença entre tais padrões normativos é de natureza lógica. Regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada; se duas regras jurídicas entram em conflito, uma delas necessariamente deve ser inválida, ressalvada a existência de regulamentos que estabeleçam precedência, como por exemplo, para a regra promulgada por autoridade superior, a regra mais recente ou a regra específica em detrimento da regra geral<sup>51</sup>. Por seu turno, os princípios teriam uma dimensão que as regras não possuem, “a dimensão o peso ou da importância”, de forma que um princípio desprezado ou não aplicável a determinado caso concreto permanece válido no ordenamento jurídico, podendo vir a ser utilizado para solucionar uma outra situação-problema<sup>52</sup>.

Humberto Ávila parece discordar de DWORKIN ao lecionar que a “diferença entre as categorias normativas não é centrada no modo de aplicação, se *tudo ou nada* ou *mais ou menos*, mas no *modo de justificação* necessário à sua aplicação”<sup>53</sup>. Segundo ÁVILA, as regras possuem um caráter descritivo, ao contrário dos princípios, que têm caráter finalístico. Assim, o ônus argumentativo é menor quando se está decidindo mediante a aplicação de regras, na medida em que a descrição normativa que esse padrão carrega já seria suficiente para servir como justificação da decisão. Por seu turno, em se tratando de princípios, exige-se do aplicador uma

49 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 36.

50 *Ibidem*, p. 141.

51 *Ibidem*, p. 39-41.

52 *Ibidem*, p. 41-42.

53 ÁVILA. *op. cit.*, p. 80.

fundamentação que tenha o condão de estabelecer uma correlação entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido. Diante da ausência de descrição do conteúdo do comportamento, a interpretação do teor normativo dos princípios vai exigir de forma mais intensa o exame da celeuma posta à apreciação judicial.

Com efeito, os princípios da motivação dos atos administrativos e da moralidade da administração não podem ser construídos sem o exame de casos em que foram aplicados ou em que deveriam ter sido aplicados, mas deixaram de ser. Daí a maior necessidade de análise de casos paradigmáticos, para a investigação do conteúdo normativo dos princípios: é preciso investigar casos cuja solução, porque baseada em valores passíveis de generalização, possa servir de paradigma para outros casos similares<sup>54</sup>.

Ainda de acordo com a teoria dos princípios de ÁVILA, os princípios são normas *primariamente complementares e preliminarmente parciais*, e assim referem apenas a uma parcela dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, de forma que não visam produzir a solução do caso, mas sim contribuir para a busca da resposta correta, a tutela judicial justa e efetiva. Em síntese, os “princípios estabelecem diretrizes valorativas a serem atingidas, sem descrever, de antemão, qual o comportamento adequado a essa realização.”<sup>55</sup>

E por falar em *diretrizes valorativas*, o aspecto axiológico dos princípios é encontrado em larga escala na obra de Robert Alexy. O jurista alemão leciona que princípios e valores estão intensamente relacionados, de forma que ao se efetivar materialmente um princípio estar-se-ia, concomitantemente, realizando-se um valor<sup>56</sup>. Não obstante isso, o autor da teoria dos direitos fundamentais aponta uma distinção que afirma ser fundamental entre princípios e valores, na medida em que aqueles são mandamentos de otimização e, por serem mandamentos, situam-se no campo deontológico, ao passo que os valores residem na esfera axiológica<sup>57</sup>.

Como é sabido, a teoria esposada por ALEXY influenciou significativa parcela de juristas pátrios, incluídos acadêmicos e magistrados. Mas uma das grandes críticas a essa teoria reside na alegação de redução da normatividade dos princípios quando esses são erigidos a *mandamentos de otimização*. Com efeito, ALEXY estabelece

54 Ibidem, p. 81-82.

55 ÁVILA. op. cit., p. 84.

56 “Duas considerações fazem com que seja facilmente perceptível que princípios e valores estão intimamente relacionados: de um lado, é possível falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre princípios quanto de uma colisão e de um sopesamento entre valores; de outro lado, a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores. Diante disso, é possível transformar os enunciados sobre valores do Tribunal Constitucional Federal em enunciados sobre princípios, e enunciados sobre princípios em máximas em enunciados sobre valores, sem que, como isso, haja perda de conteúdo. (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 144).

57 Ibidem, p. 146.

uma classificação dos padrões normativos próxima à proposta de DWORKIN<sup>58</sup>: regras seriam normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, cuja aplicação situa-se no campo da validade, ao contrário dos princípios, que se encontram no campo do peso.

Assim, ALEXY concorda com o critério do “tudo-ou-nada” de que nos fala DWORKIN<sup>59</sup>, na medida em que ou se satisfaz o comando da norma ou se desconsidera por completo o seu mandamento, não havendo margem para um meio termo. O conflito entre regras só pode ser dirimido quando é introduzida uma “cláusula de exceção” ou quando uma delas é declarada inválida.

A diferença<sup>60</sup> está no fato de que Alexy conceitua os princípios como *mandamentos de otimização*, na medida em que seriam “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”<sup>61</sup>

Nesse sentido, os princípios não veiculam um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, e por isso devem ceder quando em um determinado caso é conferido um peso maior a outro princípio antagônico.<sup>62</sup>

Nos casos em que se constata uma colisão de princípios, não haverá a supressão total de um pelo outro. O exame do caso concreto revelará qual princípio deve ceder para que o outro prevaleça, mas isso não significa que um deles será declarado inválido, havendo, isso sim, um exercício de ponderação de valores. Busca-se estabelecer uma precedência entre princípios, de acordo com a importância – o “peso” – de cada um, escalonados num plano hierárquico. Assim, “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.”<sup>63</sup>

58 HABERMAS (1997, p. 317) também aborda a diferença entre os entendimentos de Dworkin e Alexy. Segundo o jurista alemão, “quando Dworkin entende os direitos fundamentais como princípios deontológicos, do direito e Alexy os considera como bens otimizáveis do direito, não estão se referindo à mesma coisa. Enquanto normas, eles regulam uma matéria no interesse simétrico de todos; enquanto valores, eles formam, na configuração com outros valores, uma ordem simbólica na qual se expressam a identidade e a forma de vida de uma comunidade jurídica particular.

59 DWORKIN, op. cit., p. 39.

60 Ainda em Habermas, encontramos a seguinte lição sobre a distinção entre princípios e valores: “Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que o valor deve ser entendido como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; [...] A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretendido ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura [...]” (1997, p. 316).

61 ALEXY, op. cit., p. 90.

62 Ibidem, p. 104-105.

63 Ibidem, p. 94.

Em Damião Alves de Azevedo encontramos uma severa crítica à concepção normativo-valorativa de Alexy, no sentido que tal teoria promove o esvaziamento da juridicidade dos princípios, na medida em que não sendo os princípios uma norma jurídica definitiva, mas apenas otimizável, não podem ser sequer entendidos como uma norma com conteúdo jurídico, pois não possuem força normativa cogente, ou seja, não ostentam um dever ser, mas apenas um valor moral que visam salvaguardar.<sup>64</sup>

Sua teoria da argumentação jurídica (de Alexy) pretende descobrir quais valores são preferíveis. Ela não busca o que é devido, mas sim o que é melhor. O dever é apenas a consequência do processo de escolha tornada obrigatória por meio das instituições jurídicas. Antes da ponderação não há direito, mas apenas comandos de otimização que, como vimos, não têm força normativa definitiva. Na verdade eles não comandam, orientam. Sugerem uma direção. O direito surge depois da escolha. E o que se escolhe, o objeto da argumentação por via da ponderação, é o que é moralmente melhor<sup>65</sup>.

Não se nega que ALEXY se esforça para distinguir o caráter deontológico dos princípios<sup>66</sup>, mas há que se reconhecer, ao menos, que a leitura que os tribunais brasileiros, em especial o STF, fazem de sua teoria se reduz à ponderação de valores segundo as preferências – julgamento moral – do magistrado, reduzindo em larga escala a juridicidade dos princípios.

É notória a crescente tendência de resolução de conflitos normativos – os denominados casos difíceis – por meio de regras de ponderação em que o resultado obtido é justificado pela proporcionalidade e razoabilidade.

Aqui a crítica parte de um (ex) Ministro do STF, Eros Roberto Grau, para quem:

Essa regra essencial ao Estado Democrático de Direito (a separação das funções do Poder) é rompida sempre que os juízes passam a exercer o controle da razoabilidade – ou proporcionalidade – das leis.

O que então prevalece na decisão judicial já não é a Constituição, porém a preferência, o valor que cada juiz adote, subjetivamente, como critério de aferição da razoabilidade ou proporcionalidade de cada lei<sup>67</sup>.

64 AZEVEDO, Damião Alves de. *Ao encontro dos princípios*. Brasília: CEAD UnB, 2013. p. 5.

65 AZEVEDO, op. cit., p. 10.

66 “A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo (ALEXY: 2012, p. 153).

67 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 341.

Tem vez então a crítica de STRECK<sup>68</sup>, em relação a tal “positivação dos valores” nos princípios constitucionais, e que “a referência reiterada aos ‘valores’ demonstra bem o ranço neokantiano que permeia o imaginário daqueles que pretendem fazer uma dogmática jurídica crítica”. STRECK denuncia o movimento doutrinário que dá sustentação à possibilidade de criação de toda espécie de princípios, tantos quantos forem necessários à resolução dos denominados casos difíceis ou à correção das incertezas da linguagem, em que o paradigma do Estado Democrático de Direito é compreendido como a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”.

A consequência natural da “positivação dos valores” e a decorrente multiplicação de princípios é a perda da própria função dessa espécie normativa enquanto instituto de enfrentamento da discricionariedade judicial que se consubstanciam na manifestação da densidade normativo-concreta de um mandamento legal<sup>69</sup> e, em última instância, a aniquilação da normatividade da Constituição.

Para encerrar, oportuna a lição de Habermas, segundo a qual:

Os que pretendem diluir a constituição numa ordem concreta de valores desconhecem seu caráter jurídico específico; enquanto normas do direito, os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias – e não segundo o modelo de bens atraentes.<sup>70</sup>

Para que a Constituição desempenhe o papel para o qual foi idealizada, de ser instituto de contenção do Poder pelo Direito, que atua na redução do espaço de discricionariedade da Política para a garantia e efetivação dos direitos ditos fundamentais, há que se compreender e defender o caráter normativo dos princípios nela albergados, que muito mais que estabelecerem uma relação de primazia entre o que é melhor ou pior em determinada situação, possuem um conteúdo obrigacional – dever ser – oponível aos seus destinatários.

## 5 A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS POR MEIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS

Se no início da era moderna o controle de constitucionalidade servia apenas para a garantia dos direitos liberais, o paradigma social e o seu sucessor, o *democrático de direito*, trouxeram para o âmbito da jurisdição, em especial a constitucional, a missão de implementar as *promessas não cumpridas da modernidade*<sup>71</sup>, mediante a consecução de

68 STRECK, Lemio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 518.

69 STRECK, op. cit., p. 516.

70 HABERMAS, op. cit., p. 318.

71 BARROSO, op. cit., p. 189.

políticas públicas no lastro da ineficiência do Legislativo e da incapacidade da Administração absorver todas as demandas sociais.

A questão é que tal judicialização das políticas públicas vai desencadear infundáveis, e ao mesmo tempo relevantes, discussões entre juristas e cientistas políticos, acerca do embate entre o Legislativo e o Judiciário.

O Estado Constitucional, que representa a superação do Estado Legal, traduz-se, portanto, na mais autêntica formulação do Estado de Direito, pois só a existência de uma verdadeira Constituição vai permitir a submissão do Poder ao Direito, o que inclui o Poder Legislativo<sup>72</sup>.

Eis um dos traços marcantes da Constituição, que confirma a tese de que ela não se consubstancia em apenas mais uma espécie legislativa, ainda que fosse a de mais alta patente na hierarquia normativa. Trata-se, portanto, do instituto jurídico criado pelo homem para representar a tentativa de estabelecimento de uma ordem jurídica em que o Poder é limitado pelo Direito, em que a própria atividade criadora do Direito posto pelo Estado deve ser limitada.

Nos países em que o Judiciário ficou encarregado de realizar o controle da constitucionalidade das leis, em sentido amplo, tem-se na jurisdição constitucional o ambiente em que se travam os embates das questões das minorias contra a vontade das maiorias, muitas vezes positivadas pelo Legislativo, órgão máximo (ao menos deveria ser assim) de expressão da soberania popular.

Nesse cenário, é o Judiciário – e no seu ápice, a Corte Constitucional do país: no caso do Brasil o Supremo Tribunal Federal – que exercerá o papel não menos democrático de responsável pela apreciação de teses contramajoritárias e, em alguns casos, vindo a proferir decisões que aniquilam a Lei que supostamente veicula os anseios da maioria representada. É o que explicam MENDONÇA e BARROSO<sup>73</sup>:

O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de *contramajoritário*: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (*i.e.*, de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo *contramajoritário*.

72 Ainda em STRECK, encontra-se a informação que “já em 1966 Elías Diaz se perguntava-se no Estado de Direito havia base para o absolutismo legislativo e sua resposta era categoricamente negativa: o Poder Legislativo está limitado pela Constituição e pelos Tribunais, ordinários ou especiais conforme os sistemas, que velam pela garantia da constitucionalidade das leis” (2012. p. 77).

73 MENDONÇA, Eduardo; BARROSO, Luís Roberto. *STF entre seus papéis contramajoritário e representativo*. 2013. p. 1. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>>. Acesso em: 18 set. 2013.

Assim, no desempenho de sua função institucional de defesa da Constituição, o STF eventualmente poderá sobrepor o seu entendimento às decisões tomadas pelos representantes da maioria, materializadas na produção legislativa.

Contudo, nos últimos anos o STF tem assumido a função de atender as mais diversas demandas da sociedade que não foram resolvidas a contento pelas instâncias legislativa e administrativa, o que faz em inegável condição de instituição representativa dos cidadãos, embora o seu papel no jogo democrático não seja – ou não deveria ser – exatamente esse.

MENDONÇA e BARROSO<sup>74</sup> abordam com entusiasmo a temática da função representativa exercida pelo STF:

Pois bem: circunstâncias diversas têm colocado ênfase no papel representativo do Supremo Tribunal Federal. Apesar de se tratar de uma questão pouco teorizada, o fato é que um olhar reconstrutivo sobre a jurisprudência e a própria postura da Corte permite concluir que ela tem desenvolvido, de forma crescente, uma nítida percepção de si mesma como representante da soberania popular. Mais precisamente, como representante de decisões soberanas materializadas na Constituição Federal e difundidas por meio de um sentimento constitucional que, venturosamente, se irradiou pela sociedade como um todo. Tal realidade é perceptível na frequência com que as normas da Constituição são invocadas nos mais diversos ambientes. Do debate parlamentar às ações de consumo. Das passeatas gays às respostas da comunidade religiosa, ambas expressamente baseadas na mesma liberdade de expressão.

E se a Constituição ganhou as ruas, era apenas uma questão de tempo para que as ruas terminassem batendo à porta do STF, órgão encarregado de dar a última palavra nas questões constitucionais. Em um país dotado de uma Constituição abrangente, de um Tribunal Constitucional prestigiado e de múltiplos legitimados para provocá-lo, a jurisdição constitucional acaba sendo acionada por todos os lados.

Não obstante, toda vez que o STF, ao declarar a inconstitucionalidade de uma Lei, atua como instância representativa da sociedade, resta estampada a crise de representatividade vivenciada no Brasil.

A notoriedade do exercício de uma função representativa pelo Judiciário e, sobremaneira, pelo STF, está relacionada à *judicialização da política e das relações sociais*. Luís Roberto Barroso aponta causas de natureza diversas para o fenômeno: a primeira estaria no reconhecimento da relevância, para as democracias modernas, da existência de um Judiciário forte e independente; uma segunda causa estaria atrelada à

74 MENDONÇA; BARROSO, op. cit., p. 1.

chamada crise de representatividade, que acarreta uma desilusão com os parlamentos em geral; por fim, uma terceira causa residiria no fato de que atores políticos preferem que certas questões polêmicas sejam decididas pelo Judiciário, como forma de evitarem sua exposição e possíveis efeitos negativos à imagem<sup>75</sup>.

Também em BARROSO encontramos a ideia de ativismo judicial associada à judicialização da política e das relações sociais. Segundo o insigne constitucionalista pátrio, trata-se de uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, sendo que em muitos casos sequer há confronto com o Executivo e o Legislativo, mas uma mera ocupação de lugares vazios. Ainda segundo o autor, a judicialização é uma circunstância do arquétipo institucional brasileiro, enquanto que o ativismo consiste numa escolha de um modo característico de interpretar a Constituição<sup>76</sup>.

Mas é preciso ter cuidado. O exercício dessa função representativa pelo STF merece uma reflexão aprofundada. Afora a discussão a respeito do caráter democrático dessa forma de atuação do Tribunal, cabe também avaliar a *capacidade institucional* do Judiciário de promover políticas públicas.

Será que o magistrado realmente possui condições de decidir questões que envolvem aspectos técnicos e científicos de alta complexidade? Na seara econômica, o juiz consegue avaliar com segurança e superar o risco dos *efeitos sistêmicos* de uma decisão que afeta um determinado segmento da sociedade ou a programação orçamentária e financeira do Estado?<sup>77</sup>

A atuação do Judiciário na atual quadra da história está em conformidade com a concepção publicista do processo, tal qual idealizada por seus defensores originais, ou há um desvirtuamento do instituto enquanto instrumento para a realização dos fins do Estado?

Verifica-se uma descaracterização do Direito enquanto norma jurídica, pelo advento de uma Justiça fundada em valores?

## 6 CONCLUSÃO

O desenvolvimento de uma ciência processual propiciou a estruturação de uma teoria geral do processo, em que se destacaram três institutos basilares: a ação, a jurisdição e o processo.

75 BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 242.

76 *Ibidem*, p. 246.

77 Apenas para estimular a reflexão, sendo possível, por óbvio, concordar ou discordar do autor, confira-se a resposta dada pelo constitucionalista e hoje Ministro do STF Luís Roberto Barroso: "O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público." (2013. p. 249).

No exercício da jurisdição, sendo o processo o instrumento que permite a sua concretização, o Estado realiza muito mais que a efetivação do direito material do indivíduo (escopo jurídico), na medida em que a realização da justiça – ou algo próximo desse ideal – contribui para a pacificação social e culmina na afirmação do poder do Estado, voltado à satisfação do bem comunitário dos seus cidadãos.

É nesse contexto que se destaca a concepção publicista, que distingue no processo o ambiente em que o Estado persegue os fins que lhe são próprios, tais como a higidez do seu ordenamento jurídico, a garantia dos direitos dos cidadãos ditos fundamentais, a participação democrática (não na forma representativa, mas sim permitindo que qualquer cidadão busque a proteção do Estado) e a manutenção da ordem e da paz.

Para além desses desígnios, o Estado passa a utilizar o processo para a realização de outros objetivos, também públicos, mas não diretamente relacionados à jurisdição em sua concepção clássica.

Com a derrota do modelo *liberal* o Estado, que antes era visto com desconfiança, reduzido ao mínimo indispensável à manutenção da segurança pública e à realização de algumas poucas atividades, cuja onerosidade exacerbada não permitiria a realização por particulares, passa a ser protagonista no paradigma *social* e no seu sucessor *democrático de direito*, verificando-se, em sua aproximação com a sociedade civil, a sua transmutação em fornecedor das mais variadas prestações materiais.

Esse novo modo de atuação do Estado, erguido sobre as ruínas do liberalismo, implica numa nova leitura da teoria da separação das funções do Poder. Se os movimentos revolucionários liberais confiaram ao Parlamento e ao seu produto ordinário a tarefa de estabelecer as condições de existência e manutenção da nação, no Estado social se revela a insuficiência do Legislativo e do Executivo em atender às demandas sociais.

Ocorre uma transformação no ordenamento jurídico do Estado, em que a Constituição assume o ponto central, antes confiado à Lei, que deve se harmonizar com os ditames da Carta Magna.

O pós-positivismo é o marco filosófico em que se verifica uma sobreposição do Judiciário sobre as demais instâncias do Poder, em especial o Legislativo. A comunidade jurídica não mais admite o Direito como um mero conjunto de normas em vigor, que não depende de outra espécie de justificação que não a sua origem.

O reconhecimento da importância do conteúdo da norma, em detrimento de sua gênese formal, marca a teoria material da constituição, que apregoa a defesa e a concretização dos direitos tidos por fundamentais, que demandam uma ativa participação do Poder

Judiciário, ante a incapacidade das instâncias políticas representativas de conferirem efetividade ao caráter compromissário das Constituições editadas nas últimas décadas do século XX.

Por sua vez, a busca pela concretização dos direitos fundamentais consagrados na Constituição reclama o reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais, sob pena de se refrear a Constituição, submetendo-a aos sabores das vontades parlamentares transitórias, das maiorias eventuais.

No marco pós-positivista se verifica a coexistência e a tensão entre dois padrões normativos: as normas e os princípios. Uma das preocupações que tomam a comunidade jurídica na atualidade refere-se à forma como as regras jurídicas vêm sendo desconsideradas ou aniquiladas pelo Judiciário, sob a justificativa de se conferir efetividade a um princípio constitucional, comprometendo-se, não raras vezes, o regular funcionamento do ordenamento jurídico do Estado.

A multiplicação de princípios acaba por dificultar o controle do Poder, dando azo à propagação da arbitrariedade e da incerteza.

O problema parece residir menos no aspecto contra majoritário do procedimento de escolha dos juízes que, eventualmente, decidirão as lides em sentido contrário à regra posta pelos representantes democraticamente eleitos pelo povo, do que na constatação de que o processo não se consubstancia em ambiente propício à mensuração dos impactos econômicos e financeiros de macro políticas públicas.

No âmbito da jurisdição constitucional, a técnica de objetivação de recursos pode produzir resultados incomensuráveis, pois a tutela buscada pelo autor pode implicar a alteração de macro políticas públicas voltadas a um incontável número de pessoas.

A superação da ação (direito) pela jurisdição (poder) demonstra que o processo não está sendo vislumbrado com uma garantia do cidadão, na fórmula clássica do *due process of law*. Do mesmo modo, a objetivação de recursos tem contribuído para mitigar a importância da relação jurídica processual enquanto elemento caracterizador da subjetividade do processo, convertendo-o em mero procedimento para a definição de uma tese jurídica que, em alguns casos, consubstancia-se numa (in)autêntica política pública.

Nesse contexto, um bom ponto de partida para uma reflexão mais aprofundada sobre o tema pode ser identificado na proposta formulada por Dworkin (2011, p. 132), no sentido de *que as decisões judiciais, mesmo nos casos difíceis, devem se fundamentar em princípios, e não em políticas*. Eis uma alternativa para o âmbito processual, que não resolve definitivamente o problema, mas contribui, em paralelo à busca da superação da crise da representatividade instalada nas instâncias políticas democráticas, para a construção de um arranjo institucional que melhor atenda aos anseios da sociedade brasileira.

**REFERÊNCIAS**

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A Administração Pública brasileira no contexto do Estado Democrático de Direito*. Brasília: CEAD/UnB, 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>> . Acesso em: 01 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Princípios*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

AZEVEDO, Damião Alves de. *Ao encontro dos princípios*. Brasília: CEAD UnB, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CALMON DE PASSOS, J.J. Tutela Constitucional da Liberdade. In: *Ações Constitucionais*. Organização de Alexandre Cruz. Campinas: Millennium, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COSTA, Araújo Henrique; COSTA, Araújo Alexandre. *Conceito de Ação: da teoria clássica à moderna. Continuidade ou ruptura?* Brasília: CEAD/UnB, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 1. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001.
- MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDONÇA, Eduardo; BARROSO, Luís Roberto. *STF entre seus papéis contramajoritário e representativo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>> Acesso em: 18 set. 2013.
- NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

---

## COLETIVIZAÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZOS SINGULARES: UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO NO USO DO ENFOQUE DO ACESSO À JUSTIÇA

---

*Rodrigo Montenegro de Oliveira*  
*Advogado da União*

*Procurador Seccional da União em Campina Grande/PB*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Enfoque do acesso à justiça e a contextualização do seu conceito na realidade contemporânea do judiciário brasileiro; 2 Processo coletivo: aspectos destacados; 2.1 Fundamentos sociológicos e políticos da ação coletiva; 2.2 Processo coletivo e a visão de *public law litigation*; 3 Demandas repetitivas contra a Fazenda Pública; 3.1 Princípio da adequação procedimental e necessidade de atuação legislativa; 3.2 Sugestões de alteração legislativa para a adequação a um processo coletivo eficiente; 3.2.1 Oportunidade conciliatória e atuação proativa da Advocacia Pública; 3.2.2 Participação das associações civis e da Ordem dos Advogados do Brasil na representação legitimada dos interesses coletivizados; 3.2.3 Novos institutos: contestação de efeito múltiplo e sentença única; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Tendo como ponto de partida o enfoque do acesso à justiça, tema que enreda os ensaios de Mauro Cappelletti e Bryant Garth para o Projeto de Florença, o presente trabalho tem por objetivo apresentar o processo coletivo como potencial mecanismo de solução de demandas repetitivas contra a Fazenda Pública no contexto da realidade contemporânea do Poder Judiciário Brasileiro. Aborda-se o processo coletivo como sendo de interesse público (*public law litigation*), destacando os fundamentos sociológicos e políticos que os contorna. Sob a perspectiva do princípio da adequação, defende-se a ação coletiva como instrumento mais eficiente à situação substancial de conflitos reproduzidos em série, principalmente aqueles relativos a direitos individuais homogêneos, a exigir a necessidade de atuação legislativa que favorecerá a conversão de ações individuais em coletiva. Sugestões de alteração legislativas são trazidas para demonstrar a possibilidade de renovar o modelo tradicional de litígios judicializados, apontando-se esboços de novos institutos, a exemplo da contestação de efeito múltiplo e a sentença única.

**PALAVRAS-CHAVE:** Demandas Repetitivas. Fazenda Pública. Acesso à Justiça. Adequação. Processo Coletivo.

**ABSTRACT:** Taking as its starting point the focus of access to justice, theme netting studies Mauro Cappelletti and Bryant Garth for Florence Project, the present work aims at presenting the collective process as a potential solution mechanism of repetitive claims against the Estate government in the context of contemporary reality of the Brazilian Judiciary. It approaches the collective process as being of public interest (public law litigation), highlighting the sociological and political foundations that circumvents. From the perspective of the principle of adequacy, defending herself collective action as the most effective instrument to substantial conflict situation reproduced in series, especially those related to homogeneous individual rights, requiring the need for legislative performance that favored the conversion of individual actions in collective. Suggestions for legislative changes are brought to demonstrate the possibility of renewing the traditional model of judicialized, pointing up sketches of new institutes, such as the multiple defense and the single sentence.

**KEYWORDS:** Repetitive Demands. Estate Government. Access to Justice. Adequation. Collective Process

## INTRODUÇÃO

Visionar tendências, adaptar, desenvolver e, por vezes, criar mecanismos e soluções para alcançar, de forma substancial, o acesso à justiça; estes têm sido os principais desafios e alvos de discussões para a implementação de uma política pública pelo Poder Judiciário nacional em persecução ao tratamento adequado dos conflitos de interesse e à efetiva prestação de seus serviços.

No contexto da série de estudos denominada “Projeto de Florença” Cappelletti, já se vislumbrava que “[...] o enfoque do acesso à Justiça tem um número imenso de implicações. Poder-se-ia dizer que ele exige nada menos que estudo crítico e reforma de todo o aparelho judicial”<sup>1</sup>.

