

ENTRE

REVISTA DA UNICORP

ASPAS

ENTRE

REVISTA DA UNICORP

ASPAS

Janeiro 2020



ISSN 2179-1805

CONSELHO EDITORIAL E CIENTÍFICO
Conselho de Artigos Jurídicos

Desembargador João Augusto Alves de Oliveira Pinto; Desembargador Julio Cezar Lemos Travessa; Juíza de Direito Rita de Cássia Ramos de Carvalho - Assessora Especial da Presidência II - Coordenadora da UNICORP; Juiz de Direito Humberto Nogueira - Assessor Especial da Presidência - Magistrados; Juiz de Direito Paulo Roberto Santos de Oliveira - Auxiliar da Corregedoria das Comarcas do Interior; Juíza de Direito Patrícia Cerqueira Kertzman Szpórer; Juiz de Direito Pablo Stolze Gagliano; Juiz de Direito Ricardo Augusto Schmitt; Juiz de Direito Marcelo José Santos Lagrota Félix; e Juiz de Direito Adrianno Espíndola Sandes.

Conselho de Boas Práticas do Judiciário

Pablo Roberto Nascimento Moreira - Secretário de Planejamento e Orçamento - SEPLAN;
e Mariana da Silva Laranjeira - Diretora de 1.º Grau

COMPOSIÇÃO DA UNICORP

PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

Des. Augusto de Lima Bispo

JUÍZA ASSESSORA ESPECIAL
DA PRESIDÊNCIA II - ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Rita Ramos

SECRETÁRIA-GERAL

Líbia Maria Almeida de Andrade Figueiredo Lima

CAPA

Assessoria de Comunicação do TJBA

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Assessoria de Comunicação do TJBA

Rua Rio São Francisco. 1 Monte Serrat, Salvador/BA
CEP 404425-060 - Salvador - Bahia
Tel: (71) 3496-2900 / 2912 / www.tjba.jus.br/unicorp
unicorp@tjba.jus.br



CARTA AO LEITOR

A Revista da Unicorp – ENTRE ASPAS, surgiu no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, como um veículo para materializar a gestão do conhecimento, buscando difundir as produções dos Magistrados, Servidores e Especialistas sobre os mais diversos temas nas áreas jurídicas e técnicas, cuja abordagem desperta o interesse institucional.

Nesta 6ª edição do referido periódico foi possível a reunião de trabalhos de elevada relevância jurídica e funcional, os quais demonstraram o brilhantismo e o conhecimento dos seus colaboradores, cujos textos foram selecionados pelo Conselho Editorial e Científico da Revista.

Para um exemplar de notória qualidade técnica, qualquer apresentação longa seria inútil, somente servindo para retardar o contato do leitor com os trabalhos apresentados, pecado que não queremos, de forma alguma, cometer.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

SALVADOR, BAHIA, janeiro de 2020.

**CONSELHO EDITORIAL E CIENTÍFICO
DA REVISTA ENTRE ASPAS**

SUMÁRIO

O Ato Infracional à luz da Justiça Restaurativa: Abordagem Analítica Evandro Luís Santos de Jesus, Nelson Santana do Amaral e Cecília Maria do Amaral	10
Critérios de Identificação da Abusividade da Cláusula de Tolerância nos Contratos de Incorporação Imobiliária Fábio Brito da Rocha Miranda	31
O Incidente de Resolução de Demanda repetitivas no Âmbito Tribunal de Justiça da Bahia Adriana Filgueiras Câmara	50
O Princípio da Autonomia da Vontade aplicado à Conciliação e à Mediação Judicial: A Eficácia da Manifestação de Vontade nos Acordos Celebrados sem assessoramento jurídico e a necessidade de acordo de família menos rígidos Sílvia Maia da Silva	74
Dinamização do ônus da Prova no Mandado de Segurança Individual à Luz do Novo Código Civil Fernanda Marques Sampaio	88
Negócios Processuais que Limitam o Poder Instrutório do Juiz no CPC/2015 Dulce Anne Freitas Feitosa	109
Microsistema de Tutela dos Direitos Pela Técnica Monitória no Código de Processo Civil de 2015 Moacir Antônio Oliveira Miranda	133
Legitimação Extraordinária de Origem Negocial Djaneide Cardoso da Silva	155
Aspectos Relevantes Acerca do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no NCPC Brasileiro Luís Eduardo Simões dos Santos	168

O Emprego do Pré-Processo para o Reconhecimento Espontâneo da Relação de Parentesco Avoenga nos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos Sílvia Maia da Silva	180
Considerações sobre o problema da violência doméstica no direito comparado Marco Antônio Chaves da Silva	195
Recuperação Judicial - Aspectos Jurídicos e Econômicos Atuais Natália Maria Freitas Coelho	208
Uma Constituição Liberal? Reginaldo da Silva Gomes	215

O ATO INFRACIONAL À LUZ DA JUSTIÇA RESTAURATIVA: ABORDAGEM ANALÍTICA

EVANDRO LUÍS SANTOS DE JESUS

Mestre em Políticas Sociais e Cidadania (UCSAL). Especializações: Sistema Socioeducativo (FACIBA) e Direito Administrativo (UFBA). Aperfeiçoamento em Direito (EMAB). Graduado em Direito (UCSAL). Professor Universitário (UNEB) e Promotor de Justiça do Estado da Bahia. End. Av. Mário Leal Ferreira, s/n, Bonocô, s/n, Salvador-Bahia. CEP n.40.252.390. Endereço eletrônico: elsj75@hotmail.com e/ou evandro@mpba.mp.br. Tel: (71) 3382-4479.

NELSON SANTANA DO AMARAL

Doutorando em *Derecho y Ciencias Sociales* (Universidad del Museo Social Argentino – UMSA). Especialização em Metodologia do Ensino Superior (FTC). Graduado em Direito (UCSAL), Ciências Sociais (UFBA) e Pedagogia (UFBA). Professor Universitário (UNEB) e Juiz de Direito do Estado da Bahia. End. Av. Mário Leal Ferreira, s/n, Bonocô, s/n, Salvador-Bahia. CEP n.40.252.390. Endereço eletrônico: ns.amaral@globo.com e/ou nsamara@tjba.jus.br. Tel: (71) 3311-9269.

CECÍLIA MARIA DO AMARAL

Especializações: Avaliação (UNEB), Alfabetização (ACEB), Orientação Educacional (UCSAL) e Metodologia do Ensino Superior (ACEB). Graduada em Filosofia (UCSAL) e Pedagogia (UCSAL). Ex. Professora Universitária (FEBA). Pedagoga, Integrante da Equipe Técnica do CAOCA/MPE-BA. End. Av. Mário Leal Ferreira, s/n, Bonocô, s/n, Salvador-Bahia. CEP n.40.252.390. Endereço eletrônico: camaral@mpba.mp.br. Tel: (71) 3382-4479.

RESUMO

O presente artigo “O ato infracional à luz da Justiça Restaurativa” decorre de estudos sobre o tema e tem como objetivo fazer uma reflexão em face da sua indiscutível atualidade na justiça brasileira. Busca-se enfrentar, de maneira sintética, a questão violência juvenil, que está cada dia mais preocupando a todos, face às inquietações dos adolescentes, diante das transformações que ocorrem no seio da sociedade e do Estado, onde o Sistema de Garantia de Direitos reforça a luta por construir uma cultura da paz. Nesta perspectiva, considera-se a relação vítima e agressor, buscando-se parcerias com a família, a comunidade, a sociedade e o Estado, onde a intermediação da Justiça Restaurativa se converte em um dos caminhos para a concretização deste objetivo. Utiliza-se para a investigação, a literatura e a legislação pátria, relacionando-as com as políticas de proteção aos adolescentes e adultos e a possibilidade de sua efetivação no momento atual.

Palavras-chave: Violência. Ato infracional. Justiça Restaurativa. Cultura da paz.

1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo entender e dar maior visibilidade aos aspectos relativos à Justiça Restaurativa aplicada à Justiça Juvenil, contribuindo para um debate mais acurado e uma reflexão sobre as ações e omissões do Estado em detrimento dos interesses e necessidades dos adolescentes e jovens em circunstância de prática de ato infracional e/ou cumprimento de medidas socioeducativas, no caminho da sua emancipação cidadã, com responsabilização, reparação dos danos causados e com a participação da vítima, quando possível, de uma maneira criteriosa, técnica, acolhedora e contando com o apoio familiar e comunitário.

Procura demonstrar as práticas que já vêm sendo realizadas na Bahia e em outros estados do país com bastante êxito, alinhando-as na mesma perspectiva de torná-las cada vez mais efetivas. Para tanto resta conhecê-las melhor e convocar a sociedade para delas participar, uma vez que a paz social é o sonho de todos.

2. Adolescência, a violência e o ato infracional.

2.1 O ato infracional e a violência

A violência castra a liberdade
O banditismo tolhe a minha vida
Sou fugitivo ao fugir da maldade
Escondendo-me da bala perdida.
Mirinho da Bahia

Acredita-se que não seja tarefa factível pensar a Justiça Restaurativa aplicada aos adolescentes em circunstância de prática de ato infracional e/ou cumprimento de medida socioeducativa, sem considerar alguns fatores que os conduzem à transgressão da norma de conduta sancionatória, nas suas mais variadas dimensões e, em especial, sociais, políticas e psíquicas, começando pelo próprio adolecer.

Assim, refletindo sobre o adolecer, é preciso considerar que não existe uma mesma adolescência no tempo e espaço, mas várias, justificando um olhar com perspectiva bem mais ampla do que a tradicional, o que coloca todos no mesmo lugar conceitual.

Segundo Becker (2003), o conceito da adolescência, como ele é hoje considerado, é bastante recente, noticiando que até o século XVIII a adolescência foi confundida com a infância e a noção do limite da infância estava mais ligada à dependência do indivíduo do que à puberdade, só passando a ter uma atenção com a ascensão da burguesia como classe dominante. Esse fato propiciou mudanças significativas na estrutura escolar, surgindo a formação primária e a secundária, o que gradativamente foi permitindo a melhor distinção da adolescência em relação à infância e à fase adulta, passando a ser foco mais acentuado de consideração após a Segunda Guerra Mundial.

Para Ariès (2006), no período que antecedeu ao século XVIII, com especialidade a Idade Média, a infância era um período de transição, logo, ultrapassado que fosse o período estipulado, as crianças e/ou adolescentes na mais tenra idade já eram caracterizados como se fossem adultos de tamanho reduzido ou adultos em miniatura.

No Brasil, descobre-se a infância no final do século XIX, momento em que o país passava por transformações políticas e sociais, como a abolição da escravidão e a proclamação da República. Havia uma preocupação em apresentar uma nova imagem do país, após o advento da república, construir uma nova nação, neste aspecto, assinala Rizzini (2008, p.25-26),

(...) por um lado, a criança simbolizava a esperança – o futuro da nação. Caso fosse devidamente educada ou, se necessário, retirada de seu meio (tido como enfermidade) e reeducada, ela se tornaria útil à sociedade.

(...) Por outro lado, a criança representava uma ameaça nunca antes descrita com tanta clareza. Põe-se em dúvida a sua inocência. Descobrem-se na alma infantil elementos de crueldade e perversão.

É dentro desta visão que a criança e, sobretudo, os adolescentes, então denominados de “menores” passam a ser vistos, notadamente, os filhos de ex-escravos perambulando pelas ruas de Salvador, Rio de Janeiro e São Paulo incomodando as elites. A proposta dos reformadores sociais de salvação da criança é enviá-la para os reformatórios e casas de correição. É como diz Rizzini “era preciso proteger a infância como forma de defesa da própria sociedade” (2008,p.28).

Assim, a problemática do adolescente autor de ato infracional ou em circunstância de cumprimento de medida socioeducativa, por exemplo, é fruto de um processo histórico em que ele nasce estigmatizado, sem cidadania, sem perspectiva de inserção social, mas surge como um entrave ao desenvolvimento dos interesses capitalistas da classe dominante. Não era ainda um estudo sobre a adolescência, mas de um segmento social que não era visto como uma etapa do desenvolvimento biopsicológico do ser humano.

Percebe-se que o tema adolescência é bastante recente e vem sendo objeto de pesquisa, em face das mudanças que propicia na vida do indivíduo, carecendo de análises mais profundas.