O próprio processo de transformação do conceito desse direito fundamental (acesso à justiça) é algo que tem exigido cada vez mais esforços do poder criativo de acadêmicos, advogados, magistrados, entre outros profissionais, na busca de uma justiça mais célere – ao menos tempestiva – e efetiva.

A recente idealização de um novo Código de Processo Civil é exemplo de uma resposta do Estado na tentativa de contemporizar (adequar ou adaptar) os procedimentos processuais às necessidades dos últimos tempos, como alternativa de se alcançar tal acesso.

E é justamente no ensejo desse cenário que se procura desenvolver uma solução procedimental de valorizar e viabilizar a coletivização de demandas judiciais que se encontrem pulverizadas em diversos conflitos individuais, a par de uma premissa principiológica de adequação<sup>2</sup> – diretriz de adequar os procedimentos para tornar o processo mais eficiente (o tema será melhor abordado adiante no ponto 4.1).

O objetivo dessa proposta de conversão de demandas individuais em coletiva é utilizar o processo como mecanismo eficiente para homogeneizar julgamentos e minimizar a sobrecarga e a morosidade provocadas pelo grande número de demandas repetitivas, existentes, sobretudo, em sede de juízo de primeira instância.

A judicialização de inúmeros conflitos individuais não só abarrotou o Poder Judiciário, que resulta conseqüentemente noutra vultosa quantidade de atos e decisões judiciais, como também alimentam uma máquina judiciária hipertrofiada – instalações físicas, servidores, magistrados, além de promotores, defensores e procuradores públicos etc.

1 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 75. Título original: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*. A General Report. Milan: Dott. A. Giuffrè, 1978.

2 LACERDA, Galeno Velinho de. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário 1926-1976*, Porto Alegre, 1976. p. 161-170.

Em vista de limitações didático-acadêmicas bem como em razão do volume e das próprias peculiaridades (prerrogativas) procedimentais que circundam essas lides, o estudo que se pretende desenvolver restringir-se-á à análise das demandas contra a Fazenda Pública.

A ideia conceitual de se poder inserir no ordenamento processual pátrio mecanismo procedimental (incidente) que viabiliza a molecularização de demandas que objetivam uma prestação jurisdicional de objeto idêntico, mudando, por vezes, apenas o sujeito ativo da relação processual, instigam o estudo de teorias, conceitos e institutos jurídicos capazes de propiciar a leitura e a defesa dessas inovações na busca de se alcançar mais um patamar no avanço dos estudos do direito processual e vencer problemas do cotidiano, adequando-se os meios empregados às necessidades existentes.

O ensaio de introdução geral desenvolvido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1978) no tocante ao enfoque do acesso à justiça será o principal embasamento teórico para viabilizar os apontamentos e sugestões procedimentais para potencializar a atuação do Poder Judiciário nas demandas judiciais massificadas contra a Fazenda Pública.

A construção teórica do conceito de acesso à justiça pelos aludidos estudiosos revelam a necessidade de sempre se buscar soluções práticas pelo Estado para os problemas enfrentados com o advento de novas necessidades e anseios da sociedade moderna.

Aliás, o tempo, um dos obstáculos principais a ser transposto pela realidade brasileira, embora seja garantido aos cidadãos pelo erigido princípio da tempestividade da prestação jurisdicional (art. 5º, LXXVIII<sup>3</sup>, da Constituição da República Federativa do Brasil), requisita igualmente a reforma dos procedimentos judiciais como tendência no uso do enfoque do acesso à justiça.

Corroborar para a criação de mecanismos, como o que se pretende esboçar, a aplicação prática do princípio da adequação (item 4.1), destacado nas lições do processualista gaúcho Galeno Vellinho de Lacerda<sup>4</sup>, em seu sentido pré-jurídico, como elemento informador da produção legislativa do procedimento em abstrato.

Observa-se que a própria construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as idiosincrasias do objeto do processo a que servirá, entre elas, uma solução mais célere e racional, inclusive sob a ótica da economicidade (benefício *versus* custo do processo), de modo que se favoreça sempre à efetividade da prestação jurisdicional.

Fundamentos sociológicos e políticos que justificam demandas coletivas também devem ser trazidos como argumentos a serem

3 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).

4 LACERDA, op. cit., p. 161-170.

considerados para a viabilidade da solução procedimental que se pretende desenvolver no presente estudo.

A afirmação do processo coletivo como espécie de “processo de interesse público” (*public law litigation*), defendida por Abram Chayes<sup>5</sup>, Professor da Universidade de Harvard, há de ser aproveitada, principalmente considerando lides recorrentes de responsabilização do Estado e de tratamento de direitos e interesses individuais indisponíveis coletivizáveis, a exemplo de fornecimento de medicamentos.

De tal sorte, tem-se a coletivização das demandas repetitivas contra a Fazenda Pública como uma ferramenta hábil e adequada para resolver os problemas gerados pela multiplicidade de conflitos individuais que tramitam perante os juízes singulares (primeiro grau de jurisdição), possibilitando que, em prol do interesse público, o Poder Judiciário potencialize a sua atuação a fim de atingir os ideais de celeridade e efetividade reclamados pela sociedade.

## 1 ENFOQUE DO ACESSO À JUSTIÇA E A CONTEXTUALIZAÇÃO DO SEU CONCEITO NA REALIDADE CONTEMPORÂNEA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Sem muito avançar nas discussões no campo da filosofia que o tema incita, mas tão somente no intuito aproveitar o estreito liame desta forma de conhecimento com o Direito, pode-se afirmar que a dinâmica social e o conseqüente impacto no *mundo da vida*<sup>6</sup> por ela proporcionada acabam por atingir a necessidade de novas percepções conceituais e, até mesmo, algumas estruturas sistêmicas, a exemplo da processual e da judiciária – objetos de foco do presente estudo.

Assim aconteceu com o conceito teórico do acesso à justiça, que, paulatinamente, sofreu e ganhou, com a própria mudança equivalente do processo civil, importantes transformações em diferentes momentos da história da humanidade.

Segundo os detalhados estudos de Cappelletti e Garth,

5 CHAYES, Abram. The hole of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, nº 7, p. 1281-1316, may 1976. esp. p. 1282.

6 Criado por Husserl como parte de seu argumento sobre o afastamento das ciências modernas em relação ao horizonte de experiência e de sentido dos indivíduos comuns, o termo mundo da vida, pelo filósofo alemão Jünger Harbemas, ganha novas conotações e marcada relevância tanto em sua pragmática universal quanto em seu diagnóstico da modernidade. Num sentido pragmático-linguístico, “o mundo da vida” é um estoque de sentidos (de crenças, critérios, valores, definições etc.) compartilhados entre falantes (e não problematizados por eles) que serve de pano de fundo para sua comunicação. Já em sentido sociológico, o mundo da vida é um domínio social contrastante com os sistemas funcionalizados, marcado por processos comunicativos, cujo medium é a linguagem e cujo recurso é a solidariedade. Maiores informações podem ser colhidas em: HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1988. v. I e II; e \_\_\_\_\_ *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

[...] Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorantes. *Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação.* A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção<sup>7</sup>.

Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado, que apenas intervia, quando provocado, para não permitir que fossem infringidos por outros. Revela-se, nessa época, nítida posição passiva do Estado, não sendo alvo de preocupação, por exemplo, a incapacidade (econômica, em razão dos altos custos, ou postulatória, eis que indispensável o conhecimento técnico) de utilizar plenamente a justiça e suas instituições.

Cuidava-se de típico acesso formal à justiça, mas não efetivo. Os estudos eram estritamente formalistas, dogmáticos e indiferentes a problemas reais do foro cível.

Sua preocupação era frequentemente de mera exegese ou construção abstrata de sistemas e mesmo, quando ia além dela, seu método consistia em julgar as *normas* de procedimento à base de sua validade histórica e de sua operacionalidade em situações hipotéticas. *As reformas eram sugeridas com base nessa teoria do procedimento, mas não na experiência da realidade. Os estudiosos do direito, como o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população*<sup>8</sup>.

Todavia, à medida que os direitos humanos foram ganhando relevância e pleitos afirmativos pela sociedade, o conceito de acesso à justiça igualmente sofreu transmutação. Ao passo que, cada vez mais, as ações e relacionamentos foram avançando em direção às características coletivas, as sociedades modernas afastaram-se das visões individualistas do direito de outrora.

Houve uma crescente sensibilidade para que esses direitos, não apenas individuais, mas direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações, fossem proclamados de forma mais efetiva, e, para isso, que se tornassem realmente acessíveis a todos.

A concepção de direitos prestacionais, sobrelevados com as reformas decorrentes do *Welfare State*, a exigir uma atuação positiva do Estado na garantia de assegurar o gozo de todos os direitos sociais básicos (trabalho, saúde, educação, segurança *etc*), também foi pivô para que o direito de acesso à justiça se tornasse mais efetivo nas suas vertentes processual e substancial.

7 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 9-13, grifo do autor.

8 *Ibidem*, p. 10, grifo do autor.

O direito de acesso à justiça passou a ser encarado como direito fundamental de veiculação de outros direitos de igual quilate, [...] *requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos*<sup>9</sup>.

Daí, o porquê da importância do processo civil como instrumento de viabilização jurisdicional de direitos; não para que se tenha por fim apenas a si mesmo (aspecto negativo), mas, sobretudo, para que exerça ligação eficiente do “[...] sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e o Estado, com realce à necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídico” (aspecto positivo)<sup>10</sup>.

E isso justifica a necessidade dos juristas reconhecerem que as técnicas processuais servem a funções sociais e que qualquer regulamentação processual tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substancial, sendo mecanismo para a sua efetivação. “O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística”<sup>11</sup>.

No despertar de interesse em torno do efetivo acesso à justiça, destacaram-se três “ondas”, que surgiram quase que em sequência cronológica. A primeira foi relativa à *assistência judiciária*, concentrando-se, basicamente, em proporcionar serviços jurídicos aos pobres. Na segunda onda, ocupou-se com reformas tendentes a viabilizar *representação jurídica para os interesses difusos* (coletivos ou grupais), em especial, nas áreas de proteção ambiental e do consumidor.

Contudo, é na terceira onda que recai a ênfase atual do conceito de acesso à justiça que se pretende dar – novo enfoque de acesso à justiça.

O fato de reconhecermos a importância dessas reformas não deve impedir-nos de enxergar os seus limites. Sua preocupação é basicamente encontrar *representação* efetiva para interesses antes não representados ou mal representados. O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. “Essa terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial e extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou pública, *mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos específicos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma,*

9 CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 12.

10 CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 50-51.

11 CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 10.

*mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhor o acesso.*<sup>12</sup>

Se se imergir na realidade pátria, observa-se que a ordem jurídica estabelecida pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 garantiu amplo acesso à Justiça, dispondo no art. 5º, XXXV, preceito fundamental expresso de que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Consagrou-se o *direito de ação e de defesa*<sup>13</sup>, incumbindo ao Estado o dever de prestar a tutela jurisdicional.

Assim, uma vez erigida a preceito fundamental, deve-se dar a essa garantia constitucional, não só aplicação imediata (§1º do art. 5º<sup>14</sup>), mas *máxima efetividade*<sup>15</sup>, a abranger, desse modo, todos os aparelhamentos, mecanismos e procedimentos para sua concretização, a fim alcançar uma devida prestação tutelar de direitos.

Nesse ponto, afigura-se pertinente a leitura do Professor Kazuo Watanabe, ao considerar acesso à justiça “não apenas como garantia de mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas como garantia de acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada”<sup>16</sup>.

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça, enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento, como com acerto acentua Mauro Cappelletti. [...] São seus elementos constitutivos: a) o direito de acesso à Justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa; b) são dados elementares desse direito: (1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e ostentada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; (2) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica

12 CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.67-68, grifo do autor.

13 CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER: p. 87-91.

14 § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

15 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Almedina, 2002. p. 227.

16 WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2013.

justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características<sup>17</sup>.

Com muito esforço, no Brasil, atingiu-se certa garantia do acesso formal à justiça, permitindo que mais e mais pessoas encontrem lugar nos bancos e balcões do Poder Judiciário. Todavia, em contrapartida, observa-se que isso acabou por criar um obstáculo ainda maior a se transpor: a morosidade decorrente do estímulo a esse fenômeno da judicialização, prejudicando, por vezes, a tempestividade e concretização da tutela jurisdicional.

E isso se torna ainda mais evidente quando se voltam os olhos para as inúmeras ações promovidas em decorrência de conflitos com o próprio Estado – leia-se, aqui, as três esferas federativas: União, Estados-membros e Municípios, além de suas entidades descentralizadas.

Essas demandas em massa cresceram sem que o Estado estruturasse a máquina ou adequasse procedimentos que viabilizassem o acesso à justiça com a estatura e importância dos contornos constitucionais – direito fundamental – que lhe foram conferidos, preservando um processo civil despreparado para solucionar demandas decorrentes de pulverizadas relações de massa; *processos repetitivos, que passam a ser carecedores de sistematização e instrumental processual próprios para sua efetiva solvência*<sup>18</sup>.

Nesse ponto, mais uma vez, se conformam às ideias aqui delineadas as observações de Watanabe<sup>19</sup>:

Poder Judiciário Nacional está enfrentando uma intensa conflituosidade, com sobrecarga excessiva de processos, o que vem gerando a crise de desempenho e a conseqüente perda de credibilidade.

Essa situação é decorrente, em grande parte, das transformações por que vem passando a sociedade brasileira, de intensa conflituosidade decorrente de inúmeros fatores, um dos quais é a economia de massa. Alguns desses conflitos são levados ao Judiciário em sua configuração molecular, por meio de ações coletivas, mas a grande maioria é judicializada individualmente, com geração, em relação a certos tipos de

17 WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

18 CERQUEIRA, Tarsis Silva de. Acesso à justiça: novíssima reflexão à luz dos processos repetitivos. *Revista Opinião Jurídica*, Ano VIII, nº 12, 2010. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/noticias2/35-artigos-mai-2010/5805-acesso-a-justica-novissima-reflexao>>. Acesso em: 3 set 2013.

19 WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2013.

conflitos, do fenômeno de processos repetitivos, que vem provocando a sobrecarga de serviços no Judiciário.

Com base nos estudos de Lacerda (1976), Fredie Didier Junior, esclarece que:

O cidadão, para obter aquilo que realmente tem direito de obter, precisa de uma série de medidas estabelecidas pelo legislador, dentre as quais avulta a criação de um procedimento adequado às particularidades da situação jurídica substancial submetida à apreciação do órgão jurisdicional.

É possível dizer, com Galeno de Lacerda, que o princípio da adequação é o que justifica a teoria geral do processo: sabendo-se que as regras processuais devem ser adequadas àquilo a que servirão de meio de tutela, será possível aceitar a existência de uma série de conceitos que devem ser utilizados para a compreensão de qualquer fenômeno processual (seja ele jurisdicional, legislativo, administrativo ou privado)<sup>20</sup>.

E é no ensejo desse novo enfoque de acesso a uma *ordem jurídica justa* que se procura desenvolver, a par do princípio da adequação<sup>21</sup> (vide tópico 4.1), a proposta de solução procedimental por meio de um incidente de coletivização de demandas judiciais, a depender de atuação legislativa, no intuito de, minimizar a sobrecarga e a morosidade provocadas pelo grande número de demandas repetitivas, promovidas principalmente em sede de juízo de primeira instância.

## 2 PROCESSO COLETIVO: ASPECTOS DESTACADOS

Embora as ações coletivas tenham trachejado caminho quase paralelo à linha do tempo da história jurídica da humanidade, foi somente com o Estado Democrático de Direito que se obteve a configuração constitucional dos direitos fundamentais.

Sua origem retoma a Roma antiga, onde, ao cidadão, conferia o direito de pronunciar-se em defesa do rei *publicae* (coisa pública). Por influência da democracia grega, a consciência republicana dos romanos impulsionava um sentimento de proteção e defesa dos bens de todos – *Republicae interest quam plurimus ad defendam suam causa* (interessa à República que sejam muitos os defensores de sua causa<sup>22</sup>).

20 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9. ed. v. 1, Salvador: JusPODIUM, 2008. p. 52.

21 LACERDA, Galeno Vellinho de. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário 1926-1976*, Porto Alegre, 1976. p. 161-170.

22 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 37-41.

Por sua vez, as antecedentes mais próximas das atuais *class actions* do direito norte-americano e, por conseguinte, da concepção brasileira das ações coletivas são aquelas decorrentes da prática anglo-saxã, com o apontamento de alguns autores para a *Bill of Peace*, do século XVII<sup>23</sup>.

Não obstante as discussões quanto ao seu surgimento, o fato é que as ações coletivas no curso de sua existência sofreram intempéries de ordem política e sociológica durante toda a construção do processo civil, destacando-se os períodos do liberalismo e iluminismo, como dantes aqui já fora observado.

No Brasil, as ações visando às tutelas coletivas sofreram um hiato com o Código Civil de Beviláqua (1916), centrado no proprietário e na autonomia de vontade do indivíduo, ou seja: “segundo as palavras do condutor daquela codificação, teve a intenção de extinguir as ações populares que remanesciam no nosso sistema jurídico, a partir do direito romano”<sup>24</sup>.

O artigo 75 do referido diploma normativo dispunha que “a todo direito corresponde uma ação que o assegura” (*res in iudicium deducta*), demonstrando-se, assim, nítida essência imanentista (SAVIGNY) ou concretista (WACH), correlacionando a lesão ao direito de ação<sup>25</sup>.

Sob a forte influência de estudos dos processualistas italianos (congressos, artigos jurídicos e livros publicados com elementos teóricos), as ações coletivas ganharam destaque na década de 70, momento histórico no qual se vivenciavam a redemocratização e a valorização da atividade do Ministério Público nos pleitos cíveis. Conforme Didier e Zaneti Jr.<sup>26</sup>:

A importância do Ministério Público para as ações coletivas brasileiras está para além dos resultados práticos obtidos: muitos juristas se especializaram na tutela coletiva como membros da instituição e retornaram à sociedade as noções ali desenvolvidas. O projeto de lei que originou a ACP foi fortemente influenciado por esta escola de profissionais, entre os mais destacados devemos indicar Nelson Nery Jr., Édis Milaré, Herman Vasconcelos Benjamin, Hugo Nigro Mazzili, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, entre outros.

[...]

23 A exemplo de Márcio Flávio Mafra Leal in: *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: SAFE – Fabris, 1998.

24 MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: Luiz Manoel Gomes Junior (Coord.). *Ação Popular - Aspectos controvertidos e relevantes - 40 anos da Lei 4.717/65*. São Paulo: RCS, 2006. p.

25 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentário à Constituição de 1967*. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 107.

26 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. v. 4. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 31.

Em certa medida, isto é importante que se diga, o papel da doutrina processual coletiva no Brasil foi facilitado pela tradição jurídica portuguesa medieval que herdamos das Ordenações do Reino. Trata-se do chamado “bartolismo”. Este conceito expressa a nossa predisposição para a aceitação da “boa razão” dos povos civilizados, na busca de melhor solver as questões jurídicas, tanto com importação doutrinária, quanto com transplante legislativo de normas alienígenas. Daí ser correta a expressa proposta por Antonio Gidi para a recepção das *class actions* norte-americanas no nosso direito processual, trata-se de um: transplante responsável<sup>27</sup>.

A consolidação e o fortalecimento do processo coletivo se consumaram definitivamente com a Constituição Cidadã de 1988, superando os paradigmas processuais individualistas, avançando para uma clara possibilidade de uma tutela jurisdicional mais ampla, atinente a novos direitos e situações jurídicas massificadas, decorrentes da evolução tecnológica, social e cultural, típicas da sociedade contemporânea.

## 2.1 Fundamentos sociológicos e políticos da ação coletiva

Com a sociedade moderna, a estrutura processual, antes fincada na relação intersubjetiva de direito individual, é superada pela necessidade de um processo adequado aos novos conflitos coletivos, em razão de uma particular relação entre a matéria litigiosa e a coletividade que necessita de uma tutela para solução.

Ante essa nova matéria litigiosa, sai-se de uma estrutura “atômica” para uma estrutura “molecular” do litígio, com um número cada vez maior de situações “padrão”, a gerar lesões “padrão”.<sup>28</sup>

Duas são as principais razões que justificam, portanto, as ações coletivas: uma, de ordem sociológica, da qual se revela o princípio do acesso à justiça, e outra, decorrente da necessidade de política judiciária, associada à economia processual.

Entre as motivações sociológicas, verificam-se o aumento das demandas de massa que instigam igual litigiosidade em “massa”, a ser controlada em face dos movimentos de crescente globalização, industrialização e urbanização, surgentes, sobremaneira, com o fenômeno de constitucionalização dos direitos humanos e de efetividade dos direitos fundamentais, após o fim da Segunda Guerra Mundial.

27 Apud DIDIER, GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil: uno modelo para países de derecho civil*. Tradução de Lúcio Cabrera de Acevedo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

28 WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e problemas emergentes da práxis forense. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n° 67, jul./1992. p.15.

Já no tocante às motivações políticas, sobressai-se a redução de custos materiais e econômicos na prestação jurisdicional, bem como a uniformização dos julgamentos. Nesta última, tem-se como alvo evitar decisões discrepantes no seio dos diversos órgãos do Poder Judiciário, acreditando-o como instituição republicana viabilizadora de estabilização social e de segurança jurídica, a atingir uma prestação mais célere e efetiva.

Tem-se, assim, uma nova postura da sociedade em relação à perseguição e prestação dos direitos por ela ansiados. Passa-se à visão dos indivíduos como consumidores de direito, requisitando uma prestação jurisdicional de igual quilate, razão pela qual a necessidade de se conferir racionalidade e preparo do sistema jurídico para responder adequada e tecnicamente a essas demandas social e política, ensejando, assim, o processo coletivo.

## 2.2 Processo coletivo e a visão de public law litigation

Os fundamentos e as peculiaridades inerentes aos direitos coletivos retiram-nos do centro de gravidade comum dos conflitos individuais, direcionando-os rumo a um processo no qual orbita o interesse público.

Segundo Abram Chayes<sup>29</sup>, professor da Universidade de Harvard, “na nossa tradição jurídica atual o processo é um veículo para ajustar disputas entre partes privadas a respeito de direitos privados”. De outro lado, o mesmo autor destaca que o processo coletivo serve à “litigação de interesse público”, ou seja, às demandas judiciais que envolvam interesses referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade (todos) e de determinadas comunidades (grupos).

Exemplos de interesses coletivos comumente citados pela doutrina são aqueles relacionados a consumidores, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, turístico, artístico, paisagístico e cultural, a minorias (marginalizadas) e necessitados<sup>30</sup>.

Põe-se em xeque direitos cujo interesse está além dos limites subjetivos de cada indivíduo, a atingir interesses públicos primários ou, até mesmo, secundários com “repercussão primária” (elevado número de atingidos), aos quais devem estar atentos os poderes constituídos do Estado (executivo, legislativo e judiciário).

Na trilha das lições de ALESSI, reporta Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] o interesse coletivo primário ou simplesmente interesse público é o complexo de interesses coletivos prevalente na sociedade, ao passo que

29 CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n° 7, p. 1281-1316, may 1976. esp. 1282

30 SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: APMP/RT, 2003. p. 39-77.

o interesse secundário é composto pelos interesses que a Administração poderia ter como qualquer sujeito de direito, interesses subjetivos, patrimoniais, em sentido lato, na medida em que integram o patrimônio do sujeito. Cita como exemplo de interesse *secundário* da administração o de pagar o mínimo possível a seus servidores e de aumentar ao máximo os impostos, ao passo que o interesse público *primário* exige, respectivamente, que os servidores sejam pagos de modo suficiente a coloca-los em melhores condições e tornar-lhes a ação mais eficaz e a não gravar os cidadãos de impostos além de certa medida.<sup>31</sup>

De tal sorte, revela-se o interesse público do processo não apenas na função que exerce como instrumento de pacificação social, mas, sobretudo, como mecanismo e veículo efetivador de controle e realização de políticas públicas, inclusive, a que diz respeito à própria prestação jurisdicional de forma adequada, célere e efetiva.

O objeto da demanda do processo coletivo há de identificar relevância social da tutela, pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas. Portanto, uma nova tarefa desafia o Poder Judiciário: atender com eficiência os reclames de uma prestação jurisdicional a solucionar conflitos metaindividuais.

Na processualística brasileira, essa visão somente foi despertada pela Constituição da República de 1988, ao trazer significativa carga da doutrina dos direitos fundamentais, deixando a porta aberta para o Poder Judiciário efetivá-los, quando provocados, por meio de uma prestação jurisdicional politizada (politização da Justiça).

Antes dela (CRFB 1988), o Judiciário mantinha-se inerte ligado à justiça retributiva, com apego ao valor individualista do modelo liberal, “apenas algumas decisões em ações populares (com o alargamento dos conceitos de patrimônio e de lesividade por parte dos juízes) e na nascente ação civil pública (já na década de 80) permitiam falar em uma atividade judiciária proativa no Brasil”, sendo esporádica a atuação do Judiciário nesse ponto<sup>32</sup>.

Deixando-se de lado a discussão acerca do ativismo judicial – para não se desviar o foco – quanto aos limites dessa intervenção do Judiciário nos temas afetos à comunidade e o controle das políticas públicas não implementadas ou realizadas de forma deficiente ou insuficiente, a verdade é que os conflitos sociais com objetos de tutelas “macro” ou “massificadas” estão postos, de forma cada vez mais comum, nas mãos desse Poder, a requisitar soluções processuais que permitam

31 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, p. 603. Cf. ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 148-155.

32 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1, 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

uma participação real e positiva dos cidadãos e *corpos intermediários da sociedade*<sup>33</sup>, consagrando-se a noção de democracia participativa e de Estado de Direito Democrático, de modo que se legitime a atuação.

Como acentua DIDIER<sup>34</sup>:

A Constituição Brasileira de 1988 potencializou e implementou ao máximo o papel do Judiciário e do Direito, fundando um novo paradigma: o do Estado Democrático de Direito. Criou-se, outrossim, para além de ter reconhecido expressamente uma dimensão coletiva de direitos fundamentais, institutos para a efetivação destes direitos, como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a arguição de descumprimento de preceito fundamental; desvinculou o Ministério Público Federal das tarefas de defesa dos interesses da União (art. 129, IX da CF/88), atribuindo à Advocacia-Geral da União as atividades de representação dos entes estatais; subdividiu as competências dos tribunais de forma a garantir ao Supremo Tribunal Federal a defesa “precípua” do texto constitucional.

De tal sorte, independentemente da natureza dos interesses ou bens jurídicos em discussão (social ou patrimonial), o que se merece destacar é que as características da lesão ou o elevado número de pessoas atingidas sempre revelam um interesse público primário que justifica a coletivização, realçando a importância dessas demandas, sobretudo, sob a temática processual.

E esses aspectos se reproduzem em muitos dos casos enfrentados contra e pela Fazenda Pública, seja pela natureza do interesse ou bem jurídico questionado, seja pelo número demasiado de demandas idênticas postuladas em juízo, decorrentes da reprodução de comportamentos do Estado perante os cidadãos ou destes frente ao Estado por diversas relações jurídicas base, desde as regidas eminentemente pelo direito público, a exemplo da mantida com os administrados em decorrência de poder de polícia ou quando da prestação de um dever estatal (saúde, segurança e educação), àquelas em que atua no mesmo plano jurídico dos particulares, que reclamam, na maioria das vezes, soluções negociadas<sup>35</sup>, aplicando-lhes o direito comum – *v. g.* locação de imóvel para instalação de órgão ou entidade pública.