Conforme Silva, Viana e Carneiro (2011), a adolescência é caracterizada pela fase que vem depois da infância e antes da juventude. Esse período começa por volta dos doze anos e termina por volta dos dezoito. É um período em que o indivíduo sente prazer em manifestar seus gostos e preferências de forma exagerada. É uma fase cheia de questionamentos e instabilidade, que se caracteriza por uma intensa busca de si mesmo e da própria identidade, na qual os padrões estabelecidos são questionados, bem como criticadas diversas escolhas de vida feita pelos pais, buscando, assim, a liberdade e a autoafirmação.

A adolescência é, por conseguinte, um momento de transição na vida do indivíduo e que cada qual viverá por si, não sendo possível colocar todos os adolescentes na mesma condição existencial, tanto no aspecto temporal quanto espacial.

Com o advento da Constituição Federal pátria de 1988, as crianças e os adolescentes passaram a ser considerados sujeitos de direitos, obtendo uma proteção integral com prioridade absoluta, consoante bem delineado no seu art. 227.

A Constituição de 1988, refletindo o panorama internacional, em face da legislação aprovada pelas Nações Unidas, estabelece no seu art. 227, que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e

comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Inaugura-se, com isso, a etapa garantista dos direitos da criança e do adolescente em substituição à etapa tutelar com o surgimento da doutrina da proteção integral em substituição à doutrina da situação irregular.

A Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990, por sua vez, cria o Estatuto da Criança e do Adolescente, que vai recepcionar os princípios preconizados na Magna Carta e os decorrentes da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, antes mesmo da sua aprovação pela Assembleia Geral, bem como as Regras de Beijing (Regras Mínimas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude).

A Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) esclarece quais seriam as pessoas definidas como crianças e adolescentes no seu art. 2º:

Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Consoante Jesus (2014), no Estatuto da Criança e do Adolescente concretizou-se a Doutrina da Proteção Integral, com caráter de política pública, englobando, democraticamente e de forma participativa, todo tipo de criança e adolescente, com medidas de caráter geral a todos aplicada e contando com a participação da família, sociedade e Estado.

Vê-se, por conseguinte, que o aludido texto legal deixa para trás um direito que era direcionado para um determinado tipo de criança e adolescente, denominados menores, que estavam em situação irregular, em condição de risco pessoal e social apenas, tratados como objeto de medidas, para cuidar e proteger com prioridade absoluta a toda e qualquer criança e/ou adolescente, sem distinção.

Além disso, o aludido Estatuto estabelece que as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos em condição peculiar de desenvolvimento e gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, com prioridade absoluta a serem garantidos pela família, comunidade, sociedade e Poder Público (art.4º a 6º, Lei n.8.069/90).

Segundo Garrido de Paula (2002, p. 38):

O respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento indica um estado que necessariamente deve ser levado em conta, sob pena de conceber, aquilo que é, por aquilo que pode ser, ou seja, um adulto. A criança ou adolescente não é um projeto, um empreendimento esquemático; é uma realidade caracterizada por atributos da idade, em constante modificação.

O que não se deve esquecer é que, consoante preconizado no art. 227 da Constituição Federal e bem delineado no art. 4º do Estatuto de Criança e do Adolescente, a responsabilidade do cuidado é de todos ali definidos (família, comunidade, sociedade e Estado).

Segundo Saraiva (2010, p. 35), o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece como um de seus princípios norteadores o reconhecimento de que crianças e adolescentes gozam de uma condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, expressos, por exemplo, em seus artigos 6º, 15 e 121, na esteira do mandamento insculpido no art. 227, § 3º, inc. V, da Consti-

tuição Federal, e que esta condição de pessoa em desenvolvimento é inquestionável e justifica a existência de um sistema diferenciado de atendimento desse segmento da população.

Conforme Becker (2003), esse fenômeno de passagem de uma atitude do adolescente de simples espectador para outra ativa, questionadora, irá gerar revisão, autocritica e transformação, fundamental tanto para o desenvolvimento da sua própria personalidade quanto para o aperfeiçoamento da sociedade em que ele vive e que tais fenômenos são diferentes em cada sociedade, e inclusive nas mesmas, tomando em conta diversos fatores psíquicos, sociais, econômicos e culturais.

Cumprir evidenciar que o adolescente, em razão da sua condição peculiar de desenvolvimento, sofre os efeitos da comunidade em que vive e não pode deixar de se contaminar com os efeitos produzidos pela cultura acentuada da violência que existe no Brasil na atualidade.

O tema violência tem sido cada vez mais discutido, tendo em vista o seu aumento significativo, agora não mais apenas nas grandes metrópoles, mas também nas pequenas cidades e zonas rurais, conduzindo os sensíveis à busca das suas causas, tentando compreender o que as motiva existir, para além do cuidar das meras consequências, analisando-as, com o objetivo principal de permitir uma contribuição para dissecar toda a sua complexidade (ADORNO; BORDINI, 1991; CALDEIRA, 2000).

Para Minayo (2005), a violência é um fenômeno biopsicossocial complexo e dinâmico que acompanha toda a história e as transformações da humanidade, em que o espaço de criação e o desenvolvimento são a vida em sociedade. No entanto, a violência afeta a saúde ao provocar lesões e traumas físicos, agravos mentais e emocionais e diminui a qualidade de vida das pessoas e das coletividades.

Segundo Espinheira (2004), por sua vez, a violência não é uma questão metafísica, mas uma construção social concreta. É tanto objetiva quanto subjetiva, mas opera objetivamente como um meio; é, portanto, instrumento e mecanismo, tanto quando é economicamente orientada assim como quando é uma questão de vingança.

Os adolescentes vêm sendo protagonistas de histórias não muito dignas de aplausos no Brasil, alternando-se nos papéis principais ora como vítimas, ora como autores de violência. Tal situação tem contribuído para o direcionamento de recursos para pesquisas, programas, projetos e políticas públicas, mas sem produzir ainda o êxito idealizado.

Segundo Soares (2014):

O aumento vertiginoso dos índices de criminalidade e da violência amplia o sentimento de insegurança vivenciado pela população nos mais diversos lugares: no percurso do trabalho, na escola, no campo de futebol, em casa, na praça. A falta de segurança rompe as mediações necessárias ao direito de uma cidadania civil e de proteção à vida.

Para Santos (1997), no Brasil as práticas violentas apresentam vínculos de continuidade, pois o fim do regime de exceção durante o regime militar vivenciado não acarretou aos governos civis eleitos posteriormente a implementação de políticas capazes de reverter esse quadro e, nos dizeres de Rodrigues, Assmar e Jablonski (1999), de reduzir a agressão, introduzindo mais modelos não agressivos no ambiente do indivíduo, estimulando a humanização do outro por intermédio do sentimento de empatia e reconsideração das faltas acaso cometidas.

Os adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas privativas de liberdade, na realidade brasileira, estão perfeitamente inseridos no contexto de exclusão social a

justificarem prioritariamente a implementação de todas as modalidades de políticas sociais possíveis em seu favor.

Carli (2008, p. 129) afirma que:

A única forma de se socializar um jovem infrator é oportunizar que possa viver como tal, a prisão e a imposição da força somente podem atuar como agravantes nesse caso. A educação é a base fundamental de qualquer sociedade, pois possui caráter transformador, ela transforma a cada um individualmente para que o mundo possa ser transformado.

Crescem as discussões sobre a questão da violência juvenil e as possíveis soluções, apontando para o caminho da simplificação e do retrocesso, ou seja, propostas de penas mais duras e de redução da idade penal no viés retributivo. Poucas são as iniciativas de resgatá-los, educá-los e torná-los cidadãos, retirando-os do cenário de vulnerabilidade social, vítimas de violência, legado de omissões originárias de herança histórica, cultural e política no Brasil (SAITO; SILVA, 2001).

Tem-se, como imprescindível, que sejam adotadas medidas alternativas ou concomitantes à sanção pela prática da infração, mas que considerem o adolecer com as suas características e diversidades em cada indivíduo, como no exemplo citado por Bandeira (2006, p. 237):

C.R.S., com apenas 16 anos, presenciou a morte de seu pai, conhecido traficante, em sua própria casa. Após a morte de seu pai foi para as ruas e começou a usar maconha, passando depois para a pedra de craque. O vício e a vida difícil levaram-no a praticar assaltos a ônibus. Foi apreendido e encaminhado para cumprir medida de liberdade assistida. No seu primeiro contato, disse para a psicóloga que só pensava em drogas e que desejava ser terrorista no futuro. Rejeitou o contato inicial com a psicóloga e os educadores, todavia, aos poucos foi conhecendo o projeto e percebeu que os técnicos lhe dispensavam uma atenção especial. Após dois meses de atendimento socioeducativo, o jovem já estava com um semblante diferente, disse que só pensava na família e que gostaria de ser advogado no futuro, para defender os pobres. C.R.S. já está inserido na oficina de garçom, estuda informática e fez progressos extraordinários, inclusive, participa, ativamente, de um processo de desintoxicação. O jovem, entretanto, vem sendo ameaçado por traficantes do bairro, os quais já invadiram a sua residência e disseram para a sua genitora que ainda iriam trazer sua cabeça numa bandeja.

Castel (2005), por sua vez, registra o poder nefasto da insegurança social que, tal qual um vírus, além de alimentar a pobreza, provoca a desmoralização, destrói os laços sociais e corrói as estruturas psíquicas dos indivíduos.

As vivências desses adolescentes num mundo dos excluídos não são nada fáceis e terminam repercutindo todas as negações à sua existência das mais variadas formas, inclusive pela violência.

Para Fraga (2006), os discursos qualificando os jovens como os principais, quando não únicos, responsáveis pelo aumento progressivo da violência real, acarretam posicionamentos em que não são analisados mais detidamente os contextos nos quais é produzida toda a vio-

lência, e se isentam como corresponsáveis pela sua produção importantes atores, notadamente aqueles atrelados aos organismos de repressão e contensão.

Não se pode perder de vista que o adolescente autor de ato infracional, geralmente, é vítima de sucessivas violações de direitos sociais, razão pela qual, ao reagir a esta situação, buscam a visibilidade que a sociedade não lhe permite ter, ao negar-lhe esses direitos.

A sociedade consumerista mostra ao adolescente que vive em estado de carência ou vulnerabilidade o que ele pode ter, mas não lhe dá o direito de ter. Assim, o adolescente autor de ato infracional, se não bastassem as carências afetivas, são desprovidos de bens materiais e culturais, pela ausência do Estado na formulação de políticas de atendimento, o que implica naquilo que Sales (2007) denomina de “cidadania escassa”. A sua visibilidade é utilizada pela mídia pela via transversa, ou seja, pela espetacularização dos seus atos de violência que deixa a população atônita e sem a capacidade de refletir ou entender que se trata de uma problemática de alta complexidade que os leva à delinquência. Por isso o adolescente autor de ato infracional está no cerne do debate atual dando-lhe uma visibilidade.

Neste sentido, Sales(idem, p. 31)pontua:

Em função destes e de outros elementos, vê-se que os *adolescentes pobres e/ou autores de ato infracional* estão no cerne do debate atual sobre a questão social, violência, sociabilidade, cultura, justiça e direitos humanos. Sua performance transgressora isolada ou coletiva é quase sempre geradora de reações, ações sociais, políticas, e há muito no Brasil vem sendo também incensada em termos de visibilidade e medo pela mídia.

Há que se fazer uma aliança do Estado, da sociedade civil, da comunidade e da família para se vencer as barreiras dos preconceitos contra o adolescente em prática de ato infracional, notadamente, dos formadores de opinião, pois é um desafio, como pontua Amaral (2014, p.88):

Desconstruir esta mentalidade é um processo longo e tormentoso em que são poucos os que lutam contra uma estrutura social e política que insiste em manter e reproduzir as desigualdades sociais como forma de manipulação do poder e de dominação daqueles desprovidos de poder.

Para Krieger (2013), a violência dos dias atuais é um convite para reflexão:

[...] sobre a nossa responsabilidade no combate à violência, na promoção da cultura da vida e da paz e no cuidado e proteção das novas gerações de nosso país. A delinquência juvenil é, antes de tudo, um aviso de que o Estado, a Sociedade e a Família não têm cumprido adequadamente seu dever de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos da criança e do adolescente, conforme estabelece o art. 227, da Constituição Federal [...].

Cumpre, pois, analisar em ato contínuo a responsabilização do adolescente pelos atos infracionais praticados para além do viés retributivo, por intermédio da nova leitura de realidade ofertada pela Justiça Restaurativa.

2.2. A Justiça Restaurativa

A cultura da violência vem distanciando acentuadamente as pessoas, colocando-as nos seus nichos, cada vez mais protegidas, umas das outras, pelos muros e grades materializados ou não. E sob o manto da violência, os crimes têm guarida, desafiando o Estado e a Sociedade a ofertarem novas alternativas de controle social que sejam mais eficazes à cultura da violência, transformadoras dessa realidade, para além da vingança estatal pura e simples aos transgressores da ordem.

No âmbito da Justiça, há de se romper a noção retributiva, vingativo-punitiva, adotada pelo positivismo jurídico no sentido de utilizar como a única forma de responsabilizar o indivíduo pela prática do crime se dá apenas pela via da punição pelo Estado ao transgressor das suas normas, sem considerar os envolvidos na prática delituosa.

A justiça retributiva, segundo Saliba (2009, p.143) é uma ideologia que propõe a retribuição do mal de delito pelo mal da pena, resultando numa resposta inadequada para a tutela do interesse lesado e violentadora dos direitos fundamentais do delinquente e da vítima.

Tem-se como importante registrar que as medidas alternativas poderão ser aplicadas concomitantemente às penalidades aplicadas pelo Estado Repressivo, ou não, podendo em alguns casos, criteriosamente analisados, ocorrerem a exclusão de penalidade.

Uma dessas opções ao sistema penal tradicional é a justiça restaurativa que não o elimina, mas que mitiga seu efeito punitivo e marginalizador, em respeito à dignidade da pessoa humana e aos Direitos humanos (Saliba, 2009).

Segundo McCold e Wachtel(2003), a Justiça Restaurativa “é um processo colaborativo que envolve aqueles afetados mais diretamente por um crime, chamados de ‘partes interessadas principais’, para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão”.

Faz-se necessária a mudança da idéia de que apenas os grupos sociais pouco desenvolvidos, onde as relações guardam o cunho pessoal e primitivo, o controle se realiza de modo natural e espontâneo, com base nas crenças, nos sentimentos de simpatia e de solidariedade e que os grupos mais desenvolvidos o controle é completado e mesmo substituído pelo artificial, criado intencionalmente e imposto pela autoridade (Nóbrega, 1965, p.70).

Tem-se, *in casu*, duas lentes, segundo as lições de Zehr (2014, p. 170), relativas à Justiça Retributiva e à Justiça Restaurativa que se interpenetram e são assim delineadas:

Justiça retributiva

O crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regida por regras sistemáticas.

Justiça restaurativa

O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, conciliação e segurança.

A justiça retributiva tem sido utilizada e sozinha não vem produzindo os efeitos desejados, no que se refere à minimização da violência, bem assim à reiteração da sua prática, por meio dos crimes visualizados todos os dias, levando indivíduos a serem frequentadores assíduos das delegacias e presídios, gerando na sociedade a conclusão de que não tem solução e que o Estado, por seus representantes, não tem logrado muito êxito no combate ao crime, realizando a vingança necessária à lei violada, apenas se dando por satisfeitos colocando um

transgressor preso, imaginando que dão fim a tal problema social, como se aquele indivíduo fosse uma figura estranha à sociedade.

Conforme Konzen (2007), o paradoxo de privar ou restringir a liberdade e, ao mesmo tempo, alimentar a expectativa de ver superadas as causas do infringir do ordenamento jurídico penal trata-se, de fato, de uma questão ainda não resolvida.

Segundo Zehr(2014), uma opção plausível seria a tônica da justiça restaurativa, em que o crime sendo um ato lesivo, o ideal em caso que tal seria reparação da lesão e a promoção da cura.

A justiça restaurativa, amparada pelos princípios gerais da humanidade, intervenção mínima, proporcionalidade e razoabilidade e exclusivos da voluntariedade, consensualidade, confidencialidade, celeridade, urbanidade, adaptabilidade e da imparcialidade, é uma adequação social que pode ser desenvolvida por meio da mediação, conciliação, reuniões restaurativas ou círculos restaurativos, envolvendo, quando possível, a vítima, o delinquente e a comunidade para o restabelecimento do equilíbrio social (Bianchini, 2012).

Cumprir destacar que já existem alguns projetos de Justiça Restaurativa no Brasil, atuando com adultos, dentre eles, o desenvolvido pelo Tribunal de Justiça da Bahia, com o núcleo modelo localizado na 5ª e 6ª Varas do Sistema dos Juizados Especiais da Comarca de Salvador, desde 2005, já conseguiu diminuir a criminalidade e reincidência de infrações de menor potencial ofensivo na área de sua atuação (Justiça Restaurativa, 2017).

No procedimento da Justiça Restaurativa realizada em Salvador citado no parágrafo anterior, é feito com as pessoas envolvidas em situações de violência ou conflito, seus familiares, seus amigos e as suas comunidades que se reúnem com um ou mais mediadores ou facilitadores que dialogarão sobre o ocorrido e suas consequências e, na oportunidade, todos os prejuízos de todas as ordens serão expostos, bem assim o binômio: necessidades da vítima e possibilidades do agressor, buscando reparar todos os males produzidos, psicológicos, sociais e materiais dos envolvidos.

Denominam o encontro retro ilustrado de Sessão Restaurativa e durante o qual, facilitadores, previamente qualificados, coordenam e orientam as pessoas envolvidas, diretamente e indiretamente, na perspectiva de se construir um plano restaurativo, factível e nos moldes preconizados na legislação pátria, permitindo, ao final, a elaboração de um acordo de forma coletiva e integrada com as famílias e comunidade que contemple as necessidades originadas pelo conflito em análise (Justiça Restaurativa, 2017).

Vê-se, por conseguinte, que a Justiça Restaurativa está sendo muito bem utilizada na seara dos adultos, inclusive com excelentes resultados.

Ultrapassadas as barreiras da Justiça Restaurativa no mundo adulto e adentrando no pouco conhecido dos adolescentes e jovens, mormente no âmbito infracional, alguns aspectos precisam ser refletidos.

2.3. O Ato Infracional, a medida socioeducativa e a Justiça Restaurativa Juvenil

O Estatuto da Criança e do Adolescente preconiza que se considera ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção, e todas as pessoas a partir de 12 anos e abaixo de 18 anos, em princípio, serão inimputáveis, sujeitas às medidas da aludida lei, como se constata a seguir.

Moraes e Ramos (2013, p. 959) esclarecem que o ato infracional é, portanto, a ação violadora das normas que definem os crimes ou as contravenções. É o comportamento típico, pre-

viamente descrito na lei penal, quando praticado por adolescentes (art. 103, da Lei n. 8.069/90 - ECA). Concluem dizendo que essa definição decorre do princípio constitucional da legalidade.

É preciso, portanto, para a caracterização do ato infracional, que este seja típico, antijurídico e culpável, garantindo ao adolescente, por um lado, um sistema compatível com o seu grau de responsabilização, e, por outro, a coerência com os requisitos normativos provenientes da seara criminal.

Não há que se falar em ausência de responsabilidade do adolescente pelo ato infracional praticado. Ele é responsabilizado, mediante processo em que lhe é assegurada a ampla defesa e a possibilidade de contrariar o que foi dito contra si. Ao final, sendo considerado culpado, o Estado-Juiz aplica a medida socioeducativa, dentre as elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, tida como mais adequada ao seu caso e que permita a sanção pela infração praticada, mas, diferentemente do sistema prisional dos adultos, a medida aplicada também possui um alcance pedagógico, buscando viabilizar uma ressocialização do adolescente.

Conforme Ishida (2015), a medida socioeducativa é a providência originada da sentença do juiz da infância e da juventude, através do devido processo legal, de natureza educativa, mas modernamente também com natureza sancionatória como resposta ao ato infracional cometido por adolescentes, logo praticada no período compreendido entre 12 anos completos e 18 anos de idade incompletos.

As medidas socioeducativas serão, portanto, aplicadas apenas aos adolescentes e estão previstas nos incisos do art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.8.069/90): advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional.

As medidas socioeducativas são, conforme previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente, divididas em dois grupos distintos: as medidas em meio aberto, não privativas de liberdade (advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida) e as medidas privativas de liberdade (semiliberdade e internamento).

As medidas socioeducativas, conforme dispõe o § 2º do art. 1º da Lei n. 12.954/2012, Lei do Sistema Nacional Socioeducativo (Sinase), tiveram os seus objetivos descritos com destaque para a responsabilização do adolescente ou jovem, sua integração social e a desaprovacão da conduta infracional.

Desse modo, deverão ser tomadas medidas pela família, pela sociedade, pela comunidade e pelo Estado que possibilitem, dentre outras coisas, a integração social e a responsabilização do socioeducando, sem deixar de registrar a desaprovacão sobre a sua conduta ao praticar o ato infracional.

Há que se fazer um destaque entre a responsabilização dos adultos (pena) e a dos adolescentes (medida socioeducativa). A diferença entre elas se deve ao fato de que, muito embora ambas tenham um conteúdo sancionatório, no caso do adolescente, por considerar-se a sua condição peculiar de um indivíduo em processo de desenvolvimento, a medida a ser aplicada tem uma finalidade pedagógica, ensejando um projeto de vida responsável.

Conquanto não se possa afastar das medidas socioeducativas o seu caráter de repressão ao ato infracional praticado, porque somente ao adolescente que viola a lei se aplica uma medida socioeducativa, também é inquestionável que a finalidade da medida socioeducativa é pedagógica. Neste sentido, a Justiça Restaurativa interliga o escopo pedagógico da medida socioeducativa com a restauração dos laços que foram rompidos na relação do ofensor com a vítima e com os familiares de ambos.

As medidas socioeducativas possuem um conteúdo sancionatório, mas têm um conteúdo pedagógico e nesse sentido, deve-se buscar emancipar o indivíduo adolescente segundo

os Quatro Pilares da Educação (Delors, 2012), auxiliando-o na aprendizagem do conhecer, fazer, conviver e ser.

Conforme Meneses (2008), a finalidade pedagógica deve ser o foco principal, não sob o aspecto meramente tutelar do maior interesse do adolescente, mas com o direcionamento voltado à educação que permite o desenvolvimento das capacidades individuais e de relacionamento com o meio.

A operacionalização das medidas socioeducativas é o grande desafio que está imposto a todos aqueles entes referidos no art. 227, da Magna Carta, sob pena da lei ser uma letra morta.

Não se pode olvidar que o adolescente ou jovem que, em geral, que cumpre medida socioeducativa está em vulnerabilidade social. Logo, a implementação de políticas públicas sociais é o caminho mais adequado para evitar-se a entrada dos adolescentes no mundo infracional e também para permitir-lhes sair deste mesmo mundo. As políticas públicas representam as respostas do Estado no atendimento às demandas que emergem da sociedade, notadamente, no caso, dos adolescentes em contato com o mundo infracional.

A presença dos integrantes da família do socioeducando¹ no desenvolvimento da medida socioeducativa aplicada, é imprescindível, na medida em que tem um papel fundamental na formação da personalidade da pessoa humana, dotando-a dos valores éticos e morais necessários ao seu processo de socialização para uma convivência harmoniosa e sadia.

Os integrantes da sociedade e da comunidade próxima ao adolescente ou jovem que cumprem medida socioeducativa deve participar ativamente deste processo educacional oferecendo as oportunidades e os incentivos para que esta parcela de excluídos possa integrá-la para que não entre em conflito gerando a delinquência juvenil.

O Estado, através da escola, deve contribuir para o aperfeiçoamento do processo de socialização da pessoa humana, seja no seu desenvolvimento pessoal, no preparo do desenvolvimento da cidadania e na sua qualificação para integrar o mercado de trabalho.

Conforme Jesus (2015) deverá ser adotado medidas pela família, pela sociedade, pela comunidade e pelo Estado que possibilitem, dentre outras coisas, a integração social e a responsabilização do socioeducando, sem deixar de registrar a desaprovação sobre a sua conduta ao praticar o ato infracional.

Tem-se visualizado, no entanto, que as instituições que realizam o atendimento socioeducativo dos adolescentes e/ou jovens em cumprimento de medidas socioeducativas encontram dificuldades na falta de vontade política dos governantes que teimam em não compreender o verdadeiro significado da lei juvenil que tem como escopo a socioeducação e que a visão em relação a tal público é ainda profilática via educação profissionalizante para a reinserção social, sem considerar as possibilidades e necessidades de cada indivíduo.