Considerando tais fundamentos e aspectos que giram em torno do processo coletivo, com especial atenção sobre o elevado número de pessoas que buscam a garantia e efetivação de direitos que tenham

33 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2004. p. 43.

34 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., *Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo*. v 4. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 43.

35 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

origem comum, gerando persecuções em massa, e o interesse público refletido na necessidade de uma prestação jurisdicional uniforme, célere e igualitária, é que se pode afirmar a coletivização do processo de demandas repetitivas contra a Fazenda Pública como mecanismo do direito fundamental de acesso à justiça.

### 3 DEMANDAS REPETITIVAS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E A NECESSIDADE DE COLETIVIZAÇÃO DO PROCESSO

Antes de avançar sobre o presente tema, interessante se faz delimitar os conceitos de Fazenda Pública e demanda repetitiva ora a serem utilizados.

O termo *Fazenda Pública* geralmente é identificado como sendo a área da Administração Pública que versa sobre gestão de finanças, relacionando-se a tarefas de fixação e implementação de políticas econômicas. De tal sorte, esta expressão está interligada à palavra *Erário* ou *Tesouro*, como sinônimo de conjunto dos recursos econômicos e financeiros de uma entidade ou de um Estado, representando, desse modo, o aspecto financeiro do ente público.

Não é por outro motivo que se emprega a terminologia *Ministério da Fazenda* ou *Secretaria da Fazenda*, a fim de designar órgãos despersonalizados da União ou do Estado-Membro que detêm a competência administrativa para implementar e coordenar política econômica a ser desenvolvida pelo Governo<sup>36</sup>.

A frequência do uso da expressão *Fazenda Pública* acabou atribuindo um sentido mais lato e sendo paulatinamente absorvido pela legislação com o significado de atuação do Estado em juízo ou do ente federativo ou pessoa jurídica de direito público em juízo. A propósito esse tem sido o sentido no Direito Processual.

Hely Lopes Meirelles leciona que:

*A Administração Pública*, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de *Fazenda Pública*, por que seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda<sup>37</sup>.

Não diferente, o processualista Cândido Rangel Dinamarco<sup>38</sup> afirma que *Fazenda Pública* representa a personificação do Estado,

36 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 15-18.

37 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 23. ed. 2ª tiragem, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 590.

38 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Tomo I. 3. ed. n. 78, São Paulo: Malheiros, 2000. p. 179.

abarcando as pessoas jurídicas de direito público. Desse modo, figurando uma pessoa de direito público no processo, mesmo que a demanda não cuide de matéria fiscal ou financeira, há de designá-la comumente de *Fazenda Pública*.

Todavia, a abrangência do termo deve albergar, além da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, também as suas respectivas autarquias e fundações, considerando o tratamento processual a que são dados em par de igualdade e similitude aos entes federativos a que estão vinculadas.

Na oportunidade, elucida Leonardo Carneiro da Cunha:

Ora, se a expressão *Fazenda Pública* identifica-se com as pessoas jurídicas de direito público, é curial que somente estão nela abrangidos a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações públicas. Quanto às fundações, a jurisprudência vem entendendo que, conquanto detenham tal denominação, aquelas tidas como de *direito público* são criadas por lei para exercer atividades próprias do Estado, desincumbindo-se de atribuições descentralizadas dos serviços públicos e sendo geridas por recursos orçamentários. São, portanto, equiparadas a autarquias. Então, sempre que houver referência legal a autarquias, as fundações de direito público estão abrangidas.

A esse rol de pessoas jurídicas de direito público acrescem as *agências*, às quais se tem atribuído a natureza jurídica de *autarquias especiais*, significando dizer que tais agências se constituem de pessoas jurídicas de direito público, destinadas a desempenhar atividade pública<sup>39</sup>. As agências podem ser *executivas* ou *reguladoras*. As primeiras consistem em entidades dotadas de competência para o "... desempenho direto de atividades administrativas, inclusive com atribuição de tarefas materiais, mormente no âmbito do desempenho daquilo que, no âmbito das concepções continentais, se considera como funções públicas e serviços públicos, mas eventualmente também no tocante a atividade econômica propriamente dita". Por sua vez, as agências reguladoras "... dispõem de competência normativa, com poderes para disciplinar a prestação de serviços públicos por particulares ou o desempenho de atividades econômicas privadas, mas de interesse coletivo".

Também se insere nesse bloco as associações públicas, ao integrarem o rol de pessoas jurídicas de direito público interno contida no art. 41 do Código Civil Brasileiro, ante a redação dada pela Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. Segundo esta Lei Federal, quando o consórcio público constituir associação pública, este adquirirá personalidade jurídica de direito público mediante a vigência das leis de ratificação do

39 JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 391.

protocolo de intenções, integrando a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados<sup>40</sup>.

Dispõem os aludidos dispositivos legais:

- Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) -

Art. 41 São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

*IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;* (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

- Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005 -

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

*I - de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;*

*II - de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.*

§ 1º. *O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.*

Enfim, quando se falar em *Fazenda Pública* no presente estudo, atender-se-á ao conceito consagrado no ambiente do Direito Processual, referindo-se tanto aos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) quanto às autarquias e fundações públicas, incluindo-se as agências executivas e reguladoras por ostentarem envergadura e qualidades de autarquias especiais, bem como as associações públicas, por desfrutarem da condição de pessoa jurídicas de direito público.

Já no que toca a expressão *demandas repetitivas*, não se inovará em sua acepção, fazendo-se alusão a elas como sendo a multiplicidade de conflitos individuais que tenham como alvo a mesma questão jurídica

<sup>40</sup> Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

*I - de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;*

*II - de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.*

§ 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.

controvertida em juízo, ou seja, ações que têm por objeto circunstâncias fáticas ou fundamentos jurídicos idênticos, e que, por tais razões, podem ser consideradas como ações individuais homogêneas quanto à causa de pedir e pedido<sup>41</sup>.

Nesse contexto, observa-se que a maior parte das questões jurídicas controvertidas judicializadas em massa contra a Fazenda Pública varia basicamente de acordo com o ente federativo (União, Estado-Membro, Distrito Federal e Municípios e respectivas entidades públicas da estrutura descentralizada a eles vinculadas), a localidade onde surgem ou são travadas e a eventual relação jurídica atribuída às partes quanto à responsabilidade pelo evento ou garantia de determinado direito alegado.

Certamente, a título de ilustração, pode-se afirmar que uma Vara Federal localizada numa zona rural terá números muito mais expressivos de ações judiciais idênticas em busca de aposentadoria especial, considerando suposta tese jurídica que atribua direito automático a tal benefício, dispensando-se provas ou início delas, pelo simples preenchimento de condição fática comum a todos – *e.g.*: está relacionado na lista de voluntários na coleta de grãos realizado pela CONAB – Companhia Nacional de Abastecimento em determinadas safras sob a influência de estímulo ou plano de governo –, ante a atividade predominantemente agrícola da região, do que outra sediada na Capital de um Estado da Federação, de reconhecida atividade comercial e industrial, como Fortaleza ou Rio de Janeiro, por exemplo.

De mesmo modo, possíveis dissonâncias e peculiaridades jurídicas serão constatadas dos pleitos de servidores públicos (estaduais) de um rico Estado-Membro da Região Sudeste do país quando comparados àqueles perseguidos por funcionários de um ente mirim, como o Município de Araruna, localizado no brejo do Estado da Paraíba.

Isso se dá não só em razão da autonomia político-administrativa que detém as pessoas jurídicas de direito público interno, proporcionando a edição de regimes jurídicos distintos, mas, pela própria realidade social e situacional (densidade demográfica, quantitativo de pessoal no serviço público, complexidade ou simplicidade da estrutura organizacional da Administração Pública, nível de instrução e educacional, número de ações propostas, ser ou não sede de Comarca Judiciária *etc.*) e capacidade econômica que os distanciam (orçamento público, média de arrecadação, riquezas geradas, investimentos do setor público e privado, aporte de recursos, além de outros fatores).

Não se está aqui a firmar critérios de identificação de demandas repetitivas, mas apenas demonstrando elementos que podem, ou não, levar a ocorrência de ações em série e as circunstâncias que as orbitam,

41 FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro*: Direito em expectativa: reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 22. (LGL\1973\5)

com o sóbrio propósito de aferir aspectos que, por vezes, não são fáceis nem devidamente mensurados por juízos que mantenham certa distância física (reexame e superior) da realidade vivenciada pelas partes. Sob esta perspectiva, por manter um contato mais próximo do contexto fático-jurídico levado ao Poder Judiciário, figurariam os juízes singulares como mais habilitados e sensíveis a trazer uma solução definitiva a esses conflitos.

Pelo modelo atual – recursos repetitivos (CPC, art. 543-C<sup>42</sup>) – e por aquele que se avizinha para solução de conflitos em massa – incidente de resolução de demandas repetitivas contemplado pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil – a pacificação ou uniformização de entendimento a respeito de determinada tese jurídica pelos órgãos de composição colegiada (tribunais) favorece a valorização da jurisprudência e do papel institucional das Cortes nesse ponto, ao procurar dar tratamento isonômico aos jurisdicionados.

Muito embora prestigie a celeridade, obstando o conhecimento de recursos em suas origens, e oportunize a apreciação da matéria discutida por mais de um julgador, as medidas processuais apontadas não resolvem o problema do volume de ações que encharcam os órgãos judiciários, eis que continuam a replicar atos processuais de forma mecânica, bem como não põe termo a matérias fáticas, pois limitam a examinar

42 Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 1o Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008)

§ 2o Não adotada a providência descrita no § 1o deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 3o O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008)

§ 4o O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008)

§ 5o Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4o deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008)

§ 6o Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008)

§ 7o Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 8o Na hipótese prevista no inciso II do § 7o deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008)

§ 9o O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008)

*processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, conforme última redação do artigo 988 do Projeto do Código de Processo Civil*<sup>43</sup>. Em letras:

Art. 988. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.

Na toada do Estado Democrático de Direito, em que se reconhece e se busca uma concretização do acesso à justiça, onde a Constituição da República efetivamente ocupa o centro do sistema jurídico, da qual irradiam valores objetivos através dos quais devem ser criadas, interpretadas e aplicadas as normas jurídicas, incluindo-se aquelas da ordem do direito processual civil<sup>44</sup>, parece que o discurso implícito atinente aos mecanismos de julgamento de recursos e demandas repetitivas ameniza, mas não satisfaz, as garantias constitucionais por completo, nem soluciona os problemas enfrentados na porta de entrada do Poder Judiciário – o juízo singular (primeira instância).

Sabe-se que a redemocratização e o decorrente processo histórico de valorização dos direitos fundamentais proporcionaram e viabilizaram que a sociedade buscasse ainda mais o Poder Judiciário como solucionador de conflitos e garantidor de direitos. O resultado disso se vê até hoje com o elevado número de processos e com uma estrutura da máquina judiciária inflacionada, mas sem conseguir acompanhar ou conter “essa sede por justiça”.

Não se pode deixar de considerar que esse “inchaço” certamente também sofre influência do “mercado profissional” ou “indústria” da advocacia, estimulada por uma atrativa política de honorários (inclusive os sucumbenciais) – razão de ser de boa parte da pulverização de lides individuais e, conseqüentemente, do pouco ou mau uso das ações coletivas.

Aliado a isso, outro fator contribuinte reside na própria Administração Pública, eis que impregnada e cada vez mais dependente do Direito, ao ponto

43 *EMENDA AGLUTINATIVA SUBSTITUTIVA GLOBAL* (Aglutinação das Emendas da Comissão nºs 5, 31, 34, 53, 54, 56, 71, 75, 105, 119, 132, 133, 144, 164, 168, 199, 210, 248, 251, 258, 275, 280, 282, 298, 301, 302, 318, 321, 328, 329, 331, 335, 337, 338, 354, 370, 388, 395, 404, 407, 410, 414, 421, 431, 444, 448, 450, 458, 478, 485, 488, 505, 511, 517, 523, 526, 538, 539, 540, 546, 562, 564, 575, 581, 586, 588, 591, 620, 621, 642, 667, 686, 688, 689, 695, 696, 697, 703, 711, 717, 718, 726, 736, 739, 740, 753, 754, 763, 775, 790, 797, 799, 814, 826, 838, 839, 847, 848, 866, 874, 875, 878, 898, e 899, de 2011; das Emendas nºs 9, 17, 75 e 92 do Relator-Parcial Efraim Filho; 37, 42, 43, 55, 56 e 60 do Relator-Parcial Arnaldo Faria de Sá; 1 do Relator-Parcial Hugo Leal; das Subemendas 5, 6 e 9 do Relator-Parcial Efraim Filho; 13, 15 e 19 do Relator-Parcial Jerônimo Goergen; 2, 6 e 8 do Relator-Parcial Arnaldo Faria de Sá; dos Projetos de Lei nºs 8.046, de 2010, 2.963, de 2011, e do Substitutivo Adotado pela Comissão Especial) “PROJETOS DE LEI Nºs 6.025, DE 2005, 8.046, DE 2010, E AOS PROJETOS DE LEI Nºs 1.489 E 1.824, DE 1996; 491, DE 1999; 6.507, 6.870-A E 7.499-A, DE 2002; 1.522 E 1.608, DE 2003; 4.386, DE 2004; 5.983, DE 2005; 7.088 E 7.462, DE 2006; 212 E 887, DE 2007; 3.015, 3.387, 3.743 E 3.919, DE 2008; 5.475, 5.748, 6.178, 6.195, 6.208 E 6.407, DE 2009; 7.360 E 7.506, DE 2010; 202, 217, 241, 1.199, 1.626, 1.628, 1.650, 1.850, 1.956, 2.627, 2.963 E 3.006, DE 2011; 3.743, 3.907, E 4.110, DE 2012; E 5.562, DE 2013. Código de Processo Civil.”

44 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

de transformar em jurídico o que, por vezes, é meramente burocrático ou pragmático, bem como, sob falacioso pretexto do incandescente movimento pós-positivista do Estado Democrático de Direito, preferir tratar como direitos fundamentais de cada indivíduo problemas cujas soluções guardam amplitudes sociais; talvez, à espera de legitimar ou perpetuar atuações políticas (ou de políticos) – *one man, one vote*<sup>45</sup>.

Em que pese essas constatações, a alternativa alcançável de imediato foi a processual, criando-se uma cultura formalista-excessiva, de embaraço cada vez maior de ações e recursos, além da utilização de um tecnicismo processual extremado, limitando o acesso à justiça, na maior parte das vezes, estritamente ao seu aspecto formal. Surgiu, assim, o comportamento seletivo dos Tribunais, convencionado nominadamente de *jurisprudência defensiva*.

Segundo Márcio Carvalho Faria, “[...] expressão [essa] cunhada, pelo que se tem notícia, pelo então Min. do STJ Humberto Gomes de Barros, por ocasião de seu discurso de posse à Presidência daquele Tribunal. Para ele, a jurisprudência defensiva consiste ‘na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhes são dirigidos’”<sup>46</sup>.

Nesse talante, devem-se impingir as reformas processuais, no afã de resgatar um *formalismo-valorativo*<sup>47</sup>, a favorecer, ao invés de prejudicar, o acesso à justiça (material: ordem jurídica justa, adequada, efetiva e tempestiva); este na concepção mais próxima dos estudos de Florença, destacada pelos Professores Mauro Cappelletti e Bryan Garth<sup>48</sup>, ou seja, de tornar plena a prestação jurisdicional, deixando-se de lado as filigranas processuais para buscar a resolução do litígio e a tutela dos interesses juridicamente relevantes do jurisdicionado<sup>49</sup>.

Especificamente a respeito do *incidente de resolução de demandas repetitivas* a ser inaugurado com o Código de Processo Civil projetado, vê-se nitidamente tratar de alternativa para potencializar o sistema atual de proteção dos direitos individuais homogêneos. Tem inspiração no procedimento-modelo alemão denominado *Musterverfahren*; experiência

45 Expressão utilizada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no julgamento do caso *Reynolds vs. Sims*, em 1964.

46 FÁRIA, Márcio Carvalho. O novo código de process civil vs. a jurisprudência defensiva. *Revista de Processo*, v. 210, p. 263. Ago./2012. DRT\2012\450438. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=332>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

47 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Disponível em: <[www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO\\_O\\_Formalismo-valorativo\\_no\\_confronto\\_com\\_o\\_Formalismo\\_excessivo\\_290808.htm](http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm)>. Acesso em: 12 nov. 2013.

48 CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 7-13.

49 *Ibidem*, [37].

alienígena de processos judiciais relativos ao Mercado de Capitais, em determinadas causas postuladas por investidores, expressas em lei<sup>50</sup>.

Segundo anota Mendes e Rodrigues<sup>51</sup>, a Exposição de Motivos do novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5) deixa clara tal inspiração na seguinte passagem: “com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta”<sup>52</sup>.

Consoante observa Marcela Kohlbach de Faria<sup>53</sup>,

[...] O procedimento adotado pelo Código não é idêntico ao procedimento alemão, principalmente tendo em vista que a lei alemã possuía vigência por lapso temporal limitado<sup>54</sup>, já que o objetivo daquele diploma legal era a de sanar um problema pontual, decorrente da divulgação falsa em prospectos, com relação ao valor dos ativos mobiliários pela “Deutsche Telekom”, em 1999 e 2000, o que deturpou os valores das ações da empresa, gerando uma explosão de ações judiciais fundadas no mesmo fato<sup>55</sup>.

Inegável é o intuito de contribuir para a efetivação dos princípios da segurança jurídica, da isonomia da economia processual e da duração razoável ao processo, à medida que possibilita uma uniformização de julgamento. Contudo, peca o procedimento de resolução de demandas repetitivas pela supressão da competência do juízo singular e não dissolver, como antes dito, o volume de ações individuais que permaneceram a ser dirimidas formalmente.

Em brevíssimo resumo, sem entrar nos detalhes procedimentais que fogem da presente proposta, o que se pretende com o incidente de resolução de demandas repetitivas é antecipar a definição de questões jurídicas repetitivas a fim de acelerar o proferimento (ou melhor) reprodução de julgados pelos órgãos judiciários. Elege-se uma ou mais ações modelo que, avocada pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional, ao apreciar e definir a tese jurídica, profere decisão de efeito

50 FARIA, Marcela Kohlbach de. Recursos repetitivos no novo Código de Processo Civil. Uma análise comparativa. *Revista de Processo*, v. 209, p. 337, jul./2012. DTR\2012\44850.

51 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 211, p. 191, set./2012. DRT\2012\450581.

52 BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*. Brasília: Senado Federal, 2010. p. 21.

53 FARIA, op. cit. [41].

54 Inicialmente, o prazo de vigência para a aplicação da Lei era da sua instituição, em 2005, até 01.11.2009. Posteriormente, a vigência da Lei foi ampliada até o dia 31.10.2012. Disponível em: [www.gesetze-im-internet.de/kapmug/BJNR243710005.html#BJNR243710005BJNG000200000]. Acesso em: 17 out. 2013.

55 CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, v. 147. p. 123. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2007.

vinculante *pro et contra* as demais unidades judiciais abrangidas pelo âmbito territorial de sua jurisdição.

Ao que se vê, de alguma forma, atinge-se o primado constitucional do juiz naturalmente destinado para a causa (juiz de direito, juiz federal *etc*), eis que não se trata de hipótese tipificada de competência originária de processamento e julgamento por tribunais.

Embora cumpra esclarecer que não se pretende desmerecer ou afastar a aplicação do novel instituto processual, pertinente se faz reproduzir alguns dos apontamentos críticos de Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa apenas a título de reflexão e cotejo com o posicionamento adotado no presente estudo:

Sob o primeiro prisma, a novidade de fato não parece conveniente, pois a história do direito brasileiro no século XX revela que muitos avanços da jurisprudência (que se antecipa à lei e rompe paradigmas, como bem observou José Rogério Cruz e Tucci)<sup>56</sup> tiveram início em primeira instância, mais próxima da realidade e das pessoas “de carne e osso” (das misérias do mundo, diriam alguns), sendo chanceladas pelos tribunais somente em momento posterior (às vezes,  *muito posterior*).

Desse modo, como observa Barbosa Moreira, “bloquear, de forma direta ou indireta, na produção dos órgãos situados na base da pirâmide judiciária, os eventuais desvios das teses firmadas em grau superior significa, em certos casos, barrar precocemente um movimento, talvez salutar, de renovação da jurisprudência”<sup>57</sup>.

[...]

Realmente, das normas de organização judiciária, muitas delas constantes da Constituição da República (LGL\1988\3) e das Constituições dos Estados, bem como das regras relativas aos recursos e ao andamento dos processos nos tribunais presentes no CPC (LGL\1973\5), exsurge que a competência destes, como regra, é recursal, somente podendo ser exercitada depois de um julgamento em primeira instância, se uma das partes (ou eventualmente terceiro) com ele não se conformar (ressalvados os casos em que a eficácia da decisão está sujeita ao seu reexame pela instância superior – art. 475 do CPC (LGL\1973\5)).

Em outras palavras, o juiz natural da causa é o julgador de primeiro grau de jurisdição (juiz de direito, juiz federal *etc.*), possuindo o tribunal ao qual vinculado apenas competência recursal (*in* “O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil.

56 CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 287-294.

57 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos*. Temas de direito processual: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 311.

Comentários aos arts. 930 a 941 do PL 8.046/2010". *Revista de Processo*, v. 206, p. 243, abr/2012DTR\2012\2698).

O referido autor segue a trilha deixada por BARBOSA MOREIRA (2007). Em letras:

De certas normas todos reconhecem com facilidade que devem ser aplicadas do mesmo modo em todo o território nacional; entre elas, sem dúvida, em linha de princípio, as normas constitucionais. Já com relação a outras pode mostrar-se mais aconselhável dar espaço a porção menor ou maior de flexibilidade interpretativa, capaz de levar em conta variáveis regionais ou locais, a cuja luz também se justifique uma variação nas soluções. É o que sucede, por exemplo, com disposições legais que se valham de conceitos jurídicos indeterminados – como “bons costumes”, “conduta desonrosa”, “elevado valor” e outros cuja concretização se sujeite à influência de fatores culturais dificilmente redutíveis à uniformidade, sobretudo em país com as dimensões e as desigualdades do nosso<sup>58</sup>.

É verdade que, como bem destaca Caponi<sup>59</sup>, a tendência é, no que concerne ao estudo da matéria, inclusive na Alemanha, elaborar uma tutela coletiva eficiente, ou pelo menos adequada, mantendo substancialmente inalterado o modelo tradicional de tutela jurisdicional dos direitos subjetivos individuais em todos os seus elementos fundamentais – papel da defesa, contraditório, técnica de procura dos fatos, limites subjetivos da eficácia da sentença *etc*).

No entanto, a nobreza dessa pretensão deixa, em vários momentos, de atender a uma tutela eficiente, motivo pelo qual se ousa sugerir no presente estudo algumas alterações legislativas a se somar e amoldar às normas e aos procedimentos processuais já existentes, no intuito de tonificar o sistema jurídico das tutelas coletivas, mesmo que seja necessário romper, em certos aspectos, com o modelo tradicional.

A inserção de variáveis no modelo tradicional, que ainda se encontra limitado à simples promoção de ações coletivas por atores legitimados em rol exaustivo, como a ideia conceptiva de se criar incidente de coletivização a ser provocado pelo próprio magistrado, pelas partes envolvidas, inclusive a própria Fazenda Pública se assim aprover seu órgão de representação (Advocacia-Geral da União, Procuradorias-Gerais dos Estados, Distrito Federal e Municípios), ou terceiros, como os grupos organizados (associações e sindicatos), em proximidade de atuação da figura do *Organizational Private Attorney General* (Procurador-Geral Organizacional Privado)<sup>60</sup> – a detalhar mais à frente –, além da Defensoria Pública, do Ministério Público, em cada

58 BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 311-312.

59 CAPONI, Remo. *Modelo europeu de tutela coletiva no processo civil: comparação entre a experiência alemã e italiana*. *Revista de Processo*, v. 200, p. 235, out./2011. DTR\2011\3999.

60 CAPPELLETTI; GARTH, op. cit. [1], p. 56-57.

pertinente campo de atuação constitucionalmente definido, amostram-se como possibilidade de medidas a serem implantadas com o propósito de preencher lacunas pendentes do sistema.

Ainda se apresenta convidativa a abertura da participação da comunidade jurídica, como outros magistrados, que queiram compartilhar experiências ou fundamentos de convencimento racional, e advogados interessados, por intermédio da Ordem de Advogados do Brasil (detalhes a seguir), a desempenhar importante papel da advocacia nas temáticas em que o processo coletivo sirva à “litigação de interesse público”.

A conjugação de mecanismos, sem a exclusão de outras soluções que estão por vir, incita a busca da adequação necessária para que o processo coletivo atinente a demandas repetitivas contra a Fazenda Pública torne-se eficiente, conforme se passa a desenhar nos desdobramentos a seguir.

### 3.1 Princípio da adequação procedimental e necessidade de atuação legislativa

O Professor Fredie Didier Jr. defende que o processo é instrumento de definição (certificação), proteção (asseguração) e realização (efetivação) do direito material, revelando isto a síntese de seu escopo jurídico<sup>61</sup>.

Tomando as lições de Galeno de Lacerda<sup>62</sup>, o referido autor baiano afirma mais: “trata-se na verdade, do mínimo de funções que se podem observar da análise do fenômeno processual – e talvez sejam as mais peculiares –, embora não se olvidem funções outras como as social (pacificação social, p. ex.) e política (tutela das liberdades públicas, p. ex.)”<sup>63</sup>.

Diante dessa premissa, tem-se por fundamental a adequação do instrumento ao objeto de direito material ao qual serve de condução, de modo que, da forma mais fluída possível, alcancem-se os fins propostos da sua criação. É nesse contexto que está imbuído o surgimento do *princípio da adequação* do processo à situação substancial.

A relevância dessa diretriz processual é qualificada por Galeno Vellinho de Lacerda<sup>64</sup> de “princípio unitário e básico, a justificar, mesmo, a autonomia de uma teoria geral do processo”.

Superada a fase imanentista da teoria processual, na qual se consumava dizer que processo e procedimento confundiam-se, ou que o processo era concebido como um mero procedimento, o direito processual ganhou autonomia a partir da obra de Oskar Von Bülow

61 DIDIER JR. Fredie. Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, v. I, n° 7, out./2001. Salvador: 2001.

62 LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário*, Porto Alegre, 1976.

63 Ibidem, [53].

64 Ibidem.

– *Die lehre von den processeinreden und die processvoraussetzungen* (*La teoría de las excepcionaes procesales y los presupuestos procesales* – tradução espanhola), publicada em 1868, passou-se a definir a separação entre relação jurídica de direito processual e relação jurídica de direito material (substancial)<sup>65</sup>, destacando-se, ainda, a dissociação entre processo e procedimento nessa obra inaugural do processualismo.

BÜLOW insistia na necessidade de se perceber que os atos das partes e do juiz, além de constituírem procedimento, também encenavam uma relação jurídica de natureza processual. Daí as noções que orientam a compreensão do nexa entre processo e procedimento, ou seja, que o processo é uma realidade complexa, a qual pode ser observada, a depender do ângulo, como um procedimento ou como uma relação jurídica<sup>66</sup>.

Com o Estado Democrático de Direito, a concretização da tutela de direitos constitui a finalidade precípua da jurisdição, espécie legítima do dever de proteção às posições jurídicas definidas no plano do direito material, de onde decorre a exigência do processo se adequar ao caso concreto, de modo que, ante o seu ericamento à garantia constitucional, possa distribuir a tutela de forma efetiva.