Por outro lado, é preciso que a justiça, por intermédio dos seus atores, mude o seu foco na visão do processo. Historicamente os integrantes do sistema de justiça, geralmente, tinham uma visão unidimensional do processo, na sua isonomia, ignorando a relação existente em infrator e vítima.

Como afirma Zehr (2014, p.76):

A justiça é retratada como uma deusa vendada que segura uma balança. Portanto, o seu foco está na isonomia do processo, não nas circunstâncias de fato. O processo penal visa ignorar diferenças sociais, econômicas e políticas, procurando tratar todos os ofensores como se fossem iguais

¹ Nome conferido aos adolescentes e/ou jovens que cumprem medidas socioeducativas.

perante a lei. Como o processo procura tratar os desiguais igualmente, as desigualdades sociais e políticas existentes são ignoradas e mantidas. De forma paradoxal, a justiça acaba mantendo desigualdades em nome da igualdade.

Tem-se como forçoso reconhecer que ainda está em construção este novo direito juvenil, restando a esperança de que os operadores do direito possam repensá-lo, desconstruindo uma cultura conservadora que predomina na sociedade brasileira, fruto da visão retribucionista que foi legada pelas classes dominantes e segundo as quais o Direito Penal é o instrumento mais representativo.

É preciso trocar as lentes, uma revolução no olhar para que os adolescentes que estão em circunstância de prática de ato infracional e/ou cumprindo medidas socioeducativas possam ter assegurados os seus direitos de cidadania, na forma mais extensiva na sua interpretação como está assegurado na Magna Carta brasileira.

Verifica-se que há amplo espaço para a aplicação da Justiça Restaurativa com os adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa, não apenas por serem os adolescentes sujeitos de direitos, não podendo sofrer punição de maneira pior que os adultos, senão também pela condição peculiar de desenvolvimento a permitir absorção de novos valores e perspectivas.

Como realizar a proteção integral sem que se tenha estabelecido os seus parâmetros? Era necessário que se dispusesse o *modus operandi* da proteção integral no âmbito do cumprimento da medida socioeducativa.

A Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, através do CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente e em parceria com a ABMP – Associação Brasileira de Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude e o FONACRIAD – Fórum Nacional de Organizações Governamentais de Atendimento à Criança e ao Adolescente realizaram encontros estaduais, durante o ano de 2002, visando concretizar os avanços contidos na legislação e contribuir para a efetiva cidadania dos adolescentes e/ou jovens em cumprimento de medidas socioeducativas, debatendo e avaliando com os operadores do Sistema de Garantia de Direitos a proposta de lei de execução de medidas socioeducativas da ABMP bem como a prática pedagógica das unidades de execução de medidas com o objetivo de subsidiar o CONANDA na elaboração de parâmetros e diretrizes para a execução das medidas socioeducativas, cujo resultado é o SINASE (Sistema Nacional Socioeducativo), estabelecido pela Lei n.12594/2012.

Dentro do âmbito da proteção integral, o SINASE é um novo paradigma da proteção integral para consolidação do Estatuto da Criança e do Adolescente ampliando o compromisso e a responsabilidade do Estado e da sociedade civil na busca de soluções eficientes, eficazes e efetivas para o sistema socioeducativo assegurando aos adolescentes e jovens que cumprem medidas socioeducativas a oportunidade de desenvolverem uma experiência de reconstrução de seu projeto de vida.

O SINASE estabelece princípios e o marco legal do sistema de atendimento socioeducativo onde realça, no plano dos direitos humanos, que o adolescente sob medida socioeducativa tenha a oportunidade de compartilhar valores como liberdade, solidariedade, justiça social, honestidade, paz, responsabilidade e respeito à diversidade cultural, religiosa, étnico-racial, de gênero e orientação sexual como valores norteadores da construção coletiva dos direitos e responsabilidades.

A conjugação de esforços por parte da família, da comunidade, da sociedade em geral como atores sociais para que o Estado cumpra com suas responsabilidades, fiscalizando o

atendimento socioeducativo, reivindicando o cumprimento do quanto preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente e as diretrizes traçadas pelo próprio SINASE.

Conclui-se que o processo socioeducativo somente se efetivará com uma gestão participativa onde todos os atores que integram a execução do atendimento socioeducativo estejam compartilhando com responsabilidade os compromissos assumidos. Efetivar o SINASE é o grande desafio do poder público, da sociedade, da família e dos próprios adolescentes autores de ato infracional.

As instituições de socioeducação que realizam a política de atendimento aos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa, encontram dificuldades na falta de vontade política dos governantes que teimam em não compreender o verdadeiro significado da lei juvenil que tem como escopo a socioeducação.

Para, além disso, cumpre evidenciar que, infelizmente, ainda domina um pensamento no sentido de que o severo controle penal e exterminador dos pobres e outros marginais ainda é dominante, expressão do clamor punitivo que grassa na sociedade brasileira por maior repressão, mais prisões e penas mais rigorosas (SALES, 2007, p.65).

Desconstruir esta mentalidade punitiva sem limites é um processo longo e tormentoso em que são poucos os que lutam contra uma estrutura social e política que insiste em manter e reproduzir as desigualdades sociais como forma de manipulação de poder e dominação daqueles desprovidos de poder.

Há de se repensar que a sociedade historicamente, andou e anda, enfrentando guerras, conflitos e separatividades. A partir desse aprender frente aos efeitos pós-guerra, a Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, lançou a proposta imorredoura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, imprimindo a partir daí,

(...) um processo de mudança no comportamento social e a produção de instrumentos e mecanismos internacionais de direitos humanos que foram incorporados ao ordenamento jurídico dos países signatários". (BRASIL, 2009b, p 21)

Contradizendo essa proposta de direitos humanos, o mundo convive com uma realidade marcada por aspectos que negam a justiça e a igualdade, reforçando uma cultura de discriminações, exclusões, disparidades sociais, econômica e cultural entre as Nações e povos.

Vale registro que o Brasil, como país signatário da ONU, incorporou na Constituição Brasileira e na suas Políticas Sociais, Planos e Projetos Governamentais o seu ideário de Nação igualitária.

A par desse contexto, vive-se no Brasil, um panorama não pacífico, marcado por tensões, e violências, quadro que nos aponta para uma realidade com permanentes crises e conflitos, coexistindo na sociedade contemporânea uma dualidade, entre o *dever ser* da cultura da paz e uma constante ebulição social, provocada pelo quadro amargo das disparidades sociais, violências: social, institucional, familiar, de gênero, racial, verbal, psicológica e física.

Cultura e educação são formadas no viver diário, na convivência e participação em diferentes contextos sociais, interativos e socializadores. Isso nos leva a refletir que convivemos com duas vertentes culturais opostas: a da paz e a da violência.

É no esforço de desconstrução da cultura da guerra que a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO propõe uma mudança paradigmática, conclamando os países aliados e organizações afins, para uma luta em prol da vivência da paz, possível de ser alcançada a partir de uma educação voltada para paz, não-violência, para a vi-

vência dos direitos humanos, da democracia, da não competitividade, da solidariedade, da tolerância, da inclusão, do respeito, superando a conflitualidade, a partir do encontro e do diálogo.

Há de se considerar que falar em cultura da paz no mundo de hoje, é andar pela via da diferença, pois estamos imersos em um oceano de guerras e conflitos seculares.

Para superar esse contexto, a UNESCO uniu na sua proposta a educação e a cultura, compreendendo que ambas as forças seriam capazes de desencadear um trabalho a nível da construção de paz, da não-violência, do respeito, do diálogo, do entendimento entre as Nações e povos, na perspectiva de ultrapassar a histórica cultura da guerra e do conflito. Essa é uma proposta pacificadora, um *dever ser* social, que identifica na cultura dos povos o seu potencial pacificador, e na educação uma estratégia capaz de trabalhar a nível das mentes na ultrapassagem da violência e do conflito, em prol do alcance da meta da cultura da paz, com mentes conscientes e formadas na universalidade dos direitos humanos e no exercício da cidadania.

Através da educação das mentes para vivência da liberdade, do respeito, da igualdade e da justiça, poder-se-á alcançar o estágio ideal da cultura da paz e da não-violência preconizada pela ONU, onde povos e nações poderão se unir em prol de um planeta pacífico, igualitário, não-violento e ético.

Cury (2009, p.24), defende que a educação deva ser igualitária, do diálogo, da superação das diferenças e do encontro entre pessoas e povos. Essa é uma via do caminho para o alcance da cultura da não violência, reforçada pelo pensamento de que:

A educação para os direitos humanos é uma formação cultural que busca nessa essência o reconhecimento e o valor das diferenças. Tal formação visa a fazer do diálogo a forma suprema de aproximação entre os povos e entre as pessoas.

Esta perspectiva é também defendida por Santos (2012, p.16), ao afirmar que a educação é a base para o reconhecimento e vivência dos direitos uns dos outros, a partir de um exercício permanente do reconhecimento da igualdade, do limite e da liberdade no convívio, como oportunidade da vivência do respeito mútuo, pois é no

(...) educar para os direitos humanos, pois é primordial que os indivíduos reconheçam seus direitos e os dos outros, que se percebam como iguais e a partir disso se respeitem mutuamente.

A UNESCO reconhece que a mudança do paradigma da guerra, da violência, do conflito excede acordos políticos, o que será efetivado por uma vontade política dos Governantes e a união de todas as instituições societárias, em busca da vivência da cultura da paz, o que é frisado com propriedade por Santos (idem, p.22).

A efetivação dos princípios que norteiam os direitos humanos se mede por fatos e não apenas por normas legais. Mesmo que estas sejam imperativas, é necessário, vivenciar o respeito aos direitos humanos e praticá-lo também.

Dessa forma, o educar para os direitos humanos, excede a mera lógica competitiva e econômica, inerente à visão de mercado própria da sociedade moderna, uma vez que educar as mentes voltadas para a cultura da paz e da igualdade é vencer o atual contexto de disparida-

de social, exclusão, fome, miséria, monopolizado por uma elite cultural, política e econômica mantenedora do contexto social vigente. Como enfatiza o Balanço da Década Internacional de Promoção da Cultura de Paz e Não Violência em Benefício das Crianças do Mundo (Cultura de Paz, 2010, p.12):

A educação voltada para a cultura da paz inclui a promoção da compreensão, da tolerância, da solidariedade e do respeito às identidades nacionais, raciais, religiosas, por gênero e geração, entre outras, enfatizando a importância da diversidade cultural.

O mundo será mais justo, na medida em que os homens passarem a assumir o seu fazer histórico, escrevendo o contorno de sua vida, olhando para si, para os outros e para o mundo num devir ser igualitário, enquanto cidadão com consciência planetária.

Nesse olhar democrático em busca de uma cultura cidadã é que, o Decreto nº 7.037/2.009, de 21 de dezembro de 2009, aprova o PROGRAMA Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3, e na sua diretriz 19 prescreve o “Fortalecimento dos princípios da democracia e dos Direitos Humanos nos Sistemas de educação básica, nas instituições de ensino superior e outras Instituições formadoras” (BRASIL, 2009)

É nessa busca da paz, a partir de uma mudança paradigmática que no Manifesto 2.000 por uma Cultura de Paz e Não-Violência, são listados princípios básicos para a vivência relacional na dimensão da Cultura da Paz e Não-Violência, a saber: “Respeitar a vida: Rejeitar a violência; Ser generoso; Ouvir para compreender; Preservar o planeta e Redescobrir a solidariedade”. A observância desses princípios nos relacionamentos entre nações, organizações e pessoas, imprimirão um contexto de não-violência e paz reescrevendo a história no ideário do diálogo e universalidade dos direitos humanos e da paz.

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos prescreve que a vivência de um estado democrático exige:

(...) assegurar a proteção do Estado ao direito à vida e à dignidade, sem distinção étnico-racial, religiosa, cultural, territorial, físico-individual, geracional, de gênero, de orientação sexual, de opção política, de nacionalidade, dentre outras, garantindo tratamento igual para todos (as). É o que se espera, portanto, da atuação de um sistema integrado de justiça e segurança em uma democracia. (BRASIL, 2009b, 47-48)

Verifica-se, por via de consequência, que existe espaço adequado para a utilização da Justiça Restaurativa e/ou práticas restaurativas aos adolescentes que praticam atos infracionais e/ou cumprem medidas socioeducativas.

A Lei do SINASE (art. 35, Lei n. 12594/2012) contempla a prática de medidas restaurativas expressamente:

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;

II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de auto composição de conflitos;

III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;

(...) VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;

VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;

(...) IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.