De tal sorte, a ação ganha contornos substantivos e, por conseguinte, de direito fundamental; direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, que não pode ser desassistido em razão de lacunas ou falhas técnicas da legislação ordinária<sup>67</sup>.

Diante desse cenário, Marinoni (2006) enfatiza que o processo, como instrumento de jurisdição que é, “deve legitimar – pela participação –, deve ser legítimo – adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais – e ainda produzir uma decisão legítima”. Afirma ainda que o “processo é o procedimento que, adequado à tutela dos direitos, confere legitimidade democrática ao exercício do poder jurisdicional”, em outras palavras: “igualmente o procedimento idôneo às tutelas prometidas pelo direito material e à proteção do caso concreto”.

Em que pese a proximidade conceitual entre os institutos (processo e procedimento) defendida pelo Professor Luiz Guilherme Marinoni, o que sobressai é a importância da adequação procedimental para o direito material a ser tutelado por meio da jurisdição, refletida nas seguintes palavras do processualista Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

65 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. v. 1, São Paulo: Malheiros, 2009. p. 260.

66 BAUMBACH, Rudinei. *Adequação procedimental e eficácia dos direitos fundamentais processuais*. Brasília, 2013. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13691/1/2013\\_RudineiBaumbach.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13691/1/2013_RudineiBaumbach.pdf). Acesso em: 03 dez. 2013.

67 MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v1: teoria geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

A sedimentação dessas ideias obrou para que hoje se encontre pacificado o entendimento de que o procedimento não ser apenas um pobre esqueleto sem alma, tornando-o imprescindível ao conceito a regulação das atividades das partes e do órgão judicial, conexas ao contraditório paritário e ainda ao fato temporal, a fatalmente entremear esta atividade<sup>68</sup>.

Tais considerações levam a concluir que não se pode atribuir qualquer rito, em elevado grau de abstração em relação à situação jurídica submetida à apreciação judicial, para a obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva e adequada.

Os procedimentos não são criados a esmo. As suas construções relacionam-se, inclusive, com a produção da coisa julgada material, seja pela dependência de uma cognição judicial exauriente, seja pela razão de que eles são projetados conjugando técnicas de cognição. O princípio da adequação aparece nesse contexto, portanto, para emprestar a maior efetividade possível ao direito processual<sup>69</sup>.

Assim, em aplicação prática, o princípio da adequação funciona como elemento informador da produção legislativa do procedimento em abstrato, a desempenhar seu papel no sentido pré-jurídico, consoante destacado nas lições Galeno de Lacerda<sup>70</sup>.

Observa-se que a própria construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as idiosincrasias do objeto do processo a que servirá, devendo o legislador atentar para tais circunstâncias, de modo que se favoreça sempre a efetividade da prestação jurisdicional, entre elas, uma solução mais célere e racional, inclusive sob a ótica da economicidade (benefício *versus* custo do processo).

Conforme alerta Didier Jr. (2001), “um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional. O princípio da adequação não se refere apenas ao procedimento. A tutela jurisdicional há de ser adequada; o procedimento é apenas uma forma de se encarar este fenômeno”.

Deve-se ter em mente a noção de tutela jurisdicional qualificada, a significar a adjetivação da atividade estatal de prestar uma justiça com tempestividade, efetividade e adequação<sup>71</sup>, ou seja, uma tutela jurisdicional adequada à realidade do direito material, que garanta ao procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às particularidades da situação de direito material<sup>72</sup>.

68 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual*. Porto Alegre: Revista da AJURIS, v. 43.

69 DIDIER JR. Fredie. Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, v. I, nº 7, out. 2001. Salvador: 2001.

70 DINAMARCO, op. cit. [57], p. 263.

71 Fazendo uma alusão à doutrina relativa ao acesso à justiça de Kazuo Watanabe, op. cit. [13].

72 MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 204.

Para tanto, é do legislador a incumbência de garantir aos cidadãos medidas para que eles possam alcançar concretamente o exato direito que pretendem obter, isto é, repousa sobre o legislativo a tarefa de criar um procedimento adequado às particularidades do direito pleiteado, pois, para que sejam conferidos os atributos de legalidade e legitimidade à decisão, faz-se necessário a previsibilidade e anterioridade do procedimento<sup>73</sup>.

Retomando os ensinamentos de Lacerda (1976, p. 161-170), a adequação se apresenta em três aspectos inter-relacionados: subjetivo, objetivo e teleológico.

A adequação subjetiva está associada à figura dos litigantes. Exemplo bem propício desse aspecto ao presente estudo é a competência do juízo estabelecida em razão de entes públicos federais (art. 109, I, da CRFB<sup>74</sup>).

Por sua vez, o aspecto teleológico da adequação consiste na correspondência do procedimento com a função a que se destina ou, ainda, quando adaptado a valores limitados (Juizado Especial, por exemplo). Na explicação de Galeno Lacerda:

Claro está que o processo de conhecimento, porque visa à definição do direito, requer atos e rito distintos daqueles exigidos para a execução, onde se cuida da realização coativa do direito declarado, ou para o processo cautelar, que busca a segurança do interesse em lide<sup>75</sup>.

Na perspectiva objetiva, a adequação apresenta três critérios para o legislador amoldar o procedimento à tutela jurisdicional a ser prestada: 1º) a natureza do direito material, que, conforme a sua relevância, pode impor uma modalidade mais efetiva; 2º) a forma como se apresenta o direito material no processo; e 3º) a situação processual de urgência.

Sobre o tema, arremata o processualista gaúcho:

Interessante é observar como a diferença de grau entre a disponibilidade e indisponibilidade do objeto, isto é, do bem jurídico material, influi necessariamente nas regras de processo. As repercussões dessa gradação nos vários tipos de processos explicam as soluções várias e específicas para problemas como o impulso processual, a extensão dos poderes do juiz e dos direitos e deveres das partes, os efeitos da aquiescência, a natureza de preclusão e da coisa julgada, a distinção quanto aos vícios do ato processual, a disponibilidade das provas, a substituição e a sucessão no processo, e tanto outros<sup>76</sup>.

73 MARINONI, op. cit. [59], p. 214.

74 Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

75 LACERDA, 1976:166-167.

76 Idem.

Sensível à percepção da vida moderna, têm-se operado transformações no procedimento processual civil, de modo que decisões proferidas no âmbito individual acabam por repercutir além das partes atuantes, a ponto de influenciar na solução (julgamento) de outras lides semelhantes de um determinado caso concreto<sup>77</sup>.

Ao compartilhar o entendimento de Antonio do Passo Cabral<sup>78</sup>, Bonfim elucida que o intuito maior é buscar métodos de decisão em bloco que partissem de um caso concreto entre litigantes individuais; a instauração de uma espécie de incidente coletivo dentro de um processo individual, preservando, no entanto, dentro da multiplicidade genérica, a identidade e especificidade do particular, “sendo cada membro do grupo tratado como uma parte, ao invés de uma não parte substituída, na tentativa de estabelecer algo análogo a uma *class action*, porém sem classe”<sup>79</sup>.

Isso se dá porque, em se tratando de direitos coletivos, os institutos processuais do Código de Processo Civil de 1973 – ideal liberalista voltado para conflitos individuais – necessitam ser percebidos por uma nova ótica, principalmente considerando que a sua natureza transindividual não admite que sejam interpretados à luz dos rigores formalistas de outrora, sob o risco de não se alcançar uma efetividade social através da tutela jurisdicional.

Ainda, anota Tomé Rodrigues de Pontes Bonfim:

Tal mudança evidencia a insuficiência e a limitação quando da aplicação dos antigos dogmas da hermenêutica privatista à tutela de direitos titularizados por toda uma coletividade, mormente quando apenas um legitimado move a ação em benefício de um todo coletivo, devendo-se ter em conta não a estrutura subjetiva do processo, mas sim a matéria litigiosa nele discutida<sup>80</sup>.

[...]

Impende frisar que a grande resistência para a utilização da ação civil pública em sede de implantação de políticas públicas na área da saúde deve-se ainda à ideia retrógrada do legislador liberal em querer instituir códigos hermeticamente fechados, numa tentativa desesperada de manter a ação individual como a via obrigatória de toda demanda, restando claro o traço privatista do sistema processual.

77 BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O devido processo legal nas causas repetitivas. In: ARAÚJO, José Henrique Mout; DIDIER JR., Fredie (Coords.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPODIVM, 2009.

78 CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, ano 32, n. 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2007.

79 BONFIM, Thomé Rodrigues de Pontes. *O sistema processual brasileiro vigente: incompatibilidades entre seus institutos privatistas e a busca pela efetividade dos “direitos sem dono”*. *Revista Eletrônica do Curso de Direito do CESMAC*, v. 1, n. 2, 2012. Disponível em: <<http://www.fejal.com.br/revista/index.php/refletindo/article/view/72>>. Acesso em: 3 dez. 2013.

80 *Ibidem*.

Traço marcante das ações coletivas brasileiras é justamente a existência da possibilidade de, frente ao interesse de uma série de sujeitos distintos (identificáveis ou não), poderem ser ajuizadas e conduzidas por iniciativa de uma única pessoa, razão pela qual a matéria, objeto de tais ações, refere-se a novos direitos e a novas formas de lesão oriundas de uma natureza comum, levando a transposição de uma estrutura atômica para uma estrutura molecular do litígio<sup>81</sup>.

É por isso que se leva a concluir e defender que, ainda que versem sobre interesses patrimoniais individualizados ou individualizáveis, ao ganhar vulto coletivo, adquirem uma conotação social que os tornam indisponíveis sob a ótica processual<sup>82</sup>, a estabelecer uma visão do processo coletivo como uma *litigação de interesse público* (vide subtópico 3.2 supra).

Portanto, para perceber a tutela coletiva como realmente deve ser vista, há de se abandonar a postura de sempre pensar o direito alheio como individual, rompendo-se, assim, com a dicotomia de que ou o direito é próprio ou alheio, ideia que não se encaixilha com a concepção de direitos transindividuais. Nestes o direito é titularizado pela coletividade ou pela comunidade, não havendo falar-se em alheio, o que refuta igualmente qualquer classificação da legitimidade em ordinária ou extraordinária<sup>83</sup>.

A doutrina tem reagido a esse desprestígio ou menor utilidade do processo coletivo, que decorre, talvez, do indevido emprego de rígidas regras formalistas, típicas de um processo voltado à solução de conflitos individuais, prática não mais condizente com o Estado Democrático de Direito.

Afirma-se, hoje, a maleabilidade formal do processo coletivo no intuito de que se privilegie o exame de mérito em detrimento de requisitos e pressupostos de admissibilidade processual, a fim de que ele realize a sua função social. Nos dizeres de Gregório Assagra de Almeida, deve-se “demolir a prisão formalista alicerçada pela filosofia liberal individualista”<sup>84</sup>.

A racionalização das decisões judiciais é algo que se faz cada vez mais premente. Não se pode mais simplesmente atuar “num faz de conta”, com o coração voltado apenas para números contidos numa tabela de demonstração estatística. A massificação de demandas judiciais repetitivas requisita que mecanismos processuais, como o processo coletivo, seja mais bem utilizado e viabilizado como medida de otimização de uma prestação jurisdicional eficiente.

81 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. *Revista de Processo*, nº 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 175.

82 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 324.

83 ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual de processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 758.

84 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Destaca-se a observação de Kazuo Watanabe<sup>85</sup> no tocante a um erro bastante praticado no dia-a-dia forense: a constante e inadmissível fragmentação de conflitos coletivos em múltiplas ações pseudoindividuais (de aparente singularidade individual), quando seria suficiente a propositura de apenas uma ação coletiva, em vista a natureza unitária e incidível da relação jurídica substancial<sup>86</sup>.

Diferente do que esse tipo de comportamento faz equivocadamente presumir, a defesa de direitos individuais homogêneos por meio de uma ação coletiva não se traduz em uma simples soma de ações individuais, ao contrário disso, a ação coletiva é caracterizada por interesses individuais homogêneos cuja pretensão do legitimado se concentra no acolhimento de uma tese jurídica geral, passível, por conseguinte, de ser aproveitada por muitas pessoas<sup>87</sup>.

O processo coletivo também contribui com o princípio da isonomia ao minimizar a possibilidade de julgados divergentes que tenham por alvo a mesma questão de direito e envolvam pessoas que se encontram em idêntica *situação de fato-tipo*<sup>88</sup>, viabilizando-se que o Poder Judiciário distribua tratamento igualitário em total sintonia com os ideais democráticos e de fortalecimento do princípio do acesso à justiça sob a perspectiva de um direito fundamental.

A adequação procedimental se mostra como matiz instrumental à eficácia dos direitos fundamentais processuais, tanto na perspectiva intransitiva (devido processo, processo justo) quanto na transitiva, cujo foco é o direito material (acesso à justiça, tutela jurisdicional efetiva), consoante defendido por<sup>89</sup> BAUMBACH, que arremata:

O assim chamado princípio da adequação procedimental estrutura-se a partir da constatação de que o rito tem que ser capaz de bem garantir – na medida do possível, ponderando-se *in concreto* os vetores normativos que venham a apontar para direção opostas – o exercício dos direitos fundamentais extraíveis dos princípios processuais de envergadura constitucional. Isso se obtém, muito preferencialmente, com a aplicação da lei.

Por essas considerações, percebe-se que o princípio da adequação, em perfeito concerto com o direito fundamental de acesso à justiça e os seus desdobramentos visionados pelos estudos de Florença, não deve ser – nem

85 WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, n. 139. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

86 *Ibidem*, p. 29-35.

87 ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 29-35.

88 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. v. 4, 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 203-204.

89 BAUMBACH, Rudinei. *Adequação procedimental e eficácia dos direitos fundamentais processuais*. Brasília, 2013. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13691/1/2013\\_RudineiBaumbach.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13691/1/2013_RudineiBaumbach.pdf)>. Acesso em: 3 dez. 2013.

pode, pela própria conjuntura do constitucional processual – desvinculado da jurisdição, de sua atuação universal e do serviço à sociedade.

As demandas repetitivas, por decorrente massificação de conflitos com identidade de controvérsias jurídicas ou de origem comum – mesma *situação de fato-tipo* –, apresentam-se como alvo propício de aplicação concreta do acesso à justiça, ao ponto de se exigir do legislativo, em respeito aos pilares da reserva legal e do devido processo legal, procedimentos adequados que municiem a jurisdição para a obtenção um desempenho eficiente.

Com as devidas adaptações legislativas, o processo coletivo se mostra apto a alçar voo nessa direção, procurando atingir um número cada vez maior de pessoas em situações jurídicas conflituosas, com o fito de assegurar a solução justa para tais demandas, e a consequente harmonização social através da valorização de um tratamento coletivo, em fatos e ações individuais que apresentem características comuns suficientes para autorizar a tutela coletiva<sup>90</sup>.

E é nesse enredo que se encontram as demandas repetitivas contra a Fazenda Pública, a buscar do Poder Legislativo um agir em atendimento ao princípio da adequação, em sua concepção pré-jurídica, como elemento informador da criação de normas processuais relativas a procedimentos que se conformem a aspectos subjetivos, objetivos e teleológicos.

Cabe a seguir, sem qualquer pretensão exauriente, apontar tais aspectos da adequação procedimental das demandas repetitivas ao processo coletivo, esboçando singelas sugestões (ideias) de alteração legislativa a potencializar uma prestação jurisdicional mais próxima do sentido concreto de acesso à justiça.

### 3.2 Sugestões de alteração legislativa para a adequação a um processo coletivo eficiente

A tempo, em vias de encerrar o presente trabalho – 26.11.2013 –, a Comissão Especial da Câmara dos Deputados aprovou Emenda Aglutinativa Substitutiva Global (texto-base), que absorveu diversas emendas propostas aos Projetos de Lei nº 6.025/2005 e 8.046/2010 do Senado Federal – além de outros existentes a respeito da matéria –, que tratam sobre o Código de Processo Civil<sup>91</sup>, fato este que merece breve análise, antes de se avançar para as sugestões que aqui se pretende fazer.

90 MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do Processo*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. [108-116].

91 COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER AO PROJETO DE LEI Nº 6.025, DE 2005, AO PROJETO DE LEI Nº 8.046, DE 2010, AMBOS DO SENADO FEDERAL, E OUTROS, QUE TRATAM DO “CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL” (REVOGAM A LEI Nº 5.869, DE 1973) *EMENDA AGLUTINATIVA SUBSTITUTIVA GLOBAL*. (Aglutinação das Emendas da Comissão nºs 5, 31, 34, 53, 54, 56, 71, 75, 105, 119, 132, 133, 144, 164, 168, 199, 210, 248, 251, 258, 275, 280, 282, 298, 301, 302, 318, 321, 328, 329, 331, 335, 337, 338, 354, 370, 388, 395, 404, 407, 410, 414, 421, 431, 444, 448, 450, 458, 478, 485, 488, 505, 511, 517, 523, 526, 538, 539, 540, 546, 562, 564,

Vale destacar que tal projeto de lei que consolidou as emendas parlamentares acolheu, em seu texto, um procedimento próximo àquele idealizado por estes singelos estudos. Previu-se a possibilidade de conversão da ação individual em ação coletiva, disciplinada pelos seguintes dispositivos (com grifos acrescidos) ainda não definitivos, eis que pendentes as votações dos destaques feitos pelos Deputados Federais:

#### CAPÍTULO IV

##### DA CONVERSÃO DA AÇÃO INDIVIDUAL EM AÇÃO COLETIVA

Art. 334. *Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:*

*I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;*

*II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.*

§ 1º O requerimento de conversão poderá ser formulado por outro legitimado a que se referem os arts. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, e 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

§ 2º *A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos.*

§ 3º *Não se admite a conversão, ainda, se:*

*I – já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou*

*II – houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou*

---

575, 581, 586, 588, 591, 620, 621, 642, 667, 686, 688, 689, 695, 696, 697, 703, 711, 717, 718, 726, 736, 739, 740, 753, 754, 763, 775, 790, 797, 799, 814, 826, 838, 839, 847, 848, 866, 874, 875, 878, 898, e 899, de 2011; das Emendas nºs 9, 17, 75 e 92 do Relator-Parcial Efraim Filho; 37, 42, 43, 55, 56 e 60 do Relator-Parcial Arnaldo Faria de Sá; 1 do Relator-Parcial Hugo Leal; das Subemendas 5, 6 e 9 do Relator-Parcial Efraim Filho; 13, 15 e 19 do Relator-Parcial Jerônimo Goergen; 2, 6 e 8 do Relator-Parcial Arnaldo Faria de Sá; dos Projetos de Lei nºs 8.046, de 2010, 2.963, de 2011, e do Substitutivo Adotado pela Comissão Especial) PROJÉTOS DE LEI Nºs 6.025, DE 2005, 8.046, DE 2010, E AOS PROJÉTOS DE LEI Nºs 1.489 E 1.824, DE 1996; 491, DE 1999; 6.507, 6.870-A E 7.499-A, DE 2002; 1.522 E 1.608, DE 2003; 4.386, DE 2004; 5.983, DE 2005; 7.088 E 7.462, DE 2006; 212 E 887, DE 2007; 3.015, 3.387, 3.743 E 3.919, DE 2008; 5.475, 5.748, 6.178, 6.195, 6.208 E 6.407, DE 2009; 7.360 E 7.506, DE 2010; 202, 217, 241, 1.199, 1.626, 1.628, 1.650, 1.850, 1.956, 2.627, 2.963 E 3.006, DE 2011; 3.743, 3.907, E 4.110, DE 2012; E 5.562, DE 2013.

III – o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado.

§ 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva.

§ 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias.

§ 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo.

§ 7º O autor originário não é responsável por qualquer despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo.

§ 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo.

§ 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados.

§ 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado.

Todavia, embora se tenha avançado processualmente na previsão do procedimento de conversão de demanda individual em coletiva, com fundamentos que atendem a alguns aspectos do princípio da adequação, visiona-se o não atendimento por completo dos anseios relativo à resolução das ações individuais movidas em série contra a Fazenda Pública, mostrando-se pouco eficiente nesse ponto.

De positivo, verifica-se que o texto aprovado contemplou critérios objetivos e teleológicos, muito embora não se tenha aproveitado a oportunidade para delinear alguns aspectos subjetivos, como a competência do juízo e as respectivas características próprias que envolvem as ações contra a Fazenda Pública, deixando-se, neste ponto, uma disposição mais genérica, sem maiores prejuízos.

Atentou-se para a natureza e relevância do direito material levado ao judiciário e a forma como este se apresenta no processo (desdobramentos do aspecto objetivo), ao se considerar como pressupostos para conversão a *relevância social* e a *dificuldade de formação do litisconsórcio*, conjugando a isso o *alcance coletivo*, em razão da *tutela de bem jurídico difuso ou coletivo* e *cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade*.

Também andou bem a adequação procedimental quanto à função a que se destina o processo coletivo (aspecto teleológico), à medida que previu a possibilidade de conversão caso o pedido “tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva

ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo”.

Todavia, a eficiência desse procedimento fica reduzida ao passo que estabelece vedação à formação do “processo macro” para a tutela de direitos individuais homogêneos, limitando o *alcance coletivo* que justifica a conversão aos interesses e direitos previstos art. 81, parágrafo único, incisos I e II<sup>92</sup>, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou seja, difuso e coletivo *strictu sensu*.

Ora, essa restrição parece contradizer o pressuposto de *relevância social* contido na cabeça do próprio artigo que inaugura as disposições de conversão de ação individual em coletiva.

Conforme aqui já foi abordado, independente de cuidarem de interesses patrimoniais individualizados ou individualizáveis, a relevância e conotação social dos direitos individuais homogêneos como coletivos se justifica pelo vulto de demandas de origem comum, que os tornam indisponíveis pela ótica processual, apresentando-se como verdadeira litigação de interesse público<sup>93</sup>.

A lógica da conversão parte justamente do fato de que a decisão proferida no âmbito coletivo repercute além das partes atuantes no processo, cuja pretensão maior é a formação de uma tese jurídica geral, a ponto solucionar, de uma só vez, em vista da natureza unitária e incindível da relação jurídica substancial, outras lides semelhantes, de origem comum, que foram reproduzidas em série, o que leva à transposição de uma estrutura atômica para uma estrutura molecular do litígio<sup>94</sup>.

A pretensão que se almeja com a dita conversão é a racionalização das decisões judiciais. E ela se torna ainda mais proveitosa em relação aos direitos individuais homogêneos, pois resolve, em um único processo, inúmeros conflitos individuais, sem necessidade de reprodução de atos, seja das partes, seja de outros juízos. Isso não ocorre, por exemplo, com o incidente de resolução de demandas repetitivas, que, não obstante pacifique, em caráter vinculativo, a controvérsia sobre a questão unicamente de direito, preservam-se as lides individualizadas, a serem processadas e julgadas em processos distintos.

Outras ponderações que instigam sugestão crítica ao procedimento de conversão é a limitação da iniciativa ao Ministério Público, à Defensoria Pública e aos demais legitimados para a propositura da ação coletiva (art. 5º

92 Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

93 CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, nº 7, p. 1281-1316, may 1976. esp. 1282.

94 MOREIRA, op. cit. [70], p. 187.

da Lei nº 7.347/1985<sup>95</sup> e 82 da Lei nº 8.078/1990<sup>96</sup>), deixando de lado sujeito bastante importante dessa relação; aquele que conduz o processo: o juiz.

Ante a vinculação intrínseca do direito fundamental de acesso à justiça, do qual decorre o princípio da adequação procedimental à universalidade da jurisdição, não se visualiza motivo pelo qual se impeça ao magistrado a avaliação quanto à conversão, atendida condição ou critério prévio e objetivamente estabelecido em lei.

Cabe, na oportunidade, a observação de GRINOVER:

O princípio da universalidade da jurisdição tem alcance mais restrito no processo individual, limitando-se à utilização da técnica processual com o objetivo de que todos os conflitos de interesses submetidos aos tribunais tenham resposta jurisdicional, e justamente a resposta jurisdicional adequada. Mas o princípio *assume dimensão distinta* no processo coletivo, pois é por intermédio deste que *as massas têm oportunidade de submeter aos tribunais as novas causas*, que pelo processo individual não tinham sequer como chegar à justiça. O tratamento coletivo de interesses e direitos comunitários é que abre as portas à universalidade da jurisdição<sup>97</sup>.

Talvez seja o apego aos superados dogmas de um *formalismo-excessivo*<sup>98</sup>, que amarra o juiz à inércia processual, estigmatizada por

95 Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

96 Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

97 GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord). *Tutela coletiva: 20 anos de lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos*. 15 anos do código de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2006. p. 304.

98 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Disponível em: <www6.ufg.br/ppgd/doutrina/CAO\_O\_Formalismovalorativo\_no\_confronto\_com\_o\_Formalismo\_excessivo\_290808.htm>. Acesso em: 12 nov. 2013.

uma equivocada definição do princípio do dispositivo<sup>99</sup>, retirando-lhe importante proatividade na viabilidade de uma prestação jurisdicional mais adequada, célere e eficiente.

Uma alternativa louvável seria possibilitar, igualmente ao magistrado, essa avaliação depois da aferição do atingimento de um determinado patamar de ações repetitivas idênticas que expressasse um número vultoso de processos com o mesmo objeto: por exemplo (sem qualquer estimativa), 10% (dez por cento) da quantidade total de processos de uma jurisdição, entendida esta como limites territoriais de uma Comarca (Justiça Estadual) ou Seção ou Subseção Judiciária (Justiça Federal), atendendo-se – e não questionando –, assim, a restrição territorial da eficácia das decisões judiciais em ação coletiva contida nos artigos 16<sup>100</sup> da Lei nº 7.347/1985 (LACP – Lei da Ação Civil Pública) e 2º-A<sup>101</sup> da Lei nº 9.494/1997.

Lacerda<sup>102</sup> destaca que uma boa referência é o Código de Processo Português, que estabelece a possibilidade de o juiz da causa determinar, oficiosamente, depois de ouvidas as partes, a prática de atos que melhor se ajustem ao fim colimado pelo feito, bem como as necessárias adaptações – princípio da adaptabilidade<sup>103</sup>, segundo Didier<sup>104</sup>.

A ideia de se conferir ao magistrado a possibilidade de, *ex officio*, converter ação individual em coletiva teria também utilidade e pertinência com a gestão judiciária de demandas e respectivos processos por ele desenvolvidos, imprimindo racionalidade na prestação jurisdicional, a permitir e exigir do membro do Judiciário a realização de leituras mais próxima da realidade da comunidade a quem presta serviço; um *raio-X* dos anseios sociais e demais características da localidade onde atua.

99 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Reformas processuais e poderes do juiz*. Temas de direito processual. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

100 Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

101 Art. 20-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

102 LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário*, Porto Alegre, 1976.

103 Com fins didático, DIDIER faz a distinção conceptual do princípio da adequação, denominando-o adequação quando empregado previamente e de forma abstrata, em sentido pré-jurídico, ou seja informador da produção legislativa do procedimento em abstrato; e adaptabilidade, em sua faceta concreta e reparador, ao conferir ao magistrado o poder para conformar o procedimento às exigências da causa ou para efetivar direitos fundamentais que estejam sob risco de lesão (DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1. 9. ed. Salvador: JusPODIUM, 2008. p. 51-55).

104 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1, 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 53-55.