A Lei n.12594/2012 (SINASE), da mesma forma que a Lei n.8069/90, é uma norma de direito público e os seus ditames deverão ser cumpridos. Assim, a inserção das práticas restaurativas, inclusive, no âmbito da Justiça Restaurativa não é uma faculdade, ao revés, é obrigatória, tomando-se o cuidado para não esquecer que na área da infância e adolescência a preocupação com absoluta prioridade reside na proteção integral ao adolescente.

Mas, em sendo possível, o direito sancionatório juvenil poderá lançar mão das práticas restaurativas e, para que possam ser exitosas, deverá ser montada uma base estrutural bem organizada, com um quadro de pessoal próprio, continuamente qualificado, aptos a atuarem no processo restaurativo. Além disso, os facilitadores deverão considerar as peculiaridades dos adolescentes e jovens, levando em conta os seus graus de desenvolvimento, bem assim a excepcionalidade e brevidade da medida a ser aplicada ou em fase de execução.

Conforme Araújo e Siqueira Neto (2013) argumentam que com a positivação da metodologia restaurativa amparada em círculos de paz, possam ser institucionalizados em todo o País, em qualquer fase do processo, entre adolescente/autor e vítima do fato, realizando a pacificação de um conflito pretérito, senão também prevenir um futuro entre as mesmas partes conflituosas.

No Brasil, algumas cidades estão utilizando práticas restaurativas e dentre elas, na seara juvenil, Joinville (SC), São Caetano do Sul (SP), Porto Alegre (RS), Brasília (DF), Caxias do Sul (RS), Fortaleza (CE), João Pessoa (PB) e também na cidade de Salvador (BA), sendo que nessa última, em fase inicial.

Segundo Rosa (2007), o primeiro projeto foi iniciado em 2003, na Vara da Infância e Juventude de Joinville (SC) e é a partir dele que se apresentou o panorama de execução, por meio do qual o adolescente podia discutir o ocorrido, ter responsabilidade e perceber as consequências da sua conduta, emancipando-se, juntamente com o seu grupo, familiares e a vítima.

Vale a pena destacar a iniciativa da Justiça Restaurativa em Porto Alegre que teve os seus antecedentes históricos em iniciativas assistemáticas de experimentação da abordagem restaurativa na qualificação de processos de execução das medidas socioeducativas, desde o ano 2000, junto à Vara responsável pela execução das medidas e desde o final do ano de 2004, a partir da institucionalização do núcleo de estudos em Justiça Restaurativa na Escola Superior da Magistratura – AJURIS, e nos três anos de atuação (2005-2008), 2.583 pessoas foram atendidas pela Central de Práticas Restaurativas (Justiça 21, 2017).

O Projeto supramencionado foi denominado Projeto Justiça para o Século 21 e se dava por intermédio de encontros promovidos pela Central de Práticas do Juizado, denominados círculos restaurativos, que reúnem algumas pessoas direta e indiretamente envolvidas nos atos infracionais (vítima, adolescente infrator, familiares, amigos e comunidade).

Importante noticiar que a condução do procedimento acima ilustrado é realizada um coordenador, que tem as atribuições de estudar o caso e conduzir o encontro, objetivando definir juntamente com interessados o plano de ações na perspectiva de resolver o problema. Tudo isso de forma voluntária e só se dará apenas e tão-somente se o adolescente, a vítima e seus responsáveis concordarem em participar (Justiça para o século 21, 2012).

Os encontros são subdivididos em três etapas diversas: 1ª) Pré-círculo, em que se dá o convite aos interessados e se apresenta a metodologia; 2ª) Círculo, fase em que o grupo se reúne, interage, com exposição de necessidades, possibilidades e projetam ações reparatórias; 3ª) Pós-círculo, quando será verificado o real cumprimento das metas delineadas no momento anterior, devidamente acompanhada pelos coordenadores (idem).

Interessa, com efeito, noticiar que a forma e o conteúdo de abordagem retro evidenciada vêm sendo continuamente aprimoradas, nos processos judiciais, por intermédio de encontros semanais destinados à auto supervisão, permitindo visualizar as intervenções realizadas, bem assim o emprego de valores e princípios da proposta restaurativa (ibidem).

A Justiça Restaurativa Juvenil no Brasil é uma realidade e já está sendo utilizada nos mais variados rincões deste país, alguns há algum tempo e em outros nascendo.

Em Salvador (Ba) constrói-se o projeto de Justiça Restaurativa Juvenil, com a participação dos integrantes do sistema de justiça, representantes das universidades públicas e particulares, dos conselhos sociais e da sociedade civil, de maneira democrática e criteriosa, considerando as peculiaridades dos adolescentes e/ou jovens, na expectativa de que siga os passos exitosos do que já acontece com modelo aplicado aos adultos na mesma cidade e os demais relativos à Justiça Juvenil no Brasil e/ou para além das fronteiras, no sentido de promover a paz, diminuindo, por via de consequência, as infrações e as suas reiterações, com as reparações necessárias, em relação ao adolescente e/ou jovem agressor e, quando possível, com a participação dos seus familiares, comunidade e, em especial, da vítima (Justiça Restaurativa, 2017).

3. Conclusão

A produção cultural da violência tem acarretado efeitos maléficos na sociedade brasileira, com o incrementar das práticas criminais, sem que o sistema de justiça sancionatório retributivo consiga dar conta da responsabilização e/ou diminuição de tais condutas delitivas, notadamente entre os adolescentes em circunstância de prática de ato infracional, a reclamar medidas diametralmente opostas, no sentido da cultura da paz e harmonia entre os grupos.

A Justiça Restaurativa, como se buscou demonstrar, é uma alternativa importante, em favor da ressocialização desse adolescente que praticou ato infracional, auxiliando-o na sua emancipação responsável, permitindo com que possa refletir mais acentuadamente sobre a gravidade do ato praticado, considerando o outro (vítima), e, quando possível, com a presença desta, reparando os danos causados, por si ou por seus familiares, contando sempre com o apoio dos seus familiares e integrantes da comunidade de referência e de uma equipe técnica que facilitará o desenvolvimento organizado dos círculos restaurativos.

Referências

ADORNO, S.; BORDINI, E. B. T. *A socialização na delinquência: reincidentes penitenciários de São Paulo*. Cadernos Ceru, São Paulo, n. 3, 1991.

AMARAL, N. S. do. *As novas perspectivas da socioeducação do adolescente em conflito com a lei e o SINASE*. IN: TAVARES, Luiz Alberto. MONTES, Jane Cresus (Orgs.). *A adolescência e o consumo de drogas: uma rede informal de saberes e práticas*. Salvador: EDUFBA, CETAD, 2014.

ARAÚJO, F. H. de M.; SIQUEIRA NETO, L. F. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ARIËS, P. *História social da criança e da família*. Tradução Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006.

BANDEIRA, M. *Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional*. Ilhéus: Editus, 2006.

BECKER, D. *O que é adolescência*. São Paulo: Brasiliense, 2003.

BIANCHINI, E. H. *Justiça restaurativa: um desafio à práxis jurídica*. Campinas/SP: Servanda Editora, 2012.

BRANCHER, L. ; SILVA, S. *Justiça para o século 21: semeando justiça e pacificando violências*. Porto Alegre: Nova Prova, 2008.

BRASIL. Casa Civil. Constituição (1988). *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Casa Civil. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009. *Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3 e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. *Plano Nacional em Direitos Humanos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2009b.

_____. Casa Civil. Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. *Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase)*, regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

CALDEIRA, M. T. do R. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Ed.34/EDUSP, 2000.

CARLI, P. de. *A educação enquanto ferramenta de inclusão social e prevenção da delinquência juvenil*. Ágora Revista Eletrônica, ano 4, n. 7, pp. 125-131, dez. 2008. Disponível em: <<http://agora.ceedo.com.br/agora7/aeducacaoquantoferramenta.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2014.

CASTEL, R. *A insegurança social: O que é ser protegido?* Petrópolis: Vozes, 2005.

CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *SINASE- Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. 2006.

Cultura de paz: da reflexão à ação; balanço da Década Internacional de Promoção de Cultura de Paz e Não-Violência em Benefício das Crianças do Mundo. Brasília: UNESCO; São Paulo: Associação Palas Athena, 2010.

CURY, C.R.J. Da educação para os direitos humanos. *Revista Direitos Humanos*, Brasília, n. 3, p. 23-25, set. 2009.

DELORS, J. *Educação: um tesouro a descobrir*. Relatório para UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI. -7.ed.rev.- São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2012.

ESPINHEIRA, G. (Coord.). *Sociabilidade e violência: criminalidade no cotidiano de vida dos moradores do subúrbio ferroviário de Salvador*. Salvador: Ministério Público do Estado da Bahia, Universidade Federal da Bahia, 2004.

FRAGA, P. C. P. *Política, isolamento e solidão: práticas sociais na produção de violência contra jovens*. In: SALES, Mione; MATOS, Maurílio Castro; LEAL, Maria Cristina (Org.). *Política social, família e juventude: uma questão de direitos*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

GARRIDO DE PAULA, P. A. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ISHIDA, V. K. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 14. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2015.

JESUS, E. L. S. *Exploração do trabalho infantil no Brasil*. –vol.4- (in) Revista Entre Aspas: Tribunal de Justiça da Bahia. Salvador:Universidade Corporativa do TJBA, 2014.

_____. Pensando sobre a realidade do adolescente: atos infracionais e medidas socioeducativas no Brasil e na Bahia. (in) A política de proteção especial e a utilização do fundo dos direitos da criança e do adolescente: abordagem analítica. 2015. 75 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania) – Universidade Católica do Salvador (UCSAL), Salvador, 2015. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/123456730/174/3/EVANDRO%20LUIS%20SANTOS%20DE%20JESUS.pdf>. Acesso em: 11/10/2017.

Justiça para o século 21. *Práticas restaurativas em processos judiciais*. Disponível em: <http://justica21.web11119.kinghost.net/j21.php?id=104&pg=0#.WbhAd8aQzIU>. Acesso em: 12/9/2017.

Justiça Restaurativa: Poder Judiciário do Estado da Bahia. -4.ed.- Salvador:CGRAF, 2017.

KONZEN, A. A. *Justiça restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KRIEGER, D. M. S. R. *Redução da maioria penal*. A Tarde, Salvador, 3 maio 2013. Caderno 1, p. 3.

McCOLD, P.; WACHTEL, T. *Em Busca de um Paradigma: uma teoria de Justiça Restaurativa*. Trabalho ofertado no XIII Congresso Mundial de Criminologia, em agosto de 2003, no Rio de Janeiro Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/237563813_Em_Busca_de_um_Paradigma_Uma_Teoria_de_Justica_Restaurativa. Acesso em: 8/9/2017.

MENESES, E. R. *Medidas socioeducativas: uma reflexão jurídico-pedagógica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MINAYO, M. C. de S. *Violência: um problema de saúde pública*. In: Impacto da violência na saúde dos brasileiros. Brasília, DF: Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, 2005.

MORAES, Bianca Mota de e RAMOS, Helane Vieira Ramos. A prática de ato infracional. In: MACIEL, Kátia (Coord.). *Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. A prática de ato infracional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NÓBREGA, J. F. *Introdução ao direito*. -3.ed.rev.ampl.- Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1965.

RIZZINI, I. *O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*. -2.ed.rev.- São Paulo: Cortez, 2008.

RODRIGUES, A; ASSMAR, E. M. L.; JABLONSKI, B. *Psicologia social*. 22. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

ROSA, Alexandre Moraes. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SAITO, M. I.; SILVA, L. E. *Adolescência: prevenção e riscos*. São Paulo: Atheneu, 2001.

SALES, M. A. (In) *Visibilidade perversa: adolescentes infratores como metáfora da violência*. São Paulo: Cortez, 2007.

SALIBA, M. G. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

SANTOS, D.V. dos. Direitos humanos e Cultura de Paz: a Justiça Restaurativa como garantidora dos direitos humanos. In: PETRUCCI, A.C.C., et AL. *Justiça juvenil restaurativa na comunidade: uma experiência possível*. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, Assessoria de Imagem Institucional, 2012, p. 15-31.

SANTOS, J. V. T. dos. *A arma e a flor: formação da organização policial, consenso e violência*. Tempo Social: Revista de Sociologia da USP, São Paulo, 9, p. 155-167, maio 1997.

SARAIVA, J. B. C. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. -4.ed.rev. atual.- Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, P. S. M.; VIANA, M. N.; CARNEIRO, S. N. V. *O desenvolvimento da infância na teoria de Piaget*. Psicologia.pt, Porto, 16 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.psicologia.pt/artigos/textos/TL0250.pdf>>. Acesso em: 3 maio 2015.

SOARES, A. M. de C. *Violência na escola e Direitos Humanos*. In: Encontro Nacional da ANDHEP - Políticas Públicas para a Segurança Pública e Direitos Humanos, 8., 2014, São Paulo. Anais eletrônicos... São Paulo: USP, 2014. Disponível em: <http://www.encontro2014.andhep.org.br/resources/anais/1/1395885598_ARQUIVO_VIIIANDHEP_ViolenciaEscolaDireitosHumanos.pdf>. Acesso em: 3 maio 2015.

ZEHR, H. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa*. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2014.

CRITÉRIOS DE IDENTIFICAÇÃO DA ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA NOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

FÁBIO BRITO DA ROCHA MIRANDA

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Estácio de Sá/CERS. Assessor de Desembargador e Analista Judiciário no Tribunal de Justiça da Bahia. Endereço: Rua Monsenhor Gaspar Sadoc, nº 508, Costa Azul, Salvador/BA, CEP: 41760-200. Tel.: (71) 98766-4464. E-mail: fabiobritorm@gmail.com.

RESUMO

O artigo versa sobre as discussões atinentes à validade da cláusula de tolerância, que prevê a possibilidade de prorrogação do prazo previsto nos contratos de incorporação para a entrega da unidade imobiliária adquirida “na planta”, normalmente por até 180 dias, sem qualquer sanção para o incorporador. Em virtude da incidência do Código de Defesa do Consumidor nessa espécie de negócio jurídico, diversas vezes na doutrina sustentam a abusividade da cláusula, que colocaria o consumidor em desvantagem exagerada, eximindo o fornecedor da responsabilidade civil pela mora. Contudo, para a jurisprudência majoritária dos tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, a cláusula é válida, por se tratar de um costume consagrado há muitos anos no país, decorrente de vários fatores que ordinariamente retardam a conclusão de obras de grande complexidade, como a ocorrência de chuvas, escassez de mão de obra, entraves burocráticos etc. Nesse contexto, o objetivo da pesquisa é propor critérios capazes de auxiliar o aplicador do direito na identificação da abusividade da cláusula de tolerância, partindo do pressuposto de que tal análise não prescinde do exame das circunstâncias do caso concreto.

Palavras-chave: Incorporação imobiliária. Contrato de incorporação. Cláusula de tolerância. Abusividade.

1. Introdução

O mercado imobiliário brasileiro experimentou forte crescimento na última década, com destaque para o lançamento de novos empreendimentos nos principais centros urbanos do país. Contudo, o aquecimento do setor foi acompanhado por frequentes atrasos na entrega das unidades adquiridas “na planta”, fato que acarretou significativo aumento do número de demandas judiciais voltadas à aplicação das sanções legais aos incorporadores em mora.

No bojo dessas demandas, uma das questões mais suscitadas pelos consumidores diz respeito à abusividade da chamada cláusula de tolerância, que prevê a possibilidade de prorrogação do prazo de entrega da unidade imobiliária, normalmente pelo período de até 180 dias, sem qualquer sanção ao incorporador.

A discussão é relevante, afinal, as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito (art. 51, caput, do CDC), de maneira que, sagrando-se vencedora a tese suscitadas pelos consumidores, o descumprimento do prazo estipulado no contrato para a entrega da unidade imobiliária será suficiente para constituir em mora o incorporador, sujeitando-o à responsabilidade civil e até mesmo penal, ainda que fatores externos como fortes chuvas, greves e escassez de materiais de construção hajam comprometido o cronograma previsto na data do lançamento.

Nesse contexto, o objetivo da pesquisa é a formulação de critérios que auxiliem o aplicador do direito na tarefa de identificar abusividade da cláusula de tolerância, partindo do pressuposto de que tal análise não prescinde do exame das circunstâncias do caso concreto, o que exclui conclusões apriorísticas sobre o tema. Dessa forma, espera-se contribuir com a segurança jurídica no mercado imobiliário, em benefício de consumidores e incorporadores.

Para tanto, serão examinadas as características básicas da incorporação imobiliária e dos contratos de incorporação, em conformidade com a Lei nº 4.591/1964, bem como as consequências legais da mora para o incorporador, de maneira a expor os motivos que levaram à criação da cláusula de tolerância, enraizada nos costumes do mercado imobiliário brasileiro, a despeito da ausência de disciplina legal.

Após, proceder-se-á ao exame das discussões doutrinárias sobre o tema, demonstrando-se a predominância do entendimento no sentido de que a aplicação da cláusula de tolerância, isto é, a prorrogação do prazo de entrega das unidades adquiridas “na planta”, viola direitos básicos previstos no Código de Defesa do Consumidor, enquadrando-se no conceito de cláusulas abusivas, do que decorre a sua nulidade de pleno direito (art. 51, caput, do CDC).

Em seguida, a análise recairá sobre a jurisprudência dos tribunais, que têm decidido de forma majoritária pela validade da prorrogação do prazo de entrega das unidades imobiliárias, por força dos costumes do mercado imobiliário e da complexidade dos empreendimentos, sujeitos a diversos prazos capazes de comprometer o cronograma previsto no lançamento, com destaque para a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.582.318/RJ.

Por derradeiro, sem a pretensão de esgotar o tema, serão propostos, com base nas críticas doutrinárias e na jurisprudência dominante dos tribunais, critérios que auxiliem o aplicador do direito na tarefa de identificar a abusividade da cláusula de tolerância, mediante a exposição dos mais frequentes abusos praticados nas diversas fases do negócio jurídico, desde o momento da oferta da unidade imobiliária ao consumidor até a execução do contrato, isto é, ao momento de efetiva aplicação da cláusula, com a prorrogação do prazo de entrega.

2 A Incorporação Imobiliária e a Cláusula de Tolerância

Em meados da primeira década do século XXI, uma combinação de fatores como valorização imobiliária, baixo desemprego, crescimento da renda e expansão da oferta de crédito propiciou a ocorrência, nos principais centros urbanos do Brasil, de um fenômeno conhecido como “boom imobiliário”, cujos efeitos foram sentidos até os primeiros anos da década seguinte. Segundo dados da Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança (Abecip), em 2013, o volume de financiamentos para construção e compra de imóveis atingiu números recordes: R\$ 109,2 bilhões, com 529,8 mil unidades financiadas no país (ZAP, 2016).

O advento da crise econômica e os escândalos de corrupção envolvendo algumas das maiores construtoras do país repercutiram negativamente no setor, sobretudo em 2015.

Todavia, a incorporação imobiliária ainda pode ser considerada uma das mais importantes atividades econômicas do país, sendo oportuno ressaltar, conforme levantamento realizado pela Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (Abrainc), a existência de sinais de recuperação em 2016, com aumento do número de novos lançamentos (RIBEIRO; CAVALCANTI; DOCA, 2016).

De acordo com o parágrafo único do art. 28 da Lei nº 4.591/1964, a incorporação imobiliária é a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção para alienação de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

Por meio de um negócio jurídico imobiliário denominado contrato de incorporação, o incorporador se compromete a vender uma unidade condominial que, embora devidamente projetada e especificada, ainda não existe no momento do contrato (AVVAD, 2014, p. 596).

Conforme a lição de Orlando Gomes (2009, p. 555-556), o contrato de incorporação é uma unidade complexa que adquiriu tipicidade ao ser definida, nomeada e disciplinada pela Lei nº 4.591/1964, pois abrange distintos atos jurídicos que podem ser objetos de contratos diversos, reunidos em um único instrumento: compra e venda ou promessa de venda de coisa comum e de coisa privativa, construção de edifício ou de um conjunto de edificações e instituição de condomínio especial.

Na comercialização das unidades imobiliárias, contudo, dificilmente se verifica o uso da denominação legal, sendo mais frequente a celebração de contratos de promessa de compra e venda.

Segundo Caio Maia da Silva Pereira (2014, p. 255-256), a contratação de promessa de compra e venda de unidade imobiliária como coisa futura é prática consagrada no mercado, na qual o incorporador, sendo proprietário do terreno e das acessões, promete vender a unidade e entregá-la pronta, podendo executar a construção por si ou por terceiros, obrigando-se o promitente comprador ao pagamento do preço convencionado, geralmente em parcelas.

Verifica-se, pois, que esses negócios jurídicos imobiliários versam sobre coisa futura, ou melhor, sobre unidade imobiliária a ser construída para entrega futura, em prazo certo, o qual deverá ser discriminando no contrato, por força do art. 48, § 2º, da Lei nº 4.591/1964.

A existência de um prazo certo para a entrega das obras constitui um dos temas mais sensíveis aos incorporadores, levando em consideração que o atraso poderá acarretar graves consequências, reduzindo a margem de lucro dos empreendimentos.

Conforme o art. 43, inciso V, da Lei nº 4.591/1964, o retardamento excessivo das obras ou a paralisação por mais de 30 dias podem levar à destituição do incorporador pela maioria absoluta dos adquirentes, aos quais é facultado dar prosseguimento à obra, sem prejuízo da responsabilidade civil e penal daquele. Trata-se, inclusive, de contravenção penal, punível com multa de 5 a 20 vezes o valor do salário mínimo, conforme o art. 66, VI, do diploma legal referido.

Além disso, por configurar inegável inadimplemento do contrato pelo incorporador, cada adquirente poderá pleitear judicialmente a resolução do contrato ou exigir o cumprimento da obrigação, cabendo, em qualquer caso, indenização por perdas e danos, nos termos do art. 475, do Código Civil (SCAVONE JUNIOR, 2015, p. 399-400).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, firmou-se o entendimento no sentido de que, caracterizado o atraso na entrega do imóvel, haverá presunção de prejuízo ao adquirente, cabendo a condenação do incorporador ao pagamento de indenização por lucros cessantes, correspondente ao valor que aquele poderia ter auferido com o aluguel do bem no período de mora. Discute-se, ainda, sob o rito dos recursos especiais repetitivos, a possibilidade de cumulação da indenização por lucros cessantes com a cláusula penal, ainda que estipulada no contrato apenas em desfavor do adquirente (temas 970 e 971).

A despeito da orientação de que o inadimplemento contratual, por si só, não causados danos morais, o Superior Tribunal de Justiça entende que a análise das circunstâncias do caso concreto, pelo tribunal de origem, pode revelar a existência de lesão extrapatrimonial, ensejando, assim, o direito a indenização, especialmente quando há atraso considerável na entrega da unidade, tendo em vista a relevância do direito fundamental à moradia. Cumpre ressaltar, todavia, a existência de orientação no sentido de que o atraso de poucos meses não gera o dever de indenizar.

A gravidade das consequências da mora para o incorporador tornou-se ainda mais evidente durante o “boom imobiliário”, na medida em que, com o aumento vertiginoso do número de novos lançamentos, tornaram-se frequentes os atrasos na entrega de unidades, fato que naturalmente despertou a insatisfação dos adquirentes e levou ao aumento do número de demandas judiciais.

Nesse contexto, com a finalidade de evitar a caracterização da mora, os contratos de incorporação passaram a prever, em cláusula própria, a possibilidade de prorrogação do prazo de entrega da unidade, sem qualquer sanção para o incorporador, pelo período de até 60, 90, 120 ou mesmo 180 dias, sendo este o mais comum.

Embora o art. 48, § 2º, da Lei nº 4.591/1964, mencione a possibilidade de eventual prorrogação do prazo de entrega das obras, de acordo com as condições e formas previstas no contrato, não há disciplina legal para a prática em questão, tratando-se, simplesmente, de um costume do mercado imobiliário, tão amplamente difundido que passou a ser considerado “praxe” nos contratos de incorporação.

No ano de 2012, a Comissão de Desenvolvimento Urbano da Câmara dos Deputados aprovou, em caráter terminativo, o Substitutivo ao PL 178/2011, que altera a Lei nº 4.591/1964, acrescentando-lhe o art. 48-A, voltado a disciplinar matéria. Contudo, o projeto encontra-se paralisado.

Na falta de uma denominação legal, cunhou-se a expressão cláusula de tolerância, em clara referência ao período de prorrogação do prazo de entrega do imóvel, no qual o adquirente deve “tolerar” o atraso no cumprimento da obrigação assumida pelo incorporador, sem qualquer contrapartida.