Não é de hoje que o juiz perdeu a mera função de prolator de sentenças. A cada dia mais, principalmente considerando o fortalecimento do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, ante a credibilidade que a sociedade nele deposita, assim como a consequente massificação decorrente de um mundo interligado – para não dizer, literalmente, conectado –, a atividade do magistrado tem requisitado conhecimento de outras áreas, como: estatística, administração de recursos, gestão de pessoas *etc.*

Certamente, ao constatar e aferir dados relativos à repetição de demandas idênticas, o Estado-juiz poderia prestar um serviço à sociedade sob “ótica dos consumidores de justiça”<sup>105</sup>, amoldando o procedimento processual ao direito substancial que se encontrar reclamado de forma amplificada em juízo. Dar-se-ia, assim, primazia ao tratamento coletivo, garantindo a materialidade do acesso à justiça por meio de uma prestação jurisdicional que atenderia satisfatoriamente ao propósito de pacificação social (adequada, tempestiva e efetiva).

Para tanto, sem excluir outros atores sociais com atribuição constitucional para atuar (Ministério Público e Defensoria Pública) ou pertinência temática para intervir (*amicus curiae*), a participação da sociedade civil, destacando-se os grupos/classe/categoria de pessoas interessados ou de associações/sindicatos que os representassem no processo coletivo, também seria uma medida que prestigiaria e legitimaria a solução da lide, como forma de efetivar a diretriz democrática no exercício da jurisdição.

Nesse ponto, o legislador do CPC projetado poderia ter aproveitado a oportunidade para adaptar o procedimento, dando abertura à manifestação desses interessados, tanto a respeito da conversão em si, quanto, posteriormente, já depois de convertida a ação em coletiva, para que apresentassem posição jurídica perante o juízo.

Como se sabe:

O princípio participativo é ínsito em qualquer processo, que tem nele seu *objetivo político*. Mas, enquanto processo civil individual a participação se resolve na garantia constitucional do contraditório (*participação no processo*), no processo coletivo a participação se faz também *pele processo*<sup>106</sup>.

Basicamente a ideia seria a de que o magistrado trouxesse ao processo todos os elementos e fundamentos necessários à construção de uma resolução mais próxima do justo – se é que isso é possível.

Seguindo com as sugestões, uma vez preenchido o requisito objetivo de atingimento de percentual representativo de considerável número de processos acima ventilado por provocação de qualquer legitimado previsto na legislação ou, ainda, *ex officio*, o juiz intimaria a Fazenda Pública contra quem seriam promovidas as ações repetitivas e, se existente, a associação

105 CAPPELLETTI; GARTH, op. cit. [1], p. 142-144.

106 GRINOVER, op. cit. [83], p. 304.

civil ou sindicato grupo/classe/categoria com representação legal e estatutária, assim como o Ministério Público e, havendo necessitados, em atenção ao disposto no art. 134 da Constituição da República, a Defensoria Pública<sup>107</sup>; todos eles com a finalidade de manifestarem sobre o procedimento de conversão de ação individual em coletiva.

Conforme melhor será demonstrada adiante (4.2.2), uma inovação seria a figuração da Ordem dos Advogados do Brasil para contribuir com o processo coletivo na hipótese de inexistir associação/sindicato representativo ou não sendo o caso de atuação da Defensoria Pública, nem do Ministério Público, que pode, ante a sua independência funcional, pronunciar-se por inexistir interesse público primário (puramente coletivo) que importe sua intervenção como participante direto da relação processual – fato geralmente comum quando em jogo direitos individuais homogêneos de natureza patrimonial (interesse público secundário).

De todo modo, como se dá no procedimento das ações coletivas existentes, o Ministério Público continuaria a atuar obrigatoriamente no feito como fiscal da lei (§1º<sup>108</sup> do art. 5º da LACP e art. 92<sup>109</sup> do CDC – Código de Defesa do Consumidor).

Convencido o juízo pela coletivização do conflito, proferiria decisão fundamentada pela admissão da conversão, dando-lhe *ampla divulgação da demanda e da informação aos órgãos competentes*, tanto aos participantes diretos e indiretos e membros de grupos, providências estas que alguns autores as têm como verdadeiros princípios, ante a característica democrática da tutela coletiva<sup>110</sup>.

A propósito:

Tanto na ampla divulgação, que tem suas raízes na *fair notice* do direito norte-americano e possibilita a opção pela ação coletiva, ao invés da individual, aumentando o espectro da coisa julgada, bem como possibilitando a opção de suspensão do processo individual, nos termos do art. 104 do CDC, para garantir ao titular da demanda individual já ajuizada sua continuação, caso o processo coletivo não seja bem sucedido<sup>111</sup>.

O instituto processual da *fair notice* ou da notificação adequada se faz ainda mais premente nas ações coletivas de responsabilidade civil envolvendo direitos individuais homogêneos (arts. 94 e 104<sup>112</sup> do CDC),

107 Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

108 § 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

109 Art. 92. O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei.

110 DIDIER JR., op. cit., p. 131.

111 DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit. [22], p. 131.

112 Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir o processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte os órgãos de defesa do consumidor.

frente à disposição que possibilita aos que litigam individualmente optar ou não pela participação nos resultados da demanda coletiva – *rights of opt in* ou *opt out* das paradigmáticas *class actions*.

Sob o aspecto de política judiciária, outro incremento procedimental que se faria interessante seria a criação de sistema interligado de demandas coletivas no qual ficassem cadastradas e noticiadas todas as ações coletivas, por meio do qual, tomando conhecimento os juízos de outras Comarcas, Seções ou Subseções vinculadas ao mesmo tribunal daquela que tramita a ação coletiva pudessem, assim entendendo e consentindo a parte autora (CDC, art. 104), suspender os processos, ainda não julgados, relativos a ações individuais cujos objetos tenham o mesmo conteúdo repetitivo daquela cadastrada, tendo-a como referência, de modo a aguardar o proferimento de decisão final resolutória de mérito para dela se adotar como solução – instituto da *sentença única* a explicitar mais à frente.

No caso de Comarca, Seção ou Subseção Judiciária que contar com mais de uma Vara, a suspensão seria obrigatória, exceto manifestação contrária da parte autora, no sentido de não desejar se beneficiar dos efeitos da tutela coletiva (CDC, art. 104).

Ultrapassada a fase inicial de prelibação (admissibilidade), passando-se a curso o conflito sob a perspectiva coletiva, o juiz abriria a oportunidade para que todos aqueles que participaram ativamente naquele procedimento preambular, inclusive a OAB na hipótese sugerida, apresentassem tese jurídica sobre a controvérsia objeto da petição inicial para emendá-la ou substituí-la, podendo o juiz modular o prazo para tal ato conforme o número de interessados e complexidade da matéria (princípio da adaptabilidade).

No caso da OAB, dentro do prazo assinado pelo magistrado, o Presidente da Seccional ou da Subseção que abranger a unidade judiciária onde tramita a ação coletiva procederia à convocação de assembleia extraordinária para colher, da comunidade de advogados interessados, subsídios para a apresentação da tese jurídica a complementar ou substituir a inicial.

Feito isso, proceder-se-ia, então, a citação da Fazenda Pública para contestar a ação ou trazer proposta conciliatória de solução do conflito, com a possibilidade de modulação do prazo para a apresentação de defesa, igualmente como sugerido para a formação de tese jurídica da petição inicial.

Outra sugestão seria a possibilidade de contribuição jurídica de outros magistrados com intuito colaborativo para a formação do convencimento racional do juízo onde tramite a ação coletiva de referência.

Nos demais termos, o processo seguiria o curso do procedimento albergado no microsistema brasileiro de processo coletivo e demais

---

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

normas processuais vigentes e compatíveis, em especial as aplicáveis à Fazenda Pública.

Proferida a sentença no processo coletivo paradigma, por convicção da tese jurídica nela firmada, esta decisão também poderia ser acolhida (adotada) por outros juízes para julgamento das ações individuais (não suspensas) e coletivas de idêntico objeto jurídico que tramitem em jurisdição com atuação fora dos limites territoriais da eficácia daquela aos quais faz alusão os artigos 16<sup>113</sup> da LACP e 2º-A<sup>114</sup> da Lei nº 9.494/1997, mesmo que improcedente o pedido, dispensando-se o proferimento de nova decisão, bastando a simples referência do julgado precedente (v. instituto da *sentença única* adiante).

Em vistas das inovações aqui empreendidas, nada mais plausível seria reconhecer o caráter repetitivo dos recursos decorrentes dessas sentenças coletivas contra Fazenda Pública, cujos mecanismos processuais de resolução e uniformização de jurisprudência tornar-lhes-iam perfeitamente aplicáveis. O emprego condição de eficácia da sentença – reexame obrigatório ou remessa necessária – também se faria relevante e cabível.

Ante a existência de traços característicos que circundam as ações contra a Fazenda Pública, dentre eles a multiplicidades de demandas em série, o incidente ou procedimento de conversão de demandas se faz pertinente e adequado como mecanismo de solução a uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva, otimizando a atividade judiciária em consonância com o “enfoque de acesso à justiça”.

Nessa trilha outra qualidade poder-lhe-ia ser atribuída: a economia processual.

Segundo Portanova (1999, p. 24), “os processualistas perseguem o ideal de uma justiça barata, rápida e justa”. Nesse talante, a admissão do processo coletivo favoreceria, principalmente nas lides atinentes a interesses e direitos individuais homogêneos, uma economia de escala, com redução de gastos: custo do processo, inclusive honorários de sucumbência, materiais e pessoal. De outro lado, também atingiria a meta economia processual com “julgamentos uniformes para grande

113 Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

114 Art. 20-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

número de situações conflituosas (concentrado), atendendo com mais facilidade os elevados propósitos determinados pelo princípio<sup>115</sup>.

Tomando por esteio os ensinamentos de Lacerda<sup>116</sup>, Didier e Zaneti acrescentam ainda:

Vejamos bem a questão, não se trata apenas de solucionar o litígio, mas de uma resposta social mais efetiva para alcançar a consequente pacificação social com justiça. Galeno Lacerda, após dissertar sobre a onerosidade da prestação jurisdicional (para ambas as partes e para o Estado), afirma a transcendência da economia processual da visão individual para a perspectiva social: “A função da economia no processo transcende, assim, a mera preocupação individualista de poupar trabalho a juízes e partes, de frear gastos excessivos, de respeitar o dogmatismo dos prazos. *Não visa à comodidade dos agentes da atividade processual, mas à ânsia de perfeição da justiça humana – reconhecer e proclamar o direito, com o menor gravame possível*”<sup>117</sup>.

O intuito de apresentar as presentes sugestões de alteração legislativa é apenas de demonstrar a possibilidade de utilização do processo coletivo como procedimento adequado à busca de uma prestação jurisdicional mais eficiente e plantar a semente de novas ideias que aproveitem esse tratamento amplificado para demandas que apenas se reproduzem e se acumulam no Poder Judiciário, prejudicando, em efeito cascata, o atendimento decente de todos os que se utilizam de seus serviços para obter a tutela de um bem da vida juridicamente valorado.

E com esse afã é que se apontam ainda outras observações que reforçam a realização e conclusão aos quais se pretende chegar com os presentes estudos, conforme se segue.

### 3.2.1 Oportunidade conciliatória e atuação proativa da Advocacia Pública

Talvez a primeira reflexão que se venha à mente, principalmente daqueles que tenham proximidade ou vivam a experiência da Advocacia Pública, seja a de que esse incidente de coletivização do processo iria encurtar o percurso atual dos processos contra a Fazenda Pública, desdobrando-se, quase que automaticamente, nas seguintes perguntas: e o orçamento para pagamento de eventuais condenações? Abreviado o lapso de tempo para o trânsito em julgado, como se efetivaria o cumprimento das decisões? E o como se comportaria o governo diante desse cenário?

115 DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., 2008. p. 127.

116 LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1985. p. 6.

117 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. v. 4, 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 102.

Para responder essas perguntas e outras subsequentes é preciso pensar um pouco “fora da caixa”, principalmente os partidários da máxima resistência ou aqueles que, no mínimo, tenham visão apaixonada da advocacia pública como a arte de postergar o evitável pelo maior espaço de tempo possível e com a esperança latente de desconstruir, num plano superior da hierarquia do Poder Judiciário, os entendimentos jurídicos firmados em instâncias inferiores.

Mas inicialmente se ousa aqui dizer que a atuação se preservaria a mesma, só que de uma forma racionalizada. Ao invés de se concentrar os esforços na admissibilidade de recursos especiais e extraordinários na expectativa de que a solução jurídica sobrevenha do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, esse dispêndio de energia seria canalizado para proceder à resposta primeira para a solução desses conflitos repetitivos, que sairia do próprio órgão de representação judicial e extrajudicial das Fazendas Públicas.

Devem-se abrir as portas ao formalismo-valorativo, à boa-fé e a observância dos deveres de cooperação recíprocos das partes e de seus procuradores, “concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”<sup>118</sup>, a exemplo do que já está previsto e aplicado no direito estrangeiro, como Alemanha (*Kooperationmaxime*), França e Portugal.

Seria a oportunidade de realizar estudos perante a Administração Pública, firmar teses e posicionamentos com uma visão estratégica e planejada para enfrentar as consequências jurídicas de cada situação de origem comum, expondo à luz as virtudes e vicissitudes de resistir ou conciliar os conflitos de repercussão em massa.

O próprio efeito da repercussão abrangente de qualquer decisão proferida em processo coletivo surtiria o efeito de maior dedicação e esforço na análise e estudos dos casos jurídicos; de proceder, com proatividade, o exame com “olhos de lupa”, aferindo e avaliando as consequências de cada passo a ser dado, a ponto de colocar na “ponta do lápis” o custo e benefício do enfrentamento das demandas ou o reconhecimento do direito com planos de adesão e pagamentos escalonados, nas hipóteses de reflexos financeiros.

De outro vértice, favoreceria a própria especialização e fortalecimento da atuação do advogado público tanto na intensidade das defesas, se assim concluir, quanto no combate a ações meramente especulatórias, que fomentam a indústria de uma advocacia com viés de atividade econômica, com desígnios próximos ao empresarial, que persegue lucros ao invés de justiça.

Deve-se também pensar no proveito do resultado inverso que o processo coletivo pode proporcionar: quando a tese jurídica da Fazenda Pública prevalecer. A sedimentação do entendimento jurídico e a uniformização da

118 DIDIER JR., op. cit., 2008. p. 122-123.

jurisprudência também traria a finalização em menos tempo, bem como desestimularia a promoção de novas ações individuais, fazendo com que a Advocacia Pública ganhe mais respeito e credibilidade perante a sociedade.

Por quaisquer das perspectivas (pró ou contra), o importante é meditar que a Advocacia Pública faz parte e precisa contribuir para a pacificação social, expressando a sua melhor faceta; a de função essencial à justiça.

### 3.2.2 Participação das associações civis e da Ordem dos Advogados do Brasil na representação legitimada dos interesses coletivizados

A participação mais efetiva das associações civis de representação dos interesses de grupo, classe ou categoria e da Ordem dos Advogados do Brasil nas ações em defesa de interesses públicos e coletivos, conforme expendido no tópico 4.2 supra, não só guarda fundamento na aplicação prática da diretriz democrática no processo coletivo e no desempenho de papel funcional desses corpos intermediários perante a sociedade, como também tem inspiração na técnica do “advogado particular de interesse público”, pronunciada por Cappelletti e Garth (1978) para o reconhecimento de grupos.

Trata-se da solução conhecida como “Organizational Private Attorney General” (Procurador-Geral Organizacional Privado) que reconhece a necessidade de permitir ações coletivas no interesse público. Nada mais são do que organizações particulares – não governamentais – que representam interesses públicos ou coletivos.

Nesse ponto ganha destaque a figuração da Ordem dos Advogados do Brasil numa atuação subsidiária, mas que não foge nem distorce a representação que tem perante a comunidade jurídica e a sociedade como entidade *sui generis* cujos membros são indispensáveis à administração da Justiça (art. 132<sup>119</sup> da Constituição da República) e seus atos contribuem para o convencimento do julgador e constituem *múnus público*<sup>120</sup> – inclusive, não se pode negar o importante e imprescindível papel desempenhado por esta entidade num passado próximo de redemocratização do país.

Não bastasse isso, a sugestão visaria a estimular a criação de um modelo próximo ao da instituição americana do “advogado do interesse público”, constituindo grupos de advogados que atuem na formação de defesas e aconselhamento jurídico especializado e constante em relação a interesses não representados e não organizados, dando apoio a grupos

119 Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

120 Lei nº 8.906/1994:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

[...]

§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem *múnus público*.

existente e substituindo grupos ainda não formados CAPPELLETTI E GARTH. Segundo referência destes autores:

Os advogados do interesse público acreditam que os pobres não são os únicos excluídos do processo de tomada de decisão em assuntos de importância vital para eles. Todas as pessoas que se preocupam com a degradação ambiental, coma a qualidade dos produtos, coma proteção do consumidor, qualquer que seja sua classe socioeconômica, estão efetivamente excluídas das decisões-chaves que afetam seus interesses<sup>121</sup>.

Além disso, não se poderia olvidar que a conferência dessa participação da OAB por meio da convocação da comunidade de advogados na prestação de subsídios para construção de tese jurídica do objeto da ação coletiva não deixa de lado interesses dos próprios advogados que atuarem em outras ações ou em eventuais e futuros procedimentos de liquidação daquela decorrentes, favorecendo-os na eficiência profissional de suas representações em juízo.

### 3.2.3 Novos institutos: contestação de efeitos múltiplos e sentença única

Sem maiores pretensões, com finalidades exclusivamente didáticas, atribuem-se nomenclaturas de novos institutos decorrentes das sugestões de alteração legislativas propostas neste trabalho.

i) *contestação de efeito múltiplo* – refere-se à peça de defesa da Fazenda Pública adotada como referência para ser utilizada nas ações individuais repetitivas suspensas antes de sua citação ou daquelas posteriormente promovidas ao julgamento da ação, dispensando a reprodução desnecessária do documento, bastando que a procuradoria pública lhe faça referência quando de sua adoção perante o juízo.

A referida peça processual seria cadastrada e hospedada em sistema eletrônico, de livre consulta, do Tribunal de Justiça do Estado ou Tribunal Regional do Poder Judiciário da União, sem prejuízo de serem disponibilizadas cópias pelas unidades judiciárias ou pelos próprios órgãos de representação judicial da Fazenda Pública, se requisitadas pelas partes que alegarem dificuldade ou não terem acesso ao dito sistema.

ii) *sentença única* – correspondente ao provimento jurisdicional final da ação coletiva de referência, também a ser cadastrada em sistema eletrônico do Tribunal de vinculação do juízo prolator, assim como a predita *contestação de efeito múltiplo*. O nome se justifica pelo fato de dispensar o proferimento de novas decisões em ações individuais repetitivas cujos objetos tenham o mesmo conteúdo daquela, bastando mero despacho de adoção.

121 HALPERN, Public Interest Law Its Past and Future (Passado e Futuro das Causas de Interesse Público). In: Judicature, v. 58, 1974, p. 119-120. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 62. p. 60-64.

#### 4 CONCLUSÃO

As considerações e fundamentos que embasam o presente estudo reafirmam a visão do direito de acesso à justiça como direito fundamental de todo e qualquer indivíduo, que deve ser garantido não apenas sob o viés formal, mas de modo substancial, a trazer solução efetiva a conflitos de interesses, com a máxima eficácia.

Nessa trilha, o processo e as técnicas processuais desempenham importante papel de instrumento de efetivação de direitos, tornando-se peças-chave para atendimento da garantia constitucional a uma prestação jurisdicional tempestiva, adequada e efetiva, que atenda aos anseios dos indivíduos sob a ótica de verdadeiros consumidores.

A conjuntura social dos tempos modernos aponta para uma interligação cada vez mais comum de interesses e conflitos, de forma massificada, com reflexos que recaem nitidamente sobre as quantidade e qualidade da prestação dos serviços judiciários, exigindo um esforço hercúleo de magistrados e serventuários da justiça, além daqueles que a esta exercem função essencial (membros do Ministério Público, Advocacia e Defensorias Públicas, advogados) para vencer as adversidades e deficiência de um sistema que ainda não alcançou as mudanças proporcionadas pela dinâmica dos novos tempos.

Os litígios que antes se limitavam às esferas subjetivas de dois indivíduos são, hoje, reproduzidos em série; isso, quando não atingem grupos ou até sujeitos indeterminados, saindo-se de uma estrutura atômica para uma estrutura molecularizada. Vivenciam-se “situações-padrão”, que podem gerar “lesões-padrão”, a reclamar mecanismos de solução igualmente padronizados.

O enfoque do acesso à justiça que foi ponto de partida do desenvolvimento destes estudos indica a criação de procedimentos específicos para processar e prevenir as disputas surgentes na sociedade pós-moderna, com a atuação mais efetiva dos cidadãos, do Poder Público e de corpos intermediários; expressão prática de uma de uma democracia participativa, condizente com um Estado Democrático de Direito, que legitima a atuação do Poder Judiciário.

Destarte, a adequação do processo à situação substancial – princípio da adequação – deve servir de norte para a criação e aplicação de normas procedimentais, com o foco voltado para o proveito da prestação jurisdicional, a deixar de lado qualquer formalismo-excessivo que impeça tal alcance.

Nessas condições, o processo coletivo se mostra mais hábil para alcançar esses anseios, de modo que permite atingir um número cada vez maior de pessoas em situações jurídicas conflituosas, com o fito de assegurar solução justa e isonômica para tais demandas e a consequente harmonização social através da valorização de um tratamento transindividual.

A natureza do bem jurídico em disputa, as características da lesão e o elevado número de pessoas envolvidas retiram do processo as amarras que circundam um interesse puramente privado para alçar a qualificação de “litigação de interesse público”, justificando a coletivização de demandas.

As demandas repetitivas contra a Fazenda Pública encontram-se nesse contexto, a buscar do Poder Legislativo um agir em atendimento ao princípio da adequação, em sua concepção pré-jurídica, como elemento informador da criação de normas processuais relativas a procedimentos que se conformem a aspectos subjetivos, objetivos e teleológicos.

Assim, sem viver a ilusão de que as ideais expendidas no presente trabalho sejam a solução definitiva para as demandas repetitivas contra a Fazenda Pública em sede do juízo de primeiro, mas com o sincero intuito de demonstrar a potencialidade de utilização das ações coletivas para tal fim, resta a convicção da necessidade de se projetar procedimentos cada vez mais amoldados às peculiaridades e necessidades do direito substancial cuja tutela se persegue, a fim de que o sistema judiciário se aproxime, ao máximo, do enfoque de acesso à justiça que tanto se almeja.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARAÚJO, José Henrique Mout; DIDIER JR., Fredie (Coords.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPODIVM, 2009.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual de processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAUMBACH, Rudinei. *Adequação procedimental e eficácia dos direitos fundamentais processuais*. Brasília, 2013. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13691/1/2013\\_RudineiBaumbach.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13691/1/2013_RudineiBaumbach.pdf)>. Acesso em: 3 dez. 2013.

BONFIM, Thomé Rodrigues de Pontes. O sistema processual brasileiro vigente: incompatibilidades entre seus institutos privatistas e a busca pela efetividade dos “direitos sem dono”. *Revista Eletrônica do Curso de Direito do CESMAC*, v. 1, n. 2, 2012. Disponível em: <<http://www.fejal.com.br/revista/index.php/refletindo/article/view/72>>. Acesso em: 3 dez. 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*. Brasília: Senado Federal, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, ano 32, n. 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Almedina, 2002.

CAPONI, Remo. Modelo europeu de tutela coletiva no processo civil: comparação entre a experiência alemã e italiana. *Revista de processo*, v. 200, p. 235, out/2011DTR\2011\3999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Título original: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*. Milan: Dott. A. Giuffrè, 1978.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração*. JusPODIVM: Salvador, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

CERQUEIRA, Tarsis Silva de. Acesso à justiça: novíssima reflexão à luz dos processos repetitivos. *Revista Opinião Jurídica*, Ano VIII, n° 12, 2010. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/noticias2/35-artigos-mai-2010/5805-acesso-a-justica-novissima-reflexao>>. Acesso em: 3 set 2013.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n° 7, p. 1281-1316, may 1976. esp. 1282.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1, 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

\_\_\_\_\_. Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, v. I, n° 7, out. 2001. Salvador: 2001.

\_\_\_\_\_; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. v. 4, 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Tomo I, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Slyvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa: reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FARIA, Márcio Carvalho. O novo código de process civil vs. a jurisprudência defensiva. *Revista de processo*, v. 210. Ago/2012DRT\2012\450438. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=332>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Recursos repetitivos no novo Código de Processo Civil. Uma análise comparativa. *Revista de processo*, v. 209, jul/2012DTR\2012\44850.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição: die normativa kraft der verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: SAFE – Fabris, 1998.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra, 2009.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1985.

\_\_\_\_\_. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário*, Porto Alegre, 1976.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos de lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos. 15 anos do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. in: Luiz Manoel Gomes Junior (Coord.). *Ação Popular – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4.717/65*. São Paulo: RCS, 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentário à Constituição de 1967*. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 211, set/2012DRT\2012\450581.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do Processo*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. *Revista de Processo*, nº 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2007.

\_\_\_\_\_. *Reformas processuais e poderes do juiz*. Temas de direito processual. 8. série. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos*. Temas de direito processual: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Disponível em: <[www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO\\_O\\_Formalismovalorativo\\_no\\_confronto\\_com\\_o\\_Formalismo\\_excessivo\\_290808.htm](http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismovalorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm)>. Acesso em: 12 nov. 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual*. Porto Alegre: Revistada AJURIS, v. 43.

SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: APMP/RT, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_. Demandas coletivas e problemas emergentes da práxis forense. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, nº 67, jul./1992.

\_\_\_\_\_. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, n. 139. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

---

## A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE E A POSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DO SIGILO BANCÁRIO AO FISCO PARA LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA FÍSICA COM BASE EM RECEITAS INCOMPATÍVEIS COM A RENDA DECLARADA

---

*Carlos Alberto Lemes de Moraes*  
*Procurador da Fazenda Nacional*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Teoria dos direitos fundamentais; 1.1 Origem histórica dos direitos fundamentais; 1.2 Classificação dos direitos fundamentais; 1.3 Direito à informação; 1.4 Direito à intimidade e à vida privada; 2 A obrigação tributária; 2.1 Conceito; 2.2 Espécies; 2.3 O fato gerador do imposto sobre a renda; 2.4 Sinais exteriores de riqueza incompatíveis com as receitas declaradas; 2.5 O acesso do Fisco às informações bancárias; 2.6 A presunção como técnica de apuração do imposto sobre a renda nos casos de omissão de receitas; 3 O pretense conflito entre o direito à intimidade e o dever de prestar informações verídicas ao fisco no que tange à ocorrência de fatos geradores de tributação; 3.1 A relatividade da proteção à intimidade; 3.2 O dever de declarar e pagar o imposto sobre a renda; 3.3 Conflito de regras e colisão de princípios e a questão do conflito

entre o princípio da intimidade e a isonomia no dever de contribuir para a formação das receitas públicas; 3.4 A posição jurisprudencial acerca da quebra do sigilo bancário sem Autorização judicial; 3.5 O tratamento dado no contencioso administrativo aos lançamentos decorrentes da presunção de ocorrência do fato gerador do imposto sobre a renda como consequência da quebra do sigilo bancário; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Este trabalho procura analisar o contraste entre o direito fundamental à privacidade em sua nuance relativa ao sigilo de dados, mais especificamente do sigilo bancário, e o princípio da isonomia manifestado na identificação da capacidade contributiva, cuja revelação depende da prestação de informações completas e verídicas ao Fisco por parte do contribuinte ou da transferência do sigilo à administração tributária, conforme faculta a Lei Complementar nº 105/2001.

**PALAVRAS-CHAVE:** Privacidade. Sigilo Bancário. Isonomia. Capacidade Contributiva. Imposto de Renda.

## INTRODUÇÃO

O recolhimento de tributos aos cofres públicos não se enquadra entre as atividades que o cidadão pratica espontaneamente no Estado Democrático de Direito, tanto que a própria definição de tributo traz como pressuposto a sua previsão em lei e o seu caráter geral e compulsório.

Nesse contexto, uma infinidade de manobras é engendrada pelo contribuinte para reduzir ou elidir o pagamento dos tributos, sendo comum a verificação da ostentação de um padrão de vida, posse de bens de valor e realização de gastos incompatíveis com o patrimônio declarado oficialmente ao Fisco, o que pode, em tese, configurar o enriquecimento ilícito e a eventual prática de crimes que incluem a lavagem de dinheiro e a sonegação fiscal.

A pesquisa da organização britânica Tax Justice Network, realizada em 2011, apontava que o Brasil era o segundo país que mais perdia dinheiro com sonegação de impostos, chegando a um volume de 280 bilhões de dólares e perdendo apenas para os Estados Unidos, onde a perda era de 337 bilhões de dólares anualmente. Segundo esse estudo, 4,9% do PIB (Produto Interno Bruto) mundial eram perdidos devido à sonegação de tributos<sup>1</sup>.

1 MADALENA, Bruno. *Brasil é o 2º país que mais perde dinheiro com sonegação de impostos*. Disponível em: <<http://www.indicadorbrasil.com.br/2011/12/brasil-e-o-2%C2%BA-pais-que-mais-perde-dinheiro-com-sonegacao-de-impostos/>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

O presente estudo busca esclarecer como tem sido tratada, no âmbito do imposto sobre a renda, a situação de fato em que a movimentação financeira é incompatível com o declarado ao Fisco, e como se fundamentam e sustentam os lançamentos efetuados nesses casos, bem assim a dificuldade de sua manutenção nas discussões travadas nas vias administrativa e judicial, analisando o arcabouço normativo que lhe dá suporte, buscando identificar um possível aprimoramento.

A submissão do Direito Tributário à legalidade estrita constitucionalmente prevista (art. 150, I, da CF), assim como as demais limitações ao poder de tributar do Estado ali estampadas, fixam os contornos para a atuação estatal no que tange à criação e exigência de tributos, complementados pelas garantias individuais consolidadas no art. 5º da Constituição Federal.

É nesse contexto que se aborda a necessária configuração da obrigação tributária, com seus elementos constitutivos, recorrendo-se à conceituação de Paulo de Barros Carvalho, Alfredo Augusto Becker, Aliomar Baleeiro e Geraldo Ataliba, de forma a obter-se a síntese da definição e possibilitar o contraste com o tema central da constituição do tributo mediante o uso da fórmula presuntiva.

Entretanto, não se podem olvidar as mudanças pelas quais passa o estudo do direito tributário, deslocando-se de uma visão dogmática estruturalista para uma visão finalista (GRECO: 2011, p. 15), na qual, em relação à conduta do Fisco, questionam-se as finalidades de sua ação, bem como a destinação e a aplicação dos recursos arrecadados e sua compatibilidade efetiva com as políticas públicas que devem subsidiar. Ao passo que, em relação à conduta do contribuinte, questiona-se a existência de um fundamento substancial que a justifique (razão ou motivo para o exercício da liberdade de contratar).

O conceito, as características, a forma de aplicação e os valores-fins das presunções são investigados a partir da tese de Florence Cronemberger Haret, que intenta analisar seus principais aspectos com foco na sua utilização para apuração de obrigações tributárias.

As questões do direito fundamental à privacidade, da reserva de jurisdição (art. 5º, incisos X e XII, da Constituição), para quebra do sigilo bancário, e da segurança jurídica são abordadas, principalmente diante da discussão acerca da validade da permissão de constituição da obrigação tributária com base em omissão de receitas constatadas através da movimentação financeira do contribuinte, prevista no artigo 42, da Lei nº 9.430/96 e também na Lei Complementar nº 105/2001.

Nesse tópico, examinam-se os argumentos favoráveis à necessidade de autorização judicial para a quebra do sigilo, defendida por Hugo de Brito Machado e Ives Gandra da Silva Martins e na decisão do Recurso Extraordinário nº 389.808, bem como daqueles que pugnam pela constitucionalidade da “transferência” do sigilo para a Administração Tributária, tais como os Ministros Dias Toffoli, Ayres Brito, Carmen Lúcia e Ellen Gracie, além das dificuldades para a manutenção de lançamentos dessa natureza junto ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

## 2 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 Origem histórica dos direitos fundamentais

Na antiguidade, o homem não conheceu a liberdade, sendo o Estado, fundado pela religião e mantenedor desta, um poder quase sobre-humano, ao qual pertenciam o corpo e a alma dos cidadãos. O culto religioso, a vestimenta, o dever de se casar, de prestar o serviço militar, de não consumir vinho puro, de estudar, a perda dos direitos somente pelo fato de ter se tornado influente e constituir uma ameaça ao Estado, tudo estava sob o jugo estatal, como revela Fustel de Coulanges:

Os antigos não conheciam, pois, nem liberdade de vida, nem liberdade de educação, nem a liberdade religiosa. A pessoa humana representava pouquíssimo ante essa autoridade santa e quase divina, a que se chamava pátria ou Estado.<sup>2</sup>

Tal situação se estendeu pelo Império Romano até seu fim, quando, por volta de 1002, o poder político foi descentralizado distribuindo-se o território e nomeando-se reis para sua administração, visando a combater a cobiça dos povos vizinhos sobre as conquistas romanas, dando origem ao feudalismo e sua relação entre o senhor das terras, vassalos e servos, onde era propiciada segurança em troca de trabalho e de parte da colheita, o que tornava cada castelo um Estado; o Estado, no sentido autêntico da expressão, deixou de existir.<sup>3</sup>

O regime absolutista começou a encontrar seu enfrentamento em 1215, na Inglaterra, quando os nobres obrigaram o rei João Sem Terra a assinar a Magna Carta (Magna Charte), tornando o governo submetido à vontade dos súditos e ilegítimos os atos praticados sem observância à lei e aos costumes ou sem a audiência do Parlamento,

2 COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 299-301.

3 GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 398.

ao que se seguiu a assinatura, por Carlos I, da *Pettition of Rights*, em 1628, enumerando as prerrogativas do Parlamento e os atos ilegais praticados pelo rei; o *Act of Habeas Corpus* (1679), que obrigava a apresentação, dentro de um prazo reduzido, do detido ao juiz, acompanhado das razões da prisão; e, por fim, a *Bill of Rights* (1689), sancionada por Guilherme III, definindo os atos que não podiam ser praticados pelo rei e os direitos dos súditos.

O parlamentarismo inglês nasceu desse conflito entre os nobres, barões e reis, instituindo o regime representativo e a separação dos poderes do Estado, cujas ideias e ideais foram disseminados na França por Montesquieu e Voltaire, juntamente com os *Enciclopedistas*<sup>4</sup>.

Do outro lado do Atlântico, as colônias inglesas se rebelaram e proclamaram sua independência em 1776, criando os Estados Unidos da América, cuja declaração de independência anunciava que “todos os homens nascem iguais” e com alguns direitos inalienáveis, incluindo a vida, a liberdade e a busca da felicidade<sup>5</sup>, instituindo uma república presidencialista, onde o governo emanava do povo e seria exercido por representantes eleitos.

Na França, treze anos depois (1789), eclodiu a Revolução Francesa com a queda da Bastilha e foi elaborada, pelo marquês de Lafayette, nobre francês que havia lutado ao lado dos americanos na guerra da independência contra a Inglaterra, a Declaração dos Direitos do Homem, onde são reconhecidos os direitos à liberdade e à igualdade do indivíduo e que foi utilizada para a elaboração da carta de princípios das Nações Unidas.

A gênese histórica dos direitos e garantias fundamentais está representada nesses fatos, a partir do rompimento com o modelo absolutista até o nascimento do Estado constitucional liberal, sendo necessário observar as modificações paradigmáticas entre o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito tal como o concebemos na atualidade para que se possa obter uma classificação de tais direitos.

## 2.2 Classificação dos direitos fundamentais

Na lição de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, os direitos fundamentais seriam resumidos a três gerações. A primeira, relativa ao individualismo em contraposição ao absolutismo, diria respeito à

4 GUSMÃO, op. cit., p. 402.

5 GOMES, Laurentino. *1822: como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil, um país que tinha tudo para dar errado*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010. p. 47.

liberdade e à igualdade formal; a segunda, em resposta à disparidade causada pelo individualismo liberal, seria de caráter econômico e social e se manifestaria pela *consagração, ao lado dos direitos de-resistência, de direitos 'econômicos e sociais'*. Ou seja, ao lado de direitos que impunham ao Estado limitações, que lhe determinavam abstenção: não fazer, foram reconhecidos direitos a prestações positivas do Estado, que se vê obrigado, não raro, a criar serviços públicos para atendê-los; além da terceira, relativa ao direito à paz, ao desenvolvimento, ao respeito, ao patrimônio comum da humanidade, e que, embora existente forte corrente que lhes caracterizem como meras aspirações, foram reconhecidos na nossa Carta de 1988<sup>6</sup>.

Por sua vez, Paulo Bonavides reconhece quatro gerações de direitos fundamentais, a saber: *direitos negativos* ou de resistência do indivíduo em relação ao Estado, tocando diretamente a sua liberdade; os de segunda geração seriam os sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade, nascidos do antiliberalismo do século XX; a terceira geração estaria assentada sobre o princípio da fraternidade e suplantaria a necessidade de proteção do indivíduo ou de determinado grupo de pessoas ou Estados, abrangendo a paz, meio ambiente, comunicação patrimônio comum da humanidade; por derradeiro, a quarta geração diria respeito à democracia e ao pluralismo, como expressões da globalização política na esfera da normatividade jurídica<sup>7</sup>.

A busca na definição de conceitos jurídicos tais como a liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana ou a solidariedade, até mesmo de intimidade, depende do paradigma de Estado, conforme identificado por Jürgen Habermas, citado na abordagem singular do artigo de Menelick de Carvalho Netto<sup>8</sup>.

Assim as constituições das sociedades liberais do século XIX previam os chamados direitos fundamentais de primeira geração, ou negativos, sendo rígidas e prevendo uma distinção rigorosa entre o público e o privado e o exercício da soberania popular através de representantes eleitos, mas por voto censitário<sup>9</sup>, assim como instituindo o sistema de freios e contrapesos decorrente da separação dos poderes.

A igualdade formal logo se mostrou insatisfatória aos anseios sociais e a “mão invisível” do mercado não foi capaz de acomodar

6 FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 113-115.

7 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 562-573.

8 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Público e privado na perspectiva constitucional contemporânea*. Curso de Especialização em Direito Público. CEAD/UNB/AGU, 2013.

9 MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *A noção de administração pública e os critérios de sua atuação*. CEAD/UNB, Curso de Especialização em Direito Público, 2013. p. 9

as desigualdades econômicas, abrindo espaço para as doutrinas políticas comunista, socialista e anarquista, que propiciaram o surgimento do paradigma do Estado social, inaugurado com as constituições do México (1917) e Alemanha de Weimar (1919), marcado pela tentativa de conferir à igualdade um sentido material, de modo que a diferença social entre os indivíduos fosse uniformizada por ações estatais que propiciassem o pleno exercício dos direitos fundamentais de primeira geração.

O Estado assumiu, então, inúmeros encargos e competências (assistência social, serviços de saúde, projetos de acesso a moradias, educação formal, intervenção no domínio econômico e nas relações laborais), introduzindo-se os direitos coletivos, também denominados de segunda geração. Houve a relativização da autonomia individual e foi aberto espaço à função social da propriedade e à supremacia do interesse público. A constituição estabelece uma série de políticas e programas que conferem ao Estado a necessidade e regulamentá-las e implementá-las, dentro da “reserva do possível”, sendo as competências subdivididas na forma burocrática defendida por Weber<sup>10</sup>.

Finalmente, buscando uma terceira via entre o absentéismo e o intervencionismo estatal, surge o paradigma do Estado democrático de direito, orientado pela autodeterminação comunicativa que conduza à regeneração das forças da solidariedade social, em vias de degradação e ao equilíbrio das fontes da natureza, em vias de esgotamento, conforme prega Habermas<sup>11</sup>.

Nesse paradigma, a Administração está sujeita a princípios constitucionais e à lei, possui funções constitucionais delineadas condizentes com a organização estatal adotada, tem o papel de fomentar a suplementar a atividade econômica, com o mínimo de intervenção; ainda, pode adotar o papel distributivo ou desenvolvimentista, conforme o estágio de desenvolvimento econômico, no qual a influência da sociedade na definição da condução das políticas públicas assume uma relevância impar, através de instrumentos de participação mais direta (plebiscitos, referendos, audiências públicas, conselhos temáticos etc.).

Aqui é que podemos afirmar que os direitos fundamentais de primeira geração passam por uma releitura, são retomados como direitos de participação no debate público e revestidos de conotação processual, informam a soberania do paradigma constitucional do Estado democrático de direito, e seu direito participativo, pluralista e aberto.

10 MARTINS, op. cit., p. 20.

11 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. v. II, p. 189.

Os direitos fundamentais consagrados pelo Estado Democrático de Direito são aqueles ligados à fraternidade ou solidariedade, destinados à preservação do gênero humano, denominados de terceira geração (direitos ou interesse difusos), sendo transindividuais e transgeracionais (v. g. ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação).

Nesse diapasão, a solução das antinomias passa do sistema de dedutibilidade lógica excludente (positivismo), orientado pela prevalência da *lex superior*, *lex posterior* ou *lex specialis*, para o sistema de coerência valorativa, a qual pode levar à aplicação de uma regra além ou aquém do âmbito de aplicação descrito nela mesma, condicionada a uma ponderação mediada pelos princípios.

Por derradeiro, o princípio da legalidade passa pela revisão de seu significado, já que não pode ficar exclusivamente vinculado à lei, como no positivismo, mas sim à Constituição. Não basta que a atuação do Estado seja lícita, devendo estar conforme os princípios constitucionais, que trazem consigo o problema da determinabilidade de seus comandos e da segurança jurídica, reclamando uma postura cada vez mais compromissada do intérprete e conduzindo à possibilidade de controle judicial até mesmo para os atos discricionários, diante da diminuição da esfera de discricionariedade em face dessa ampliação do âmbito de legalidade (lei + princípios).

Essa modificação na compreensão da liberdade e da igualdade, aliás, é que possibilitou a delimitação dos paradigmas de Estado de Direito - liberal, com predomínio da esfera privada sobre a pública, onde a igualdade era meramente formal e deveria se ajustar pelo próprio exercício da vida social e pelo mercado -; Estado Social, ou de Bem-Estar Social - intervencionista, predominando a esfera pública sobre a esfera privada, onde a igualdade precisaria ser equilibrada mediante o reconhecimento da desigualdade pela lei, com sua respectiva compensação - e Estado Democrático de Direito - regulador e incentivador, com reconhecimento de que as esferas pública e privada são primordiais e equivalentes, onde a igualdade é o reconhecimento da diferença e a busca permanente de seu respeito e viabilização de sua manifestação em fluxos comunicativos.

É nesse contexto que se observa que a mudança de paradigma não pode ser reduzida ao mero alargamento da tábua de direitos fundamentais, porquanto há um inegável avanço da relação entre Direito e política em cada um dos paradigmas, acompanhada do incremento do conceito de cidadania. Esta, a seu turno, vai da manifestação censitária pelo voto no Estado Liberal, à mera manifestação pelo voto geral no Estado Social - diante do adiamento da possibilidade de definição de políticas públicas

pela massa em razão da ausência de condições materiais e intelectuais para tal manifestação -, até a ampliação das formas de participação do cidadão na definição de políticas públicas (audiências públicas, conselhos temáticos, orçamentos participativos, iniciativas populares de leis etc.) e manutenção do direito de voto direto e geral.

A tensão permanente entre o público e o privado e a redefinição de suas dimensões em cada paradigma exigem a revisão de tudo quando ocorre a passagem de um a outro, além de destacarem um papel preponderante de cada função estatal em cada um dos momentos de sua existência: o Legislativo, no Estado Liberal da descoberta da lei como norma geral e abstrata; o Executivo, no Estado Social da necessidade de intervenção direta para a compensação das desigualdades e viabilização do exercício da liberdade; o Judiciário no Estado Democrático de Direito, como assegurador da interpretação da lei consoante os princípios constitucionais e normas abertas contidas em seu texto.

### 2.3 Direito à informação

O direito de informar se coaduna com os ideais liberais que se opuseram ao absolutismo no início do século XIX, estando ligado à liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV, da CF/88), à liberdade de expressão e comunicação, independentemente de censura, e o sigilo da fonte (art. 5º, incisos IX e XIV, da CF/88); além da impossibilidade de estabelecimento de restrições ou embaraço à manifestação do pensamento e à liberdade de informação jornalística (art. 220 e § 1º, da CF/88).

O livre trânsito da informação ampliou as possibilidades da sociedade com vistas à fiscalização do Estado e ao próprio exercício da cidadania. Sem embargo desse avanço, é preciso distinguir o caráter informativo do caráter político-partidário contido nas mensagens veiculadas pelos meios de comunicação, o que se torna tanto mais factível quanto maior o nível educacional e intelectual dos cidadãos e não através de censura.

Quanto ao aspecto de ser informado, a garantia em apreço abrange os registros de órgãos públicos, por meio do reconhecimento do direito de petição e de obtenção de certidões, seja para interesse particular, coletivo ou geral, ressalvado apenas o sigilo que seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, da CF/88).

Sobreponha-se, ainda, a garantia de que a lei deve disciplinar as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando o acesso dos usuários a registros administrativos

e a informações sobre atos de governo (art. 37, § 3º, inciso II, da CF/88), cabendo à administração pública gerir a documentação governamental e franquear sua consulta a quantos dela necessitarem (art. 216, § 2º, da CF/88).

Para materializar a garantia do direito de ser informado, foi editada a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, aplicável aos três Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, significando um grande passo para deixarmos para trás os regimes de exceção, em que a informação era sonogada e não havia a necessidade do Estado de justificar suas ações ou comprovar a motivação de que resultavam.

Há que se destacar, entretanto, que há limites para o direito à informação, os quais estão previstos no próprio texto constitucional e dizem respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, como veremos no tópico a seguir.

#### 2.4 Direito à intimidade e à vida privada

A liberdade do indivíduo, conquistada no modelo de Estado Liberal – lembre-se que até o final da Idade Média pessoas e bens pertenciam ao Estado –, diz respeito ao seu nascimento livre, seu direito de buscar a felicidade, de não ser compelido a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei e, como pressuposto para todas essas coisas, o seu direito à personalidade jurídica.

Como garantia ao exercício pleno dessa liberdade, a Constituição Federal de 1988 considera invioláveis: a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas, assegurando, inclusive o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, inciso X).

Celso Ribeiro Bastos vaticina que *consiste ainda na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano*<sup>12</sup>.

Já para Tércio Sampaio Ferraz:

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance da sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar só, não exclui o segredo e a autonomia. Nestes termos, é possível identificá-

12 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 195.

la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange.<sup>13</sup>

A doutrina se utiliza da teoria das esferas para estabelecer a graduação da proteção à privacidade, dividindo-a em *esfera da publicidade*, que compreende os atos praticados em público com o desejo de torna-los públicos; *esfera pessoal*, que abrange as relações com o meio social sem que, no entanto, haja vontade ou interesse na divulgação; *esfera privada*, compreendendo os dados relativos a situações de maior proximidade emocional, v. g. orientação sexual do indivíduo; *esfera íntima*, que se refere ao modo de ser de cada pessoa, *ao mundo intrapsíquico aliado aos sentimentos identitários próprios (autoestima, autoconfiança) e à sexualidade. Compreende as esferas confidencial e do segredo, referentes à intimidade*<sup>14</sup>.

Extraí-se dessa teoria que a intimidade seria o menor círculo da privacidade, sendo oponível *erga omnes*, e diria respeito ao direito do indivíduo de estar só, de não compartilhar com quem quer que seja suas ações, aspirações e pensamentos reservados.

Diante da proteção constitucional tanto à liberdade de informação quando da privacidade, são frequentes os conflitos aparentes entre tais princípios, principalmente no que diz respeito à divulgação pela imprensa de dados e fatos envolvendo pessoas detentoras de cargos ou funções públicas ainda na fase de investigação de supostas irregularidades.

Nesse particular, situam-se os chamados casos difíceis em que há necessidade de se observar as peculiaridades de cada caso e aplicar as teorias pós-positivistas de interpretação da Constituição, recorrendo-se ao sopesamento ou ponderação defendida por Robert Alexy ou o método interpretativo com base na integridade do direito, defendido por Ronald Dworkin, com a devida justificação argumentativa.

Alguns critérios são admitidos pela doutrina para identificar se a divulgação de uma determinada informação seria invasiva ou não: *i) licitude da informação; ii) forma adequada de transmissão; iii) contribuição para o debate de interesse geral ou relevância para a formação da opinião pública*<sup>15</sup>.

Assim, o desafio que se apresenta com a garantia da intimidade é o seu contraste com o direito à informação e o interesse público na sua divulgação, afastando-se a argumentos simplesmente políticos

13 FERRAZ, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 88, 1993. p. 449.

14 NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Método. 2011. p. 452

15 *Ibidem*, p. 455

e encontrando os argumentos de princípios, necessários ao equilíbrio entre o público e o privado dentro do Estado Democrático de Direito.

### 3 A OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

#### 3.1 Conceito

O vínculo de direito que faz nascer, para o sujeito passivo, o dever de pagar tributos ou de prestar informações ao Fisco, em decorrência da realização concreta da hipótese de incidência prevista na legislação tributária é o que podemos denominar de obrigação tributária.

Alfredo Augusto Becker, louvando-se dos ensinamentos de Pontes de Miranda destaca o processo de formação da obrigação:

Deve-se sempre ter presente que, antes do direito subjetivo, já existe a regra jurídica com a previsão de sua hipótese de incidência (“fato gerador” ou suporte fático). Realizando-se a hipótese de incidência, sobre esta incide, infalivelmente, a regra jurídica. Após e mediante esta incidência da regra jurídica, a hipótese de incidência se juridiciza e irradia a eficácia jurídica: a relação jurídica, com o seu pólo positivo (o sujeito ativo) e o eu pólo negativo (sujeito passivo) e com seu conteúdo jurídico. Este conteúdo jurídico (da relação jurídica) tem, uma parte, localizada no pólo positivo: o direito (o direito subjetivo), pretensão e coação; a outra parte, localiza-se no pólo negativo: o dever, a obrigação, a sujeição.<sup>16</sup>

O Código Tributário Nacional - CTN não traz qualquer definição do que seja obrigação tributária, conduzindo à conclusão de que seu conceito deve ser buscado no Direito Privado, no qual há uma nítida vinculação desse conceito a um conteúdo pecuniário.

Tal vinculação é objeto de críticas em função do art. 113, do CTN, ter conferido amplitude muito maior ao conceito de obrigação, admitindo que as obrigações acessórias (v.g. prestar declarações, escriturar livros), assumam caráter obrigacional, como destaca Paulo de Barros Carvalho<sup>17</sup>, que defende serem estas meros “deveres formais”; ou ainda pelo fato de não seguirem o destino da obrigação principal, sobrevivendo quando esta seja extinta ou inexistente, conforme preconiza Roque Antonio Carrazza<sup>18</sup>, o qual afirma que deveriam ser denominadas “deveres administrativos” ou “instrumentais”. Finalmente, pela incompatibilidade entre a definição de tributo contida no art. 3º do CTN – pela exigência

16 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1988. p. 348-349.

17 CARVALHO, Paulo de Barros. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 124-125.

18 CARAZZA, Roque Antonio. *O Regulamento no Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 26.

de que seja em moeda... - e a conversão das obrigações acessórias em principais previstas no parágrafo 3º, do art. 113.

O abrandamento de tais críticas vem dos ensinamentos de Souto Maior Borges<sup>19</sup>, tomando por base o art. 1.174<sup>20</sup>, do Código Civil italiano, para esclarecer que a obrigação não é essencialmente patrimonial, mas deve ser suscetível de valoração econômica, o que permite concluir que *“A relação entre obrigação e dever jurídico não é uma relação entre espécie e gênero, mas uma relação entre forma e conteúdo. Porque o dever é uma categoria formal, estudada pela Teoria Geral do Direito, e a obrigação, uma categoria dogmática, estudada pelas disciplinas jurídicas particulares. Daí a possibilidade de falar-se – com pertinência ao objeto do estudo – de obrigações de Direito Civil, Comercial, Tributário, etc.”* Com esse raciocínio, arremata concluindo que a patrimonialidade será ou não um requisito da obrigação conforme esteja pressuposta ou não em norma de direito obrigacional.

Nesse contexto, é imprescindível destacar que a obrigação tributária tem um elemento material – a ocorrência do fato no mundo fenomênico que corresponda ao fato descrito na norma –, um elemento pessoal – a vinculação do sujeito ao fato ocorrido –, um elemento espacial – que diz respeito à localização da ocorrência do fato e do sujeito passivo –, e, por último, um elemento temporal – relativo ao momento da ocorrência do fato, os quais, conjugados determinam o efeito preconizado pela lei: a criação da obrigação, conforme vaticina Ataliba<sup>21</sup>.

### 3.2 Espécies

Em que pese o nascimento da obrigação tributária se dê mediante a simples ocorrência do fato imponible, o Fisco não possui o dom da onisciência para poder identificar o sujeito passivo e exigir o pagamento do tributo. Por esta razão, é que a lei estabelece a obrigação principal – pagamento do tributo ou penalidade pecuniária – e as obrigações ditas acessórias – v. g. prestar declarações, escriturar livros, emitir notas fiscais etc. – as quais fornecem o suporte fático para a materialização da obrigação tributária.

A obrigação principal diz respeito a uma prestação pecuniária e abrange o tributo, que tem por causa um fato lícito, enquanto que a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento decorre de um fato ilícito; não sendo a licitude do fato seu caráter distintivo, em que pese a redação do art. 3º do CTN. O caráter pecuniário da prestação é o

19 BORGES, Souto Maior. *Obrigação Tributária*. Uma introdução metodológica. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 23-25.

20 “La prestazione che forma oggetto dell’obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale del creditore.” (Cf. *Obrigação Tributária*. Uma Introdução Metodológica, São Paulo, Saraiva, 1984. p. 23-25.

21 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 62.

dístico eleito pelo legislador, porquanto a obrigação acessória tem como objeto um fazer ou não fazer alguma coisa, despida a prestação em si de estimabilidade patrimonial, como observa Derzi<sup>22</sup>.

A obrigação acessória, embora seja denominada como tal, recebe essa nomenclatura por conta de seu caráter instrumental na materialização da relação obrigacional principal, que já existe por conta da ocorrência do fato gerador no mundo fenomênico. Entretanto, ela não obedece ao regime jurídico das obrigações acessórias do Direito Civil, como já mencionado no tópico anterior, podendo existir independentemente e possuindo um fato gerador próprio como preconiza o art. 115, do CTN<sup>23</sup>, o que é bem sintetizado por Derzi:

De fato, o brocardo latino *accessorium corrui sublati principalis* não tem nenhuma aplicação em relação às obrigações chamadas acessórias. Pois pode inexistir a obrigação principal (em razão de imunidade, não-incidência ou isenção) e persistirem as obrigações acessórias; pode estar extinta a obrigação principal pelo pagamento e ainda assim ser exigível a obrigação acessória, cujo descumprimento acarretará a imposição de multa isolada. As obrigações acessórias têm vida própria, nascendo de hipótese específica e seguindo regime independente<sup>24</sup>.