Esclareça-se que a cláusula de tolerância não se confunde com o prazo ou o período de carência, expressões utilizadas pela Lei nº 4.591/1964 para designar o período em que o incorporador pode desistir do empreendimento (art. 34). Por esse motivo, deve ser evitado o emprego da denominação cláusula de carência, como sinônimo de cláusula de tolerância.

Para justificar a inserção da cláusula de tolerância em seus contratos, os incorporadores afirmam que não é possível estabelecer, com inteira precisão, a data de entrega das unidades imobiliárias adquiridas “na planta”, em razão da complexidade inerente ao empreendimento e de adversidades que escapam ao seu controle, comprometendo o cronograma previsto no lançamento.

São comuns, nesse sentido, as referências a fatores climáticos como o excesso de chuvas; a burocracia e a morosidade dos órgãos públicos responsáveis pela prática de atos administrativos indispensáveis à entrega das unidades, como a expedição do habite-se; a ocorrência de greves de trabalhadores da construção civil ou mesmo de servidores públicos; e a necessidade de readequação do projeto, diante de circunstâncias como problemas no terreno. Alega-se, ainda, que o próprio aquecimento do mercado imobiliário, com recortes de novos lançamentos, acarretou escassez de mão de obra qualificada e de equipamentos, além de matérias-primas e materiais de construção (FERREIRA, 2014).

Em que pese o esforço dos incorporadores em justificar a prática, diversas vozes na doutrina sustentam a invalidade da cláusula de tolerância.

3. O Posicionamento Doutrinário a Respeito da Abusividade da Cláusula de Tolerância

Nos contratos de incorporação, verifica-se, em regra, grande desequilíbrio entre o incorporador e os adquirentes das unidades imobiliárias autônomas.

Embora não se rejeite a existência de situações excepcionais, a experiência demonstra que o incorporador ordinariamente ocupa posição de superioridade na relação contratual, em razão de diversos fatores, que podem ou não coexistir, como poderio econômico, monopólio ou predominância em determinado segmento do mercado imobiliário, conhecimentos técnicos e científicos etc.

A desigualdade entre as partes pode ser verificada antes mesmo da celebração do negócio, afinal, tratando-se de um contrato de adesão, as cláusulas são apresentadas em bloco ao interessado na aquisição do imóvel, sem que este possa discutí-las ou modificá-las, restringindo-se a sua liberdade à opção entre contratar ou não contratar.

Ainda que fosse possível discutir e modificar as cláusulas, é cediço que muitos adquirentes não dispõem de conhecimentos jurídicos suficientes para a perfeita compreensão acerca do sentido e das consequências de cada dispositivo contratual, faltando-lhes, ainda, conhecimentos sobre matemática financeira, contabilidade e engenharia, dentre outros relacionados a empreendimentos imobiliários de elevada complexidade.

É forçoso reconhecer, portanto, a vulnerabilidade dos adquirentes nos contratos de incorporação.

Sensível a essas circunstâncias, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça, há mais de duas décadas, pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos negócios jurídicos imobiliários realizados sob o regime de incorporação.

E de outra forma não poderia ser, afinal, ao promover a construção e a comercialização de bens imóveis, o incorporador enquadra-se no conceito legal de fornecedor, ao passo que, sendo destinatários finais das novas unidades, os adquirentes ocupam a posição de consumidores (arts. 2º e 3º, do CDC).

Destaca-se, sobre o tema, o julgamento do REsp. 80.036/SP pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 12 de fevereiro de 1996, ocasião na qual o Relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, esclareceu que, embora o contrato de incorporação seja regido pela Lei nº 4.591/1964, também sofre a incidência do Código de Defesa do Consumidor, diploma legal que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva.

Com o advento dessa orientação, o comprador, ou promitente comprador de imóvel, especialmente pelo sistema de incorporação, passou a ter os seus direitos básicos de consumidor protegidos (AVVAD, 2014, p. 561), o que inquestionavelmente contribuiu para a defesa de seus direitos em juízo.

Mais do que isso, a incidência do Código de Defesa do Consumidor possibilitou aos adquirentes das unidades imobiliárias, após a celebração do negócio jurídico, pleitear em juízo a invalidação das chamadas cláusulas abusivas, relativizando o princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), com o objetivo de coibir abusos e assegurar o equilíbrio contratual.

O Código de Defesa do Consumidor não conceitua cláusula abusiva, limitando-se a afirmar que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que apresentem determinadas características, previstas em rol exemplificativo (art. 51, caput). Com base nessas hipóteses legais, conclui-se que as cláusulas abusivas são consideradas ilícitas pela presença de um abuso de direito contratual (TARTUCE; NEVES, 2016, p. 334).

Sobre o tema, Cláudia Lima Marques (2016, p. 162) afirma que a abusividade da cláusula contratual é o desequilíbrio de direitos e obrigações entre as partes, a unilateralidade excessiva, a previsão que frustra a realização do objetivo contratual e os interesses básicos das partes, a autorização de atuação futura contrária à boa-fé, arbitrária ou lesionária, a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante.

No contexto dos contratos de incorporação imobiliária, os adquirentes passaram a pleitear em juízo a invalidação da cláusula de tolerância, que, como visto, possibilita a prorrogação do prazo de entrega de unidades adquiridas “na planta”, normalmente por um período de 180 dias, sem qualquer sanção para o incorporador.

Ao discorrer sobre o tema, Luiz Antonio Scavone Junior (2015, p. 400-401) invoca o princípio da boa-fé objetiva, e, principalmente, o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, para sustentar que a cláusula de tolerância coloca o consumidor em desvantagem exagerada, tratando-se, portanto, de cláusula nula.

Para o autor, fenômenos capazes de comprometer o andamento da obra, como chuvas, greves e escassez de insumos não podem ser considerados imprevisíveis, porque fazem parte do risco do negócio, devendo ser levados em consideração no prazo estipulado para a entrega das unidades. Ademais, pondera que o adquirente também está sujeito a uma série de eventos como a perda do emprego, doença, morte de parentes, roubo etc. e não terá qualquer carência no cumprimento da obrigação de pagar o que deve, sob pena de sofrer as implacáveis consequências impostas pela construtora credora, a exemplo de multas, juros, correção monetária, ações de resolução, alienação extrajudicial do imóvel etc.

Dessa maneira, conclui que, em razão do princípio da igualdade e do art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor, que consagra o princípio da reparação integral dos danos causados ao consumidor, não deve ser admitida a validade de qualquer carência (leia-se, tolerância) imposta nos contratos, podendo o adquirente suspender o pagamento das parcelas eventualmente devidas no período de atraso, em razão da exceção do contrato não cumprido, além de pleitear indenização por danos morais e materiais.

No mesmo sentido, manifesta-se Marcelo Veiga Franco (2012), segundo o qual os contratos firmados entre os consumidores e as construtoras, via de regra, preveem de forma expressa e destacada uma data certa para a entrega da unidade imobiliária, de sorte que a previsão da cláusula de tolerância - frequentemente inserida de forma a dificultar a sua visualização - viola a transparência e a boa-fé negocial, direitos básicos do consumidor definidos no art. 6º, III e IV, do Código de Defesa do Consumidor, como também frustra a expectativa de pleno exercício do direito constitucional à moradia, previsto no art. 6º, da Constituição Federal.

Em interessante estudo sobre o tema, Leandro Marmo Carneiro Costa (2016) acrescenta novos argumentos à discussão, ao sustentar a nulidade da cláusula de tolerância por violação ao direito do consumidor a informação clara e adequada (art. 6º, III, do CDC), em diversos momentos da formação do contrato.

Como alerta o autor, os anúncios publicitários promovidos pelos incorporadores informam a data prevista para a conclusão e entrega da obra, mas não fazem qualquer ressalva sobre a existência de um prazo de tolerância, omitindo, assim, informação essencial sobre o produto (art. 37, § 3º, do CDC), com o intuito de induzir em erro o consumidor, em clara violação ao art. 31, do Código de Defesa do Consumidor, fato que caracteriza publicidade enganosa, por força do art. 37, §§ 1º e 3º, do diploma legal.

Logo, considerando que a omissão se faz presente, ainda, no momento da apresentação do imóvel ao consumidor interessado por representantes do incorporador (geralmente um corretor de imóveis), o autor entende que a cláusula de tolerância é nula, ou simplesmente

ineficaz, nos termos do art. 30 c/c arts. 18, 20, 22, 31, 33, 35, 46, 47, 48 e 51, XV, todos do Código de Defesa do Consumidor.

Dando prosseguimento à análise, o autor defende a possibilidade de identificar a nulidade/ineficácia da cláusula contratual diante da forma como é redigida e inserida no contrato de adesão. Nesse sentido, chama a atenção para a ausência de destaque da cláusula de tolerância, que normalmente não é negritada ou sublinhada e nem possui fonte ou tamanho maior da letra, em ofensa ao § 4º do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, ressalta que o prazo previsto para a entrega do imóvel e a cláusula de tolerância são redigidos em pontos distintos do contrato, com o indiscutível intuito de induzir em erro o consumidor, fato que configura profunda má-fé, dificultando e impedindo o acesso à informação clara e adequada, o que atrai a incidência do art. 46, do Código de Defesa do Consumidor, de acordo com o qual os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance, e enseja a declaração de nulidade da cláusula, por força do já mencionado art. 51, XV, do Código de Defesa do Consumidor.

A jurisprudência majoritária dos tribunais, todavia, não corrobora as diversas críticas doutrinárias.

4. A Validade da Cláusula de Tolerância na Jurisprudência dos Tribunais

Como visto, os esforços dos incorporadores para justificar a cláusula de tolerância não foram capazes de afastar as intensas críticas dos consumidores, sobretudo em razão dos frequentes atrasos na entrega das unidades adquiridas “na planta”, muitas vezes superiores ao prazo de tolerância.

A validade da cláusula, portanto, tornou-se uma das mais comuns questões submetidas à apreciação judicial, em ações individuais ajuizadas por adquirentes insatisfeitos e até mesmo em demandas coletivas.

Destaca-se, nesse contexto, a atuação do Ministério Público do Estado de São Paulo, cujo Conselho Superior aprovou a Súmula nº 59, de 6 de dezembro de 2016, segundo a qual não se homologa o termo de ajustamento de conduta que possibilite a inserção de cláusula de tolerância em contratos de adesão para aquisição de bens imóveis.

Contudo, diante da falta de normatização e das dimensões continentais do país, formou-se intensa divergência jurisprudencial a respeito do tema, ensejadora de grave insegurança jurídica, prejudicial a consumidores e incorporadores.

Ao longo dos anos, o Superior Tribunal de Justiça, órgão do Poder Judiciário responsável pela uniformização da interpretação da lei federal, foi provocado em diversas ocasiões a decidir sobre a abusividade da cláusula de tolerância, mas se absteve de fazê-lo, sob o argumento de que a tarefa exigiria o revolvimento do arcabouço fático probatório, inviável na instância especial, em razão das Súmulas 5 e 7, que obstam a interposição de recurso especial para a simples interpretação de cláusula contratual ou o simples reexame de prova.

No julgamento do REsp 1454139/RJ, em 3 de junho de 2014, a Ministra Nancy Andrighi, na condição de Relatora, fez breve menção em seu voto à necessidade de observância do prazo de tolerância previsto no contrato. No entanto, a questão controvertida dizia respeito à substituição do INCC pelo IPCA como índice de correção monetária aplicável após o transcurso da data limite estipulada no contrato para a entrega da obra, pelo que não parece acertado concluir que se trata de um precedente favorável à validade da cláusula.

O quadro modificou-se apenas em 12 de novembro de 2017, no julgamento do REsp nº 1.582.318/RJ, sob a relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, quando Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão, firmando posicionamento sobre o tema, o que será detalhadamente examinado adiante.

Nesse ínterim, diante do silêncio do Superior Tribunal de Justiça, a missão de pacificar a controvérsia coube aos tribunais de justiça.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, travou-se uma das mais pro-ficuas discussões a respeito do tema, sendo possível verificar, até o ano de 2015, a existência de forte corrente jurisprudencial favorável aos argumentos dos adquirentes.

A título exemplificativo, no julgamento da apelação nº 0052768-98.2012.8.26.0577, em 15 de setembro de 2015, a 10ª Câmara de Direito Privado decidiu que a imprevisibilidade de ocorrências capazes de comprometer o andamento das obras faz parte do risco do empreendimento e já deveria ser considerada quando da fixação do prazo para a entrega da obra, razão pela qual tais intercorrências não poderiam ser utilizadas como justificativa para o descumprimento do prazo anunciado.