Destaque-se, ainda que a obrigação acessória é exigível mesmo em relação aos entes considerados isentos ou imunes, conforme o art. 175, do CTN.

A ressalva feita pela doutrina é que a definição do fato gerador da obrigação acessória está sob reserva da legalidade, não podendo ficar ao arbítrio da autoridade fiscal a identificação das práticas e abstenções impostas ao sujeito passivo<sup>25</sup>. Mas essa legalidade seria a relativa, regulada pelo art. 5º, inciso II, da CF, conforme ensina Paulsen<sup>26</sup>.

### 3.3 O fato gerador do imposto sobre a renda

A Constituição Federal de 1988 reservou competência à União para instituição do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (CF, art. 153, III), sendo que a utilização dos dois vocábulos acabou

22 BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 698.

23 "Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal."

24 BALEEIRO, op. cit., p. 702.

25 *Ibidem*, p. 709.

26 PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário: completo*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 97.

por coincidir com o preconizado no art. 43, do CTN<sup>27</sup>, permitindo seu aproveitamento integral e mantendo a maior abrangência do espectro fático passível da incidência do imposto.

O conceito de renda é um desafio para a doutrina, haja vista a necessidade de se enfrentar a distinção entre renda e capital, eis a primeira deve passível de identificação sem que haja a redução do segundo, como lembra Rubens Gomes de Sousa, referido por Derzi:

[...] já na metade do século XIX, Hermann-Schmoller contribuiu para a formação desses conceitos de forma decisiva, trazendo a ‘noção de livre disponibilidade, segundo a qual somente seria renda a parcela acrescida de riqueza de que o titular pode dispor sem prejudicar seu capital’<sup>28</sup>

De tal sorte, como expõe Baleeiro<sup>29</sup>, a renda pode ser encarada no seu contexto econômico, distinto do capital que representa, sendo, antes, um acréscimo de riqueza medido entre dois momentos – o que o legislador pátrio utilizou para a apuração da renda da pessoa física; ou um atributo periódico da fonte permanente da qual promana, como elemento novo que com ela não se confunde .

Essa distinção entre renda e capital impede que a União inclua no âmbito de incidência do imposto sobre a renda as realidades jurídicas diversas, tais como o faturamento ou a receita de mercadorias e serviços ou o patrimônio imobiliário (que é capital acumulado e aplicado). Por essa razão é que a tributação das pessoas físicas incide sobre os rendimentos pessoais (como remuneração de fatores produtivos em certo lapso de tempo), enquanto que a das pessoas jurídicas incide sobre a “remuneração da produção”, denominada lucro.

Outra questão de relevância é a da aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica, pois, *embora a renda configure o núcleo (base de cálculo) da hipótese de incidência do imposto de renda, ela (a renda) entra para a composição desta hipótese cercada de elementos adjetivos da mais diversa natureza (econômica ou jurídica)*<sup>30</sup> .

27 Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1<sup>a</sup> A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

§ 2<sup>a</sup> Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

28 DERZI, op. cit., p. 286.

29 BALEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 283.

30 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1988. p. 397

Na visão de Rubens Gomes de Sousa:

A disponibilidade 'econômica' [...] verifica-se quando o titular do acréscimo patrimonial que configura a renda o tem em mãos, já separado de sua fonte produtora e fisicamente disponível: numa palavra, é o dinheiro em caixa. Ao passo que a disponibilidade 'jurídica' [...] verifica-se quando o titular do acréscimo patrimonial que configura renda, sem o ter ainda em mãos separadamente de sua fonte produtora e fisicamente disponível, entretanto já possui um título jurídico apto a habilitá-lo a obter a disponibilidade econômica<sup>31</sup>.

Assim, pode-se afirmar que a disponibilidade jurídica ocorre quando a situação jurídica que identifica a renda se realiza em todos os seus elementos (*v. g.* no caso de dividendo creditado ou cujo pagamento tenha sido aprovado pela assembleia na sociedade por ações; na alienação de um bem à prestação, onde a disponibilidade econômica somente ocorrerá com o pagamento das parcelas, mas a disponibilidade jurídica diz respeito à operação integral). A disponibilidade econômica, por seu turno, consiste na efetiva disponibilização dos recursos decorrentes da relação jurídica identificada adjetivamente na hipótese de incidência.

No direito pátrio, prevalece, para a identificação da renda, a teoria do acréscimo patrimonial, para a qual interessa o aumento do patrimônio líquido decorrente de todo e qualquer ingresso, seja em bens materiais, imateriais ou serviços avaliáveis em dinheiro, periódico, transitório ou acidental, de caráter oneroso ou gratuito, medido em certo período de tempo, conforme leciona Paulo de Barros Carvalho<sup>32</sup>.

### 3.4 Sinais exteriores de riqueza incompatíveis com as receitas declaradas

Em decorrência do conceito de renda adotado no direito tributário brasileiro, torna-se imprescindível a verificação da riqueza ostentada pelo contribuinte entre dois momentos, a qual deve ser compatível com as receitas auferidas e declaradas ao Fisco.

A verificação desse equilíbrio não é feita ao arbítrio da administração tributária, mas obedece a critérios objetivos positivados, como se pode extrair do art. 6º, da Lei nº 8.021/90, que expressamente determina o confronto entre os gastos e a renda disponível do contribuinte, esta diminuída dos abatimentos e deduções legais e do próprio imposto pago<sup>33</sup>.

31 SOUSA, Rubens Gomes de. *Pareceres 1 – Imposto de Renda*. Ed. Póstuma, São Paulo: Resenha Tributária, 1975. p. 248.

32 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008. p. 599.

33 Art. 6º O lançamento de ofício, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza.

§ 1º Considera-se sinal exterior de riqueza a realização de gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte.

O contribuinte pode ostentar um patrimônio de fato cuja renda declarada não permita sua aquisição, como veículos de luxo, imóveis de alto padrão, quotas de participação em sociedades, cavalos de raça, obras de arte etc.; utilizando-se inclusive de terceiros – empregados, parentes ou pessoas pagas exclusivamente para figurarem como proprietários. E pode simplesmente deixar de declarar valores recebidos das mais diversas origens, embora constem de sua movimentação financeira.

Isso sem falar no planejamento tributário mediante manobras elisivas, através da criação de empresas de representação ou participação com sede em paraísos fiscais para receber valores por serviços por ele prestados; ou mesmo a transferência de todo o patrimônio para uma pessoa jurídica que tem por objeto apenas a administração de bens de terceiros, constituída exclusivamente para esse fim, de molde a dificultar a identificação e o alcance de seu patrimônio e a conclusão acerca da compatibilidade da equação riqueza/renda declarada.

### 3.5 O acesso do Fisco às informações bancárias

O acesso aos dados bancários pela autoridade administrativa tributária é facultado atualmente pela Lei Complementar nº 105/2001, que dispõe sobre o sigilo das operações das instituições financeiras, sendo regulamentado pelo Decreto nº 3.724/2001, com as alterações introduzidas pelo Decreto nº 6.104/2007.

São exigidos dois requisitos essenciais para legitimação do acesso: i) haver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso; ii) que o exame da movimentação financeira seja considerado indispensável pela autoridade administrativa competente (hipóteses especificadas no decreto), conforme o art. 6º, da LC nº 105/2001<sup>34</sup>.

---

§ 2º Constitui renda disponível a receita auferida pelo contribuinte, diminuída dos abatimentos e deduções admitidos pela legislação do Imposto de Renda em vigor e do Imposto de Renda pago pelo contribuinte.

§ 3º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, o contribuinte será notificado para o devido procedimento fiscal de arbitramento.

§ 4º No arbitramento tomar-se-ão como base os preços de mercado vigentes à época da ocorrência dos fatos ou eventos, podendo, para tanto, ser adotados índices ou indicadores econômicos oficiais ou publicações técnicas especializadas.

§ 5º O arbitramento poderá ainda ser efetuado com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações. (Revogado pela lei nº 9.430, de 1996)

§ 6º Qualquer que seja a modalidade escolhida para o arbitramento, será sempre levada a efeito aquela que mais favorecer o contribuinte.

34 Lei Complementar nº 105/2001:

“Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Antes mesmo da edição da LC nº 105/2001, o Fisco tinha acesso à movimentação financeira dos contribuintes por força da Lei nº 9.311/96, que instituiu a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF. Contudo, o § 3º, do art. 11, vedava a utilização de tais dados para a constituição de créditos tributários relativos a outros impostos e contribuições.

Tal vedação foi mitigada com a alteração do referido § 3º, do art. 11 da Lei nº 9.430/96, pela Lei nº 10.174/2001, facultando a utilização dos dados para instaurar procedimento administrativo tendente apurar outros tributos devidos, observado o disposto no art. 42, da Lei nº 9.430/96 e suas alterações posteriores. Houve inclusive a aprovação da súmula nº 35 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais referendando sua aplicação retroativa<sup>35</sup>, sendo que o Judiciário ainda não tem posição definitiva acerca dessa retroatividade.

Em que pese a existência de cinco ações diretas de inconstitucionalidade – Adin, questionando o art. 6º, da LC nº 105/01 (2.390, 2.386, 2.397, 2.389 e 2.406) e a possibilidade de a administração tributária se utilizar da quebra do sigilo bancário independentemente de ordem judicial para apurar créditos tributários, tal expediente vem sendo utilizado com parcimônia pelo Fisco, o qual defende a legitimidade do procedimento pelas seguintes razões:

- o acesso às informações bancárias não configura ofensa à intimidade (CF, art. 5º, inciso X), pois o direito ao sigilo bancário não se confunde com direitos inerentes à personalidade do indivíduo, sendo renunciável e excepcionável em determinadas circunstâncias;

- o sigilo bancário não se enquadra na figura do sigilo de dados (CF, art. 5º, inciso XII), pois as operações bancárias se equiparam a relações comerciais que sempre envolvem mais de uma pessoa, além do fato de os cadastros e informações do cliente (v. g. cheques sem fundos, contas encerradas etc.) serem compartilhados entre as instituições financeiras;

---

[...]

Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar.”

Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.”

35 Súmula CARF nº 35: O art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, com a redação dada pela Lei nº 10.174/2001, que autoriza o uso de informações da CPMF para a constituição do crédito tributário de outros tributos, aplica-se retroativamente.

- não há violação do sigilo bancário na disponibilização dos dados ao Fisco, porquanto estes permanecem com o caráter restrito e passível de responsabilização criminal em caso de divulgação e uso indevido;
- o acesso aos dados bancários seria uma forma viabilizar a apuração da capacidade contributiva, prevista no § 1º, do art. 145, da CF.

### 3.6 A presunção como técnica de apuração do imposto sobre a renda nos casos de omissão de receitas

A presunção pode ser descrita, genericamente, como a consequência ou conclusão provável acerca de algo que não se sabe, tomando-se por base a combinação de fatos ocorridos concreta e efetivamente e que induzem o raciocínio àquela consequência ou conclusão.

As ficções podem ser legais (ou de direito) – estas divididas em relativas ou *juris tantum*, que admitem prova em contrário, e absolutas ou *jure et de jure*, que não admitem prova em contrário –, ou humanas – estabelecidas pelo raciocínio humano a partir da observação empírica. Estas últimas são utilizadas no plano do direito processual, permitindo ao aplicador da lei inferir, de um fato provado “A”, o fato não provado “B”, sempre admitindo prova em contrário.

Para Alfredo Augusto Becker<sup>36</sup>, “A regra jurídica cria uma presunção legal quando, baseando-se no fato conhecido cuja existência é certa, impõe a certeza jurídica da existência do fato desconhecido cuja existência é provável em virtude da correlação natural de existência entre esses dois fatos”.

O conceito de prescrição adotado por Maria Rita Ferragut<sup>37</sup> é de extrema utilidade para que se entenda o mecanismo da presunção no campo normativo, pois separa os elementos (fato provado/indiciário, fato presumido/indiciado e norma):

Como proposição prescritiva, presunção é norma jurídica deonticamente incompleta (norma lato sensu) de natureza probatória que, a partir da comprovação do fato diretamente provado (fato indiciário, fato diretamente conhecido, fato implicante), implica juridicamente o fato indiretamente provado (fato indiciado, fato indiretamente conhecido, fato implicado).

No Direito Tributário, em razão dos princípios que o regem e do estatuto constitucional de proteção do contribuinte, especialmente a legalidade estrita, a isonomia e a capacidade contributiva, não se admite

36 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998. p. 509.

37 FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 113.

a presunção absoluta, conforme leciona Rubens Gomes de Sousa<sup>38</sup>, havendo espaço apenas para as presunções *juris tantum*, que admitem prova em contrário pelo contribuinte.

A omissão de receitas pode significar um acréscimo da renda do contribuinte e, por conseguinte, a ocorrência do fato típico imponible do imposto sobre a renda, o que pode ter seus indícios identificados por meio do acesso a sua movimentação financeira.

O arbitramento de rendimentos do contribuinte com base na renda presumida, identificada nos sinais exteriores de riqueza, já encontrava previsão na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965<sup>39</sup>, disposição repetida no art. 39, V do Regulamento do Imposto de Renda de 1980 (RIR/80)<sup>40</sup>, aprovado pelo Decreto nº 85.450/80.

Todavia, a simples existência de disponibilidade econômica nos extratos bancários não foi considerada suficiente para embasar o lançamento tributário do imposto sobre a renda. Entendimento consolidado na súmula nº 182, do extinto Tribunal Federal de Recursos: *“é ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários”*. Isso obrigou o Poder Executivo a editar o Decreto-Lei nº 2.471/88, determinando o cancelamento dos lançamentos e débitos inscritos em Dívida Ativa apurados com base exclusivamente em extratos ou depósitos bancários.

Com o advento da Lei nº 8.021/90, a controvérsia se reacendeu, porquanto o seu artigo 6º voltou a admitir o lançamento de ofício mediante arbitramento dos rendimentos do contribuinte com base na renda presumida, permitindo a utilização dos depósitos ou aplicações financeiras *quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações*<sup>41</sup>.

Cumpra destacar a diferença entre a previsão da Lei nº 4.729/65 e da Lei nº 8.021/90, porquanto naquela o fato indiciário (receita omitida

38 “a presunção absoluta e a ficção legal não se aplicam ao direito tributário ou, pelo menos, à determinação dos elementos definidores das obrigações por ele reguladas, entre os quais, como vimos, está a base de cálculo”. SOUSA, Rubens Gomes de. Um caso de ficção legal no direito tributário: a pauta de valores como base de cálculo do ICM. Revista de Direito Público, São Paulo: RT. n. 11, 1970. p. 19.

39 Lei nº 4.729/65: “Art 9º O lançamento ex officio relativo às declarações de rendimentos, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando os rendimentos, com base na renda presumida, através da utilização dos sinais exteriores de riqueza que evidenciem a renda auferida ou consumida pelo contribuinte.”

40 RIR/80: “Art. 39. Na cédula H serão classificados a renda e os proventos de qualquer natureza não compreendidos nas cédulas anteriores, inclusive (Lei nº 4.069/62, art. 52, e Lei nº 5.172/66, art. 43):  
[...]

V - os rendimentos arbitrados com base na renda presumida, através da utilização dos sinais exteriores de riqueza que evidenciem a renda auferida ou consumida pelo contribuinte (Lei nº 4.729/65, art. 9º);”

41 Lei nº 8.021/90: “Art. 6º O lançamento de ofício, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza.  
[...]

§ 5º O arbitramento poderá ainda ser efetuado com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações.”

identificada nos extratos) era tomado direta e incondicionalmente como base para o arbitramento do imposto devido, ao passo que na lei de 1990, foi agregado um novo elemento ao fato indiciário, pois os extratos e depósitos somente são considerados para fins de lançamento na ausência de comprovação da origem dos recursos por parte do contribuinte, ou seja, respeitado o contraditório e a ampla defesa.

O respeito aos preceitos constitucionais ficou muito mais evidente com a revogação do § 5º, do art. 6º da Lei nº 8.021/90 pela Lei nº 9.430/96, a qual passou a exigir expressamente a intimação do contribuinte para comprovar a origem dos recursos relativos aos depósitos ou investimentos mantidos em instituição financeira.

Apesar disso, Florence Cronemberger Haret<sup>42</sup>, discorda da constitucionalidade do procedimento de apuração do imposto sobre a renda por arbitramento com base em extratos bancários e aplicações financeiras de origem não comprovada, principalmente diante da infinidade de objetos e pessoas envolvidas nas relações financeiras, as quais nem sempre significam renda.

Esse entendimento, com o qual ousamos respeitosamente discordar, vinha sendo adotado pelo Judiciário, como se extrai dos julgados na AC 2002.02.01.031501-2 do Tribunal Regional Federal da 2ª. Região<sup>43</sup>, na AMS 92.03.082588-6 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região<sup>44</sup>, na

42 HARET, Florence Cronemberger. *Presunções no Direito Tributário*. Teoria e Prática. p. 318-324, disponível em: [http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-28012011-090558/publico/Florence\\_Cronemberger\\_Haret\\_Versao\\_final\\_Arquivo\\_completo.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-28012011-090558/publico/Florence_Cronemberger_Haret_Versao_final_Arquivo_completo.pdf).

43 “Com efeito, para que se aplique o entendimento consubstanciado na Súmula nº. 182/TFR, é necessário que o lançamento tributário esteja fundado unicamente em depósitos bancários e não tenha sido possibilitada ao contribuinte a apresentação de documentos e comprovantes que justifiquem a origem dos valores depositados. Se a ação fiscal examinou a contabilidade da empresa, intimando-a para explicar a origem dos recursos, não há falar em tributação baseada exclusivamente em extratos bancários. (AC 2002.02.01.031501-2 – TRF 2ª Região – Rel. Tânia Heine – Julgamento 12/12/06).

44 “Realmente, em apuratório fiscal dos idos de maio de 1.986, fls. 07/73, analisado o IRPF dos exercícios 1982, 1983 e 1984 – anos-base de 1981, 1982 e 1983, respectivamente – nos quais se afirma omissão de receita da pessoa física, constata-se decorre toda a instrução amealhada pelo Estado não exclusivamente com base na movimentação bancária do contribuinte, fls. 37/40, mas de amplo escorço probatório lastreado em elementos como notas fiscais de produtos relativos a vendas de bovinos, fls. 37/40 e, conforme arguição do próprio contribuinte fiscalizado, parte do valor apurado, referente ao exercício 1984 – ano-base 1983 – advir da nota fiscal nº. 521715 (fls. 40 dos autos em apenso), como assim destacado pela própria União [...]. No caso vertente e como salientado, deveras, o todo probatório fazendário amealhado põe-se por demonstrar a omissão verificada, baseada não somente nos extratos bancários do contribuinte, sendo legítima, portanto, a cobrança em pauta, a não ser abarcada pela anistia prevista pelo Decreto-Lei nº. 2.471/88.”(Proc. 92.03.082588-6 – TRF 3ª Região – Rel Silva Neto – Julgamento 29/03/07).

AMS 2001.70.09.002254-9 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região<sup>45</sup> e no RESP nº 792.812<sup>46</sup>.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça foi modificado a partir da edição da Lei Complementar nº 105/2001, que admitiu a transferência das informações bancárias ao Fisco sem que se configurasse a quebra de sigilo, combinado à vigência imediata da Lei nº 8.021/90, como exceção ao princípio da irretroatividade tributária autorizada pelo § 1º, do artigo 144, do Código Tributário Nacional, dada a natureza formal das mencionadas normas que ampliam o poder de fiscalização<sup>47</sup>.

Nesse sentido, a configuração de acréscimo patrimonial como fato gerador do imposto sobre a renda – fato presumido –, partirá do fato indiciário da manifestação de riqueza constante dos extratos e aplicações financeiras do contribuinte, que justifica a instauração do procedimento fiscal correlato e, somente na inexistência de justificativa razoável e plausível em contraste com o sistema jurídico e respeitada a ampla defesa – condição *sine qua non* –, culminará no lançamento do crédito tributário correspondente.

Atribui-se, assim, ao Fisco o ônus de provar o fato indiciário eleito pelo legislador como antecedente da existência da renda e garantir ao

45 “Foi constatada a existência de contas bancárias por meio das quais o estabelecimento fiscalizado recebia pagamentos. Os fiscais, porém, prosseguiram em seu trabalho, solicitando ao fiscalizado a apresentação do Livro de Registro de Inventário, no que não foram atendidos. Examinaram os livros “Diário”, que constataram escriturados de forma que não permitia exame mais profundo de suas finanças, além de não conter registro de movimentação bancária ou trazê-la, quando existente, feita de forma englobada em lançamentos mensais. Apenas então foi requerido à Justiça o acesso às contas bancárias da empresa.

[...]”

Mas os agentes do Fisco não se limitaram a constatar o montante dos depósitos e tributá-lo. Buscaram dados numéricos para estimativa das atividades e da receita da empresa, obtendo números que confrontaram com a movimentação bancária verificada.

(AMS 2001.70.09.002254-9 – TRF 4ª Região – Rel. Vivian Josete Pantaleão Caminha – Julgamento 08/11/06).

46 [...] 9. Consectariamente, consoante assentado no Parecer do Ministério Público (fls. 272/274): “uma vez verificada a incompatibilidade entre os rendimentos informados na declaração de ajuste anual do ano calendário de 1992 (fls. 67/73) e os valores dos depósitos bancários em questão (fls. 15/30), por inferência lógica se cria uma presunção relativa de omissão de rendimentos, a qual pode ser afastada pela interessada mediante prova em contrário.”

10. A súmula 182 do extinto TFR, diante do novel quadro legislativo, tornou-se inoperante, sendo certo que, in casu: “houve processo administrativo, no qual a Autora apresentou a sua defesa, a impugnar o lançamento do IR lastreado na sua movimentação bancária, em valores aproximados a 1 milhão e meio de dólares (fls. 43/4). Segundo informe do relatório fiscal (fls. 40), a Autora recebeu numerário do Exterior, em conta CC5, em cheques nominativos e administrativos, supostamente oriundos de “um amigo estrangeiro residente no Líbano” (fls. 40). Na justificativa do Fisco (fls. 51), que manteve o lançamento, a tributação teve a sua causa eficiente assim descrita, verbis: “Inicialmente, deve-se chamar a atenção para o fato de que os depósitos bancários em questão estão perfeitamente identificados, conforme cópias dos cheques de fls. 15/30, não havendo qualquer controvérsia a respeito da autenticidade dos mesmos. Além disso, deve-se observar que o objeto da tributação não são os depósitos bancários em si, mas a omissão de rendimentos representada e exteriorizada por eles.”

47 AgRg no AREsp 81.279/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15/3/2012, DJe 21/3/2012; REsp 891.268/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 6/8/2009, DJe 21/9/2009; e AgRg no Resp 1072960/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 2/12/2008, DJe 18/12/2008.

contribuinte o contraditório e a ampla defesa. E ao contribuinte o ônus de provar que aquela receita tem origem desvinculada de seu patrimônio e a ele não se incorporou, desconstituindo a força da presunção e evitando o lançamento do tributo.

#### **4 O PRETENSO CONFLITO ENTRE O DIREITO À INTIMIDADE E O DEVER DE PRESTAR INFORMAÇÕES VERÍDICAS AO FISCO NO QUE TANGE OCORRÊNCIA DE FATOS GERADORES DE TRIBUTAÇÃO**

##### **4.1 A relatividade da proteção à intimidade**

O pacto democrático que se tem quando os indivíduos se organizam sob uma forma estatal destinada a garantir o exercício dos direitos próprios da condição humana e de cidadania, respeitando o quanto possível o pluralismo, traz consigo a renúncia a determinados aspectos da liberdade, o que se dá em nome de seu próprio exercício, considerado na delicada relação entre o público e o privado. Isso porque o desafio é equilibrar a democracia como um conjunto de procedimentos necessários para o tratamento da pluralidade e como identificação com os valores que permitem dar forma a um modo particular de coexistência<sup>48</sup>.

Nesse contexto, a proteção da propriedade e da vida privada dos indivíduos é garantia constitucional, sem dúvida, mas que, em nome do próprio pacto democrático, deve ser interpretada conjuntamente com os demais princípios que norteiam esse Estado Democrático de Direito, porquanto o pleno gozo dos direitos e demais atividades da vida privada não se sustentam senão pela higidez do Estado e todas as instituições que o integram.

Diante dessa constatação, pode-se afirmar que os princípios colocados em oposição nesta questão (proteção da privacidade X identificação da capacidade contributiva para manutenção do Estado), refletem mais do que a simples questão da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, implicando mesmo no fornecimento de meios para que haja a garantia da própria proteção da privacidade, que se dá através da existência do Estado e das instituições encarregadas dessa proteção.

A ideia de garantia absoluta à privacidade parece-nos ter de ser encarada com ponderação quando ela é usada como instrumento de abuso de direito, principalmente para ocultar fatos que impliquem na definição da cota de contribuição que cada cidadão deve prestar para a manutenção do Estado (tributos). Do contrário, temos uma deturpação

48 MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt. (tradução de Menelick de Carvalho Netto). *Cadernos da Escola do Legislativo de Minas Gerais*, n. 2, jul./dez. 1994, p. 13. Disponível em: <<http://mediaserver.almg.gov.br/acervo/816/688816.pdf>>.

da garantia e a instauração de uma situação antiisonômica sustentada em um princípio constitucional, sem que a real capacidade contributiva possa ser aferida e implicando em um ônus mais pesado para aquelas que não podem se utilizar do pretense escudo da privacidade de sua movimentação financeira e oferecem ao Fisco as informações integrais sobre a sua renda.

#### 4.2 O dever de declarar e pagar o imposto sobre a renda

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, preconizada como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, aliada à erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (CF, art. 2º), demanda a realização por parte do Estado dos mais diversos programas e serviços que atendam aos direitos fundamentais e permitam a estabilidade institucional.

No concernente ao imposto de competência da União incidente sobre a renda e proventos de qualquer natureza (CF, art. 153, inciso III e § 2º, inciso I), sua apuração depende da existência do acréscimo da disponibilidade jurídica ou econômica dentro de um determinado período de tempo, conforme exposto no item 3.3.

Para Derzi, essa periodização seria anual em razão da previsão no capítulo das finanças públicas (CF, § 8º, do art. 165), combinado com o princípio da anterioridade que veda a cobrança de tributo no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (CF, art. 150, III, b), sendo período mínimo para a apuração do efetivo acréscimo de renda experimentado pelo contribuinte, o que tornaria inconstitucional qualquer previsão legislativa em sentido contrário<sup>49</sup>.

Entretanto, a legislação determina a apuração e o recolhimento mensal para pessoas físicas em relação aos rendimentos recebidos, admitindo a apresentação da declaração de ajuste anual, na qual se determinará o saldo do imposto a pagar ou valor a ser restituído (Lei nº 8.383/91, arts. 5º, 6º e 12).

De igual modo, para as pessoas jurídicas a apuração e o recolhimento do imposto deve se dar mensalmente à medida que os lucros forem sendo auferidos, sendo que é possível o pagamento por estimativa àqueles que optarem pelo lucro real, podendo suspender ou diminuir o recolhimento enquanto balanços ou balancetes mensais demonstrarem que o valor acumulado, já pago, excede o valor do imposto calculado com base no lucro real do período em curso. Sendo obrigatória a apresentação da declaração de ajuste anual consolidando os resultados

49 BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 327-329.

mensais auferidos nos meses de janeiro a dezembro do ano anterior (Lei nº 8.383/91, arts. 38, 39 e 43).

Vale dizer que as operações financeiras são tributadas separada e diretamente na fonte quando do creditamento dos rendimentos, conforme disciplina própria nos artigos 20 a 37, da mencionada Lei nº 8.383/91, sendo o imposto retido considerado antecipação do devido na declaração, para as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real; mas tributação definitiva, vedada a compensação da declaração de ajuste anual, para as pessoas físicas e pessoas jurídicas não tributadas com base no lucro real.

Assim, constata-se o dever do contribuinte de apurar e recolher o imposto devido mensalmente, além de promover as declarações correspondentes e a declaração de ajuste anual, na qual devem ser apresentados todos os elementos correspondentes ao acréscimo econômico ou jurídico de renda, bem assim efetuadas todas as deduções permitidas por lei para a determinação se há saldo de imposto a pagar ou a restituir, com a maior amplitude possível, sendo que a lei não excepciona as informações relativas à movimentação financeira ou os saldos mantidos pelo contribuinte em instituições financeiras.

#### **4.3 Conflito de regras e colisão de princípios e a questão do conflito entre o princípio da intimidade e a isonomia no dever de contribuir para a formação das receitas públicas**

Com o fim dos regimes totalitário, após a segunda Guerra Mundial, o positivismo fracassou, abrindo espaço para o denominado *pós-positivismo*, designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais<sup>50</sup>.

A estrutura da norma de direito fundamental pode ser analisada sob diversas diferenciações teóricas-estruturais, sendo a mais importante aquela que faz a distinção entre regras e princípios. O que, Segundo Robert Alexy, constitui uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais, já que permite a identificação da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, além dos direitos a proteção, a organização, procedimento e, ainda, prestações em sentido estrito<sup>51</sup>.

Há conteúdo normativo nas regras e nos princípios, porque ambos dizem o que deve ser e podem ser formulados por meio de expressões

50 BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 27.

51 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 85

deônticas de permissão ou proibição, sendo razões para juízos concretos de dever ser, ainda que diferentes.

Diversos são os critérios propostos para diferenciação entre regras e princípios, sendo o mais frequentemente utilizado o da generalidade, segundo o qual um princípio seria uma norma com grau de generalidade relativamente alto, enquanto que a regra uma norma de generalidade baixa. Ainda são propostos os critérios da “determinabilidade dos casos de aplicação”; a forma de seu surgimento – normas “criadas” e normas “desenvolvidas” –; o caráter expresso de seu conteúdo axiológico; a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema; e a importância para a ordem jurídica<sup>52</sup>.

Todavia, Alexy destaca que o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios seriam normas de otimização, cujo conteúdo determina que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Ao passo que as regras, contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, sendo sempre satisfeitas ou não satisfeitas<sup>53</sup>.

A distinção se torna mais nítida quando observamos o conflito entre regras, cuja solução é a inclusão de uma exceção em uma delas ou a declaração de invalidade de uma delas, para que se mantenha íntegra a validade da norma, posto que o mandamento que encerram é definitivo.

No caso de colisão de princípios, por tratar-se de normas de otimização, não se tem a invalidação de um princípio para que prevaleça o outro, mas um sopesamento, uma atribuição de graus de relevância diversos a ambas as normas de otimização, que estão abstratamente no mesmo nível, de modo a identificar qual tem maior peso conforme as peculiaridades do caso concreto:

Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão seja resolvida de forma contrária<sup>54</sup>.

A isso, Alexy denomina o caráter normativo *prima facie* dos princípios, por não conterem um *mandamento definitivo* e pela possibilidade de que um princípio seja afastado pelas razões antagônicas de um outro princípio, conforme as possibilidades fáticas<sup>55</sup>. Nesse passo, podemos concluir que a interpretação mediante o sopesamento de princípios pode conduzir tanto a uma conclusão em um sentido quanto no sentido

<sup>52</sup> ALEXY, op. cit., p. 87-88.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 90-91

<sup>54</sup> Ibidem, p. 96.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 104.

contrário, a depender da otimização atribuída a cada um dos princípios colidentes no caso concreto.

A teoria da única resposta correta, concebida por Dworkin, também considera a diferenciação entre princípios e regras, partindo do pressuposto de que os casos difíceis devem ser solucionados não com o sopesamento, mas com a identificação da melhor decisão ao caso concreto, baseada em argumentos de princípio que justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou grupo<sup>56</sup>.

Entretanto, Dworkin ressalva explicitamente que a teoria da integridade pode conduzir a conclusões diferentes acerca da *única resposta correta* sob o ponto de vista do julgador, dos advogados e até mesmo das partes:

[...] essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos.<sup>57</sup>

Por outro lado, o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.

No tocante ao papel das regras na aplicação do Direito, tanto Dworkin como Alexy reconhecem seu caráter geral, abstrato e com hipótese de aplicação concretamente definido. Mas, na teoria da proporcionalidade de Alexy, as regras possuem papel antecedente aos princípios e sua aplicação se dá por simples subsunção, inexistindo espaço para a justificação mediante o discurso racional, o qual fica restrito ao campo de aplicação dos princípios diante dos denominados “hard cases”.

Para Dworkin, entretanto, como a aplicação do direito é sempre um processo de interpretação, ainda que se trate da aplicação de uma regra aparentemente clara, sempre haverá a necessidade de contrastá-la com a integridade do direito, o que pode conduzir ao afastamento da regra diante dos princípios.

O que nos cabe responder, sem a pretensão de ter a palavra final sobre o caso é: o acesso às informações financeiras do contribuinte pelo Fisco independentemente de autorização judicial faz tábula rasa

56 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 129.

57 *Ibidem*, p. 127.

da garantia individual à intimidade e ao sigilo de dados (CF, art. 5º, X e XII)? O acesso a tais dados pelo Fisco, com a transferência do sigilo, mediante procedimento que respeita o contraditório e ampla defesa e destinado à identificação da capacidade contributiva real do contribuinte pode ser equiparado à quebra de sigilo referida nos casos de investigação criminal e de apuração de ilícitos por Comissão Parlamentar de Inquérito?

A nosso ver, a resposta a ambas as perguntas deve ser negativa, porquanto não se pode admitir, sem ofensa ao princípio maior da isonomia, que, no Estado Democrático de Direito, onde se deve dispensar tratamento desigual àqueles que se encontram em situação jurídica de desigualdade, um contribuinte que não possui acesso aos serviços bancários ou que seja assalariado seja compelido a colaborar antecipada e inquestionavelmente por meio da retenção do imposto de renda na fonte; enquanto que outros, por terem situação economicamente mais favorecida, não se sujeitando a tal retenção, sejam tributados somente sobre o que considerarem adequado revelar ao Fisco, a menos que o Judiciário entenda justificada e oportuna a quebra do sigilo.

A barreira da reserva de jurisdição, a pretexto de fazer valer o direito à intimidade e o sigilo de dados, escancara o abismo da desigualdade entre quem detém e quem não detém o poder econômico, pois os primeiros são como cordeiros confinados, tosqueados pela tributação regressiva do consumo e, inapelavelmente, no recebimento de seus salários, vencimentos, soldos e proventos; os últimos, a seu turno, somente podem ter a correção de sua contribuição verificada se o Judiciário entender adequado que o Fisco possa lançar seu olhar sobre eventual omissão de acréscimos patrimoniais.

Parece-nos, ao contrário, que, a pretexto de defender a garantia fundamental à privacidade, equipara-se o acesso do Fisco à movimentação financeira ao acesso buscado no procedimento criminal ou nas Comissões Parlamentares de Inquérito, bradando-se a tese de que o sigilo bancário se insere no sigilo de dados, o qual, por seu turno, está inserido nos direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas inalteráveis inclusive por emenda constitucional.

Ora, não se está aqui buscando a punição do contribuinte, mas sim a verificação se a obrigação *ex lege* de oferecer à tributação todo o acréscimo patrimonial ocorrido foi por ele cumprida, de molde que ele entregue a colaboração que efetivamente é devida à manutenção do Estado – Estado esse que garante o respeito à propriedade, o funcionamento das instituições financeiras e que as convulsões sociais não diluam o patrimônio desse mesmo contribuinte que não deseja ser molestado na sua privacidade financeira. O que se pretende é a identificação da exata capacidade contributiva daqueles que são “invisíveis” a menos que

declarem com boa-fé a ocorrência dos fatos geradores do imposto sobre a renda, de modo que os demais não sejam onerados em maior proporção.

#### 4.4 A posição jurisprudencial acerca da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial

Como ressaltado anteriormente, há 5 (cinco) Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIN (2.390, 2.386, 2.397, 2.389 e 2.406), que buscam a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/01, especificamente no que diz respeito à transferência do sigilo bancário ao Fisco independentemente de autorização judicial, sem qualquer decisão, provisória ou de mérito, até o momento.

A par disso, foi reconhecida repercussão geral ao Recurso Extraordinário nº 601.314-SP, cuja relatoria está a cargo do Ministro Ricardo Lewandowski, sem previsão para julgamento, e que abarca, além do tema da reserva de jurisdição, também discussão acerca da possibilidade de aplicação dos dados obtidos pelo Fisco para apuração de tributos relativos a exercícios anteriores, com fundamento na Lei nº 10.174/2001, que deu nova redação ao art. 11, da Lei nº 9.430/96, e na sua interpretação estribada no § 1º, do art. 44, do CTN<sup>58</sup>.

Para complementar o panorama jurisprudencial acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu, no recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C, do Código de Processo Civil), RE nº 1.134.665-SP, revogação da reserva de jurisdição prevista no artigo 38, da Lei nº 4.595/64 pela Lei Complementar nº 105/2001, assim como a possibilidade de aplicação retroativa das disposições do § 3º, do art. 11, da Lei nº 9.340/96, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.174/2001<sup>59</sup>.

Nesse contexto, a única manifestação do STF acerca do mérito da questão ocorreu no julgamento do RE nº 389.808/Paraná, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, no qual se concluiu, por maioria de

58 “EMENTA: CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA DE CONTRIBUINTES, PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, DIRETAMENTE AO FISCO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (LEI COMPLEMENTAR 105/2001). POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 10.174/2001 PARA APURAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A EXERCÍCIOS ANTERIORES AO DE SUA VIGÊNCIA. RELEVÂNCIA JURÍDICA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL (RE 601314/SP, Repercussão Geral em Recurso Extraordinário, STF, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, julgado 22/09/2009, DJ Nr. 218, do dia 20/11/2009).

59 PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE (REsp 1134665/SP, STJ, Primeira Seção, Relator: Ministro Luiz Fux, Julgado 25/11/2009, DJe: 18/12/2009).

votos, pela existência de reserva de jurisdição no tocante ao acesso dos dados bancários dos contribuintes pelo Fisco com base no art. 6º, da LC nº 105/01.

O voto condutor tomou por base a premissa de que o sigilo bancário está inserido no sigilo de dados previsto no inciso XII, e que este último integra o direito à privacidade, o qual, por seu turno, seria um desdobramento do direito à intimidade previsto no inciso X, ambos do art. 5º, da Constituição Federal de 1988. Por essa razão, a sua eventual quebra somente poderia dar-se com a autorização judicial, excepcionados os casos das comissões parlamentares de inquérito.

Asseverou-se, ainda, que a Receita Federal não poderia “ombrear-se com o Judiciário” ou “substituir o Judiciário. Destaca-se trecho conclusivo:

*A inviolabilidade do sigilo de dados, tal como proclamada pela Carta Política em seu art. 5º, XII, torna essencial que as exceções derogatórias à prevalência desse postulado só possam emanar de órgãos estatais – os órgãos do Poder Judiciário (e, excepcionalmente, as Comissões Parlamentares de Inquérito) –, aos quais a própria Constituição Federal outorgou essa especial prerrogativa de ordem jurídica.*

*A equação direito ao sigilo – dever de sigilo exige – para que se preserve a necessária relação de harmonia entre uma expressão essencial dos direitos fundamentais reconhecidos em favor da generalidade das pessoas (verdadeira liberdade negativa que impõe, ao Estado, um claro dever de abstenção), de um lado, e a prerrogativa que inquestionavelmente assiste ao Poder Público de investigar comportamentos de transgressão à ordem jurídica, de outro – que a determinação da quebra do sigilo bancário provenha de ato emanado de órgão do Poder Judiciário, cuja intervenção moderadora na resolução dos litígios, insista-se, revela-se garantia de respeito tanto ao regime das liberdades públicas quanto à supremacia do interesse público (grifos do original)<sup>60</sup>.*

Tal posicionamento foi acompanhado pelo então presidente da corte, Ministro Cezar Peluso e pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Celso de Mello; restando vencidos os Ministros Dias Toffoli, Carmen Lúcia, Ayres Britto e Ellen Gracie, ausente o Ministro Joaquim Barbosa, cujo voto manifestado na AC nº 33-5 era contrário à reserva de jurisdição e poderia ter provocado um empate.

A tese vencida parece ter tratado com melhor propriedade o alcance e o sentido da garantia constitucional à intimidade, bem como o enquadramento do sigilo bancário e sua relatividade em face do sistema protetivo das liberdades públicas.

60 Recurso Extraordinário 389.808/PR, p. 275-276, disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

O sentido da garantia constitucional ao sigilo das comunicações foi elucidado pelo Ministro Ayres Britto, o qual procurou demonstrar que diria respeito à transmissão telegráfica, telefônica e de dados, ressaltando que a vedação se dirige ao vazamento, à divulgação decorrente de interceptação clandestina com a captura indevida da comunicação entre pessoas nas suas diversas dimensões, evitando-se a bisbilhotice, de molde a proteger o sujeito de direitos em sua privacidade, tomada como um relacionamento num âmbito menor de pessoas:

Então me parece que a conjugação do inciso XII com o inciso X da Constituição abona a tese de que o que se proíbe não é o acesso a dados, mas a quebra do sigilo, é o vazamento do conteúdo de dados. É o vazamento, a divulgação. E, no caso, as leis de regência, ao falar das transferências de dados sigilosos, é evidente que elas impõem ao órgão destinatário desses dados a cláusula da confidencialidade, cuja quebra implica a tipificação ou cometimento de crime<sup>61</sup>.

Neste ponto, reside um detalhe que foi tratado em poucas linhas pelos Ministros Ayres Britto e Carmen Lúcia e que se constitui num aspecto fundamental do direito à intimidade e à privacidade: são proteções que se destinam à preservação do ser. Desde que o indivíduo conquistou a sua liberdade e o reconhecimento como pessoa, titular de direitos em igualdade de condições com os demais, podendo buscar a felicidade e fazer suas escolhas, compartilhando-as somente com quem entenda adequado.

Aqui, a nosso ver, repousa a raiz que permite encontrar, na estrutura aberta da linguagem utilizada pelo direito, o alcance e o sentido da proteção à intimidade e à privacidade, que não se estenderia à transferência de informações objetivas acerca das operações financeiras do contribuinte ao Fisco, desde que obedecida a reserva legal mencionada no § 1º, do art. 145, da Constituição Federal. O que estaria adequadamente suprido pela Lei Complementar nº 105/2001 e o respectivo decreto regulamentador.

A obrigação “*ope legis*” de declaração do patrimônio e da renda ao Fisco, abordada no tópico 4.2 deste estudo, foi destacada pelo Ministro Dias Toffoli, salientando-se que as informações bancárias estão contidas no universo maior denominado “patrimônio e rendas”, cujo acesso e mensuração pelo Fisco são expressamente autorizados no § 1º, do art. 145, da Constituição Federal, para fazer valer a gradação dos impostos segundo a capacidade contributiva de cada um.

Em seu voto, o Ministro Dias Toffoli ainda destacou o ato falho contido no artigo 10, da Lei Complementar nº 105, que indevidamente

61 RE 389.808/PR, p. 237, disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

se refere a “quebra de sigilo”, quando, na verdade, está a regular a transferência do dever de sigilo para a administração tributária. Conclusão que se autoriza da própria criminalização da divulgação ou do uso indevido dos dados pelas autoridades administrativas que a ela tiverem acesso.

Ao revés do que constou no voto do Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio, a administração tributária não age a seu talante, desprovida de fundada motivação ou justificação, não é balizada pela arbitrariedade ou pela transgressão à ordem constitucional. Esses são, de fato, abusos excepcionais que reclamam a atuação do Judiciário visando à sua neutralização. O que em nada se assemelha à transferência das informações sobre as transações financeiras do contribuinte ao Fisco com a preservação do necessário sigilo.

A questão ainda está em suspenso, pois a decisão do RE nº 389.808/PR foi um julgamento com efeitos *inter partes*, sem repercussão geral ou efeito vinculante, devendo-se considerar, por fim, que a composição do STF se alterou desde então, pela aposentadoria dos Ministros Cezar Peluso, Ayres Britto e Ellen Gracie.

#### **4.5 O tratamento dado no contencioso administrativo aos lançamentos decorrentes da presunção de ocorrência do fato gerador do imposto sobre a renda como consequência da quebra do sigilo bancários**

A questão da presunção da ocorrência do fato gerador do imposto sobre a renda em relação a movimentações financeiras *não justificadas pelo contribuinte após prévia intimação* é cristalizada na jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF nas seguintes súmulas:

Súmula CARF nº 26: A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

Súmula CARF nº 32: A titularidade dos depósitos bancários pertence às pessoas indicadas nos dados cadastrais, salvo quando comprovado com documentação hábil e idônea o uso da conta por terceiros.

Súmula CARF nº 38: O fato gerador do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, relativo à omissão de rendimentos apurada a partir de depósitos bancários de origem não comprovada, ocorre no dia 31 de dezembro do ano-calendário.

Súmula CARF nº 61: Os depósitos bancários iguais ou inferiores a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), cujo somatório não ultrapasse R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) no ano-calendário, não podem ser considerados na

presunção da omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, no caso de pessoa física.

Súmula CARF nº 67: Em apuração de acréscimo patrimonial a descoberto a partir de fluxo de caixa que confronta origens e aplicações de recursos, os saques ou transferências bancárias, quando não comprovada a destinação, efetividade da despesa, aplicação ou consumo, não podem lastrear lançamento fiscal.

Deve-se, aqui, repisar que o procedimento do Fisco consiste na identificação da manifestação do signo de riqueza representado por movimentação financeira incompatível com a declaração realizada pelo contribuinte quando ofereceu seus rendimentos à tributação. E que, de antemão, não constituem a realização da hipótese de incidência do imposto sobre a renda, mas, em tese, correspondem àquela mesma hipótese, por refletirem um acréscimo de renda ao titular da conta bancária.

Entretanto, para que se respeite o contraditório e a ampla defesa, diante de tais indícios, a Receita Federal do Brasil deve expedir o Mandado de Procedimento Fiscal iniciando o procedimento de fiscalização nos termos do art. 7º e seguintes do Decreto nº 70.235/72, intimando-se previamente o sujeito passivo para a apresentação de informações sobre a movimentação financeira, necessárias à execução do MPF (§2º, do art. 4º, do Decreto nº 3.724/2001), conferindo-se-lhe oportunidade para que justifique, com documentos idôneos, v. g. que os recursos pertencem a terceiros e apenas transitaram por sua conta bancária.

Há outras situações em que a movimentação excessiva e em descompasso com a renda declarada pelo contribuinte pode ser justificada e não configurar a ocorrência do fato gerador do imposto sobre a renda, como no uso da conta corrente da pessoa física para movimentar recursos da pessoa jurídica de sua titularidade, como já reconheceu o CARF nos autos do processo administrativo nº 10830.011470/2004-67.

Essa é uma mostra da razoabilidade com a qual tem sido tratada a questão na esfera administrativa, o que tem motivado a Receita Federal do Brasil a provocar a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para que busque o Judiciário visando a transferir a quebra do sigilo bancário pleno ao Fisco, de molde que se possa identificar a origem e, se possível, a razão dos recursos que constam da movimentação financeira do fiscalizado.

Tal preocupação está diretamente relacionada ao receio do Fisco em comprometer a eficiência de sua atuação com o dispêndio de energia e tempo de seus agentes, além da tentativa de evitar-se uma suposta arbitrariedade ou excesso, mediante a constituição de créditos tributários em relação a contribuintes que não justificaram previamente

sua movimentação financeira e que, depois, quando já lavrado o auto de infração, apresentam a documentação em suas impugnações e recursos, de molde a desconstituírem os créditos tributários assim concebidos.

Há ainda os que agem com o intuito de perceberem honorários advocatícios nas ações anulatórias, deixando deliberadamente de comprovar na via administrativa a origem dos recursos que transitaram na sua movimentação financeira, para tentar anular o lançamento perante o Poder Judiciário.

## 5 CONCLUSÃO

Ao proceder-se à identificação da evolução dos paradigmas de Estado, bem como à evolução das escolas de direito que se sucederam ao longo da história, pretendeu-se a reconstrução do processo de desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais, notadamente aqueles relativos à personalidade, abrangendo a intimidade e a privacidade.

Esse esforço foi necessário para demonstrar que, ainda que haja relação entre a proteção do ser, raiz do direito fundamental à intimidade e à privacidade, e o sigilo bancário, este não é absoluto e pode ser transferido ao Fisco em homenagem aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva.

Da análise da jurisprudência, percebe-se uma indeterminação, um titubear acerca da possibilidade de transferência do sigilo bancário ao Fisco, com base na Lei Complementar nº 105/2001, dividindo-se as opiniões no Supremo Tribunal Federal entre a necessidade de reserva de jurisdição para evitarem-se abusos ou arbitrariedades por parte da administração tributária e em respeito ao direito fundamental à privacidade, e a ausência de ofensa a esse mesmo direito fundamental em razão da transferência protegida do sigilo ao Fisco e de sua imprescindibilidade para a identificação da capacidade contributiva.

De outro giro, o Superior Tribunal de Justiça referendou a possibilidade de constituição de créditos de imposto sobre a renda tomando-se por base extratos e depósitos bancários com embasamento no art. 42, da Lei nº 9.430/96, admitindo a legitimidade das informações obtidas com base na Lei Complementar nº 105/2001, sob o argumento de que o sigilo bancário é garantido pela Constituição Federal como direito fundamental para guardar a intimidade das pessoas desde que não sirva para encobrir ilícitos.

Na esfera administrativa, a seu turno, o Fisco tem demonstrado absoluta cautela e respeito aos direitos fundamentais dos contribuintes, tanto quando promove reiteradas intimações ao contribuinte para

esclarecimento da origem de depósitos ou recursos existentes em seu nome, ou dirige pedidos à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para que proponha medida judicial tendente a transferir o sigilo bancário daquele ao Fisco, quanto nas decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que desconstituem créditos tributários nos quais o contribuinte comprova que eventuais acréscimos patrimoniais não lhe pertenciam.

Tomando-se em consideração todo arcabouço legislativo e de princípios que regem a atividade da administração tributária – com destaque para a legalidade estrita –, bem assim os elementos e atributos dos atos administrativos, associados à previsão expressa contida na Lei Complementar nº 105/2001 e seu regulamento acerca da responsabilização funcional e criminal do agente que promover a quebra do sigilo que lhe tenha sido transferido no exercício da função, nos parece que a exigência da reserva de jurisdição configura um excesso desnecessário.

Estranhamente, a mesma doutrina majoritária que brada a necessidade de que o Fisco faça valer a capacidade contributiva e tribute os desiguais na exata medida da desigualdade da sua possibilidade de contribuição para o funcionamento do Estado, é aquela que defende que a transferência do sigilo para a administração tributária configura quebra do mesmo e ofensa ao direito fundamental da privacidade, apesar do dever legal pré-existente de declaração de patrimônio e renda.

Enquanto se aguarda o desfecho da questão junto ao Poder Judiciário e tomando-se por base os elementos delineados no presente trabalho, conclui-se pela possibilidade de o Fisco manter sua postura proativa e legalista ao solicitar, independentemente de autorização judicial, a transferência do sigilo bancário em relação a contribuintes que ostentem movimentação financeira incompatível com a renda declarada, bem como proceder aos lançamentos mediante a presunção do acréscimo patrimonial em relação aos recursos cujas origens não sejam comprovadas ou que não sejam descaracterizados como renda para fins de tributação.

Tal conclusão se autoriza por força da necessidade de densificação da isonomia, intrínseca à capacidade contributiva de cada contribuinte constitucionalmente prevista, cujo sigilo permanece preservado quando transferido ao Fisco, posto que não se revela, não se dá a conhecer pública e indiscriminadamente, sendo indispensável à definição da parcela que cabe a cada um no projeto de construção e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito que pretende erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

## 6 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. (organizador), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1988.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BORGES, Souto Maior. *Obrigação Tributária*. Uma introdução metodológica. São Paulo: Saraiva, 1984.
- CARAZZA, Roque Antonio. *O Regulamento no Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Público e privado na perspectiva constitucional contemporânea, *Curso de Especialização em Direito Público*. CEAD/UNB/AGU, 2013.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Bushatsky, 1977.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008.
- COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 88, 1993.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Laurentino. *1822: como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil, um país que tinha tudo para dar errado*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. v. II.

HARET, Florence Cronemberger. *Presunções no Direito Tributário*. Teoria e Prática. Disponível em: <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-28012011-090558/publico/Florence\\_Cronemberger\\_Haret\\_Versao\\_final\\_Arquivo\\_completo.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-28012011-090558/publico/Florence_Cronemberger_Haret_Versao_final_Arquivo_completo.pdf)>.

MADALENA, Bruno. *Brasil é o 2º país que mais perde dinheiro com sonegação de impostos*. Disponível em: <http://www.indicadorbrasil.com.br/2011/12/brasil-e-o-2%C2%BA-pais-que-mais-perde-dinheiro-com-sonegacao-de-impostos/>. Acesso em: 14 abr. 2013.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *A noção de administração pública e os critérios de sua atuação*. CEAD/UNB, Curso de Especialização em Direito Público, 2013.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt. (trad. Menelick de Carvalho Netto). *Cadernos da Escola do Legislativo de Minas Gerais*, n. 2, jul./dez. 1994, p. 13, disponível em: <<http://mediaserver.almg.gov.br/acervo/816/688816.pdf>>.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro, Método, 2011.

PAULSEN, Leandro, Curso de direito tributário: completo. 4. ed. revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SINPROFAZ - Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional. *Sonegação no Brasil – Uma Estimativa do Desvio da Arrecadação*. 2013. Disponível em: <http://www.sonegometro.com/artigos/sonogacao-no-brasil-uma-estimativa-do-desvio-da-arrecadacao>. Acesso em: 14 set. 2013.

SOUSA, Rubens Gomes de. *Pareceres 1 – Imposto de Renda*. Ed. Póstuma, São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

SOUSA, Rubens Gomes de. Um caso de ficção legal no direito tributário: a pauta de valores como base de cálculo do ICM. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT. n. 11, 1970

VIOL, Andréa Lemgruber. *A Finalidade da Tributação e sua Difusão na Sociedade*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. p. 1, (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: [http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/879/mod\\_folder/content/17/Unidade\\_2/Textos\\_complementares/A%20finalidade%20da%20tributacao%20-%20Andr%C3%A9a%20Lemgruber.pdf?forcedownload=1](http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/879/mod_folder/content/17/Unidade_2/Textos_complementares/A%20finalidade%20da%20tributacao%20-%20Andr%C3%A9a%20Lemgruber.pdf?forcedownload=1). Acesso em: 01 de dez.