De acordo com o voto do Relator, Desembargador Carlos Alberto Garbi, o consumidor também está sujeito a uma série de imprevistos que podem comprometer a pontualidade do pagamento, mas nem por isso o contrato de adesão firmado entre as partes deixa margem para que possa atrasar a prestação do imóvel. Assim, o promitente vendedor passa a ocupar uma posição privilegiada na relação contratual, colocando o comprador em desvantagem exagerada, de modo que, à luz do princípio da boa-fé e de acordo com o previsto no art. 51, do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula de tolerância não deve ser levada em consideração para indicar o termo inicial da mora.

Esse entendimento, todavia, não prevaleceu no Tribunal Bandeirante. Em fevereiro de 2016, a Corte aprovou a Súmula nº 164, segundo a qual é válido o prazo de tolerância não superior a 180 dias, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível.

Para ilustrar a orientação jurisprudencial vitoriosa, destaca-se o julgamento da apelação nº 1005856-31.2014.8.26.0100, pela 1ª Câmara de Direito Privado, em 6 de abril de 2017. Segundo o Relator, Desembargador Francisco Loureiro, não há falar em abusividade da cláusula de tolerância que não exceda tempo razoável e proporcional à complexidade da prestação, desde que clara e expressa, afinal, cuida-se de prática antiga, que de tão usada e aceita no meio social já teria a força de usos e costumes, de tal modo que não colhe de surpresa o consumidor e nem viola a sua boa-fé objetiva.

Outrossim, ponderou que a construção de imóveis depende de diversos fatores, e, por vezes, encontra obstáculos no seu regular desenvolvimento, que efetivamente influem no tempo necessário à conclusão das obras do empreendimento, justificando a prorrogação do prazo de entrega, tais como a dificuldade na aquisição de materiais, na contratação de mão de obra ou na obtenção de autorizações pelo Poder Público, como também empecilhos decorrentes de alterações climáticas.

Convém, ainda, destacar o julgamento da apelação nº 1011628-07.2016.8.26.0002, pela 7ª Câmara de Direito Privado, em 5 de abril de 2017, ocasião em que o Relator, Desembargador Luiz Antônio Costa, posicionou-se pela validade da cláusula de tolerância expressa e clara, resultante da vontade livre de qualquer vício.

Para o magistrado, o comprador não é, em regra, hipossuficiente técnico nesse assunto, pois conhece os percalços enfrentados quando da execução de empreendimento a longo prazo e aceita a entrega na forma prevista, o que não lhe causa prejuízos, porque fará suas previsões levando em conta tal prorrogação, a não ser que esteja de má-fé. Ademais, ponde-

rou que a introdução da cláusula de tolerância seria mais sincera em relação ao consumidor, pois a sua eliminação levaria as construtoras a, simplesmente, postergar em meio ano o prazo “oficial” de entrega.

O mesmo caminho foi trilhado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, no dia 31 de outubro de 2016, aprovou o enunciado nº 350, segundo o qual, “nos contratos de promessa de compra e venda decorrentes de incorporação imobiliária, é válida a cláusula de tolerância de prorrogação de 180 dias para a entrega do imóvel, pactuada expressamente pelas partes”.

Em verdade, antes mesmo dos Tribunais de Justiça de São Paulo e Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça de Sergipe já havia firmado posicionamento pela validade da cláusula, haja vista a aprovação, em 16 de setembro de 2015, da Súmula nº 12, cuja parte inicial prevê que “é devido o dano moral quando houver atraso na entrega de imóvel superior ao prazo de tolerância previsto no contrato”.

No panorama nacional, verifica-se a predominância dessa orientação também nos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul, Paraná, Minas Gerais, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Goiás, Bahia, Pernambuco, Ceará, Pará e Amazonas, bem como no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios¹.

Finalmente, após longo período de silêncio, em sessão realizada no dia 12 de novembro de 2017, a Terceira Turma do Superior de Justiça enfrentou a questão, ao julgar o REsp nº 1.582.318/RJ, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, ocasião em que se posicionou pela validade da cláusula de tolerância, filiando-se, portanto, à orientação majoritária dos tribunais de justiça.

Em seu voto, o Relator reafirmou a necessidade de respeito ao cronograma de execução da obra e corroborou a incidência das disposições do Código de Defesa do Consumidor nos negócios imobiliários. Entretanto, concluiu que não há como ser reputada abusiva a cláusula de tolerância, comumente inserida nos contratos de incorporação, diante da complexi-

1 A afirmação decorre da análise de julgamentos colegiados nos tribunais de justiça, destacando-se: TJRS, Apelação nº 70072717374, Décima Sétima Câmara Cível, Rel.: Giovanni Conti, J. 30/03/2017; TJRS, Apelação nº 70072972219, Vigésima Câmara Cível, Rel.: Dilso Domingos Pereira, J. 29/03/2017; TJRS, Apelação nº 70072600877, Décima Oitava Câmara Cível, Rel.: João Moreno Pomar, J. 23/03/2017; TJPR, Apelação nº 1602771-5, Rel.: Fabiana Silveira Karam, 7ª C. Cível, J. 14.03.2017; TJPR, Apelação nº 1620869-8, Rel.: Tito Campos de Paula, 17ª C. Cível, J. 08.03.2017; TJPR, Apelação nº 1604826-3, Rel.: Mario Luiz Ramidoff, 12ª C. Cível, J. 22.03.2017; TJMG, Apelação nº 1.0024.13.119743-6/001, Rel.: Des. Saldanha da Fonseca, 12ª Câmara Cível, J. 29/03/2017, P. 05/04/2017; TJMG, Apelação nº 1.0024.13.097128-6/001, Rel.: Des. Roberto Vasconcellos, 17ª Câmara Cível, J. 23/03/2017, P. 04/04/2017; TJMG, Apelação nº 1.0024.12.267328-8/001, Rel.: Des. Arnaldo Maciel, 18ª Câmara Cível, J. 21/06/2016, P. 23/06/2016; TJES, Apelação 48120224034, Rel.: Manoel Alves Rabelo, Quarta Câmara Cível, J. 13/03/2017, P. 21/03/2017; TJES, Apelação 48120074314, Rel.: Fabio Clem de Oliveira, Primeira Câmara Cível, J. 26/07/2016, P. 01/08/2016; TJMS, AP 102915/2016, Rel.: Rubens de Oliveira Santos Filho, Sexta Câmara Cível, J. 10/08/2016, P. 16/08/2016; TJMS, AP 83628/2016, Rel.: Serly Marcondes Alves, Sexta Câmara Cível, J. 13/07/2016, P. 15/07/2016; TJMS, AP 19215/2016, Rel.: Maria Helena Gargaglione Póvoas, Segunda Câmara Cível, J. 08/06/2016, P. 21/06/2016; TJGO, AP 446801-56.2014.8.09.0206, Rel.: Sergio Mendonça de Araújo, 5ª Câmara Cível, J. 30/03/2017, P. 07/04/2017; TJGO, AP 29980-09.2012.8.09.0175, Rel.: Norival Santome, 6ª Câmara Cível, J. 14/03/2017, P. 22/03/2017; TJBA, Apelação 0305237-70.2013.8.05.0001, Rel.: Maria da Graça Osório Pimentel Leal, Primeira Câmara Cível, P. 04/04/2017; TJBA, Apelação 0303982-77.2013.8.05.0001, Rel.: Sílvia Carneiro Santos Zarif, Primeira Câmara Cível, P. 16/03/2016; TJPE, Apelação 0455594-0, Rel.: Eduardo Augusto Paura Peres, 6ª Câmara Cível, J. 14/03/2017, P. 07/04/2017; TJPE, Agravo de Instrumento nº 452123-9, Rel.: José Fernandes de Lemos, 5ª Câmara Cível J. 08/02/2017, P. 13/03/2017; TJCE, AI nº 062456697.2015.8.06.0000, Rel. Lira Ramos de Oliveira, 6ª Câmara Cível, J. 16/09/2015; TJPA, Apelação nº 2017.01081387-15, Rel. Gleide Pereira de Moura, 1ª Turma de Direito Privado, J. 13/03/2017, P. 21/03/2017; TJAM, Apelação nº 0620300-55.2014.8.04.0001, Rel.: Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura, Segunda Câmara Cível, J. 27/03/2016; TJDF, Apelação nº 20160110093218, Rel. Diaulas Costa Ribeiro, 8ª Turma Cível, J. 09/03/2017, P. 28/03/2017; TJDF, Apelação nº 20150310035424APC, Rel.: Romeu Gonzaga Neiva, 4ª Turma Cível, J. 16/02/2017, P. 02/03/2017.

dade do negócio e da existência de diversos fatores de imprevisibilidade que podem afetar negativamente a construção, onerando excessivamente os seus atores, tais como intempéries, chuvas, escassez de insumos, greves, falta de mão de obra, crise no setor, entre outros contratempos. Ainda nesse sentido, ressaltou a existência de amparo legal à cláusula de tolerância, considerando o disposto no art. 48, § 2º, da Lei nº 4.591/1964, e asseverou que a prática não constitui abuso de direito, previsto no art. 187, do Código Civil.

Prosseguindo na análise do tema, ponderou que a cláusula de tolerância não coloca o consumidor em desvantagem exagerada e nem compromete o princípio da equivalência das prestações, por se tratar de prática consolidada há décadas no mercado, destinada a amenizar o risco da atividade, o que concorre para a diminuição do preço final do imóvel, beneficiando o próprio consumidor.

Por outro lado, o Ministro alertou para a necessidade de limitação do prazo de tolerância a, no máximo, 180 dias, por analogia aos arts. 33 e 34, § 2º, da Lei nº 4.591/1964, e 12, da Lei nº 4.864/1965, bem como ao art. 18, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, sob pena de responsabilização do incorporador pelos dias excedentes de atraso. Ademais, ao final do voto, fez interessante ressalva no sentido de que o incorporador deve respeitar o dever de informação e os demais princípios da legislação consumerista, o que impõe a obrigação de identificar claramente o consumidor, inclusive em ofertas, informes e peças publicitárias, sobre a possibilidade de prorrogação do prazo para a entrega da unidade imobiliária, e, ainda, a obrigação de notificá-lo acerca do uso da cláusula, juntamente com a sua justificativa.

O julgamento constitui importante precedente, sobretudo porque o Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformização da interpretação da lei federal, ainda não havia proferido decisão colegiada sobre a questão, o que contribuía como quadro de insegurança jurídica a respeito do tema.

Agora, com o alinhamento da Corte à orientação dos tribunais de justiça, é possível afirmar, com tranquilidade, que a jurisprudência dominante considera válida a utilização da cláusula de tolerância nos contratos de incorporação, embora admita que, em alguns casos, possa haver abusividade, como na hipótese de estipulação de prazo superior a 180 dias.

5. Proposta de Critérios de Identificação da Abusividade da Cláusula de Tolerância

Como preleciona Cláudia Lima Marques (2016, p. 162-163), a identificação da abusividade de uma cláusula é tarefa do intérprete, do aplicador do direito, e depende do exame da relação jurídica e do contrato que vincula o consumidor e o fornecedor. Assim, mesmo nos contratos “massificados”, somente a análise atenta das circunstâncias de caso concreto poderá revelar se houve, de fato, abuso por parte do fornecedor.

Ainda de acordo com a autora, a atividade do intérprete deve se concentrar na visão dinâmica e total dos contratos. Nesse contexto, invocando Diretiva da Comunidade Europeia, afirma que a abusividade deve ser observada “não na leitura isolada da cláusula, mas na leitura do todo do contrato, na função da cláusula no contrato como está redigido, na repercussão da cláusula naquela espécie de contrato”, afinal, cada contrato tem objetivos, finalidades e características diferentes.

A experiência demonstra que, em muitos casos, a aplicação da cláusula de tolerância é realmente abusiva, tendo em vista a adoção de certos comportamentos pelos incorporadores, já examinados, que resultam em flagrantes casos de violação aos direitos básicos previstos no

Código de Defesa do Consumidor.

Não é possível, contudo, estabelecer uma vedação abstrata à cláusula de tolerância, pautada na presunção de que todos os contratos de incorporação são redigidos da mesma forma e, pior, na presunção de que todos os incorporadores adotam as mesmas práticas atentatórias à boa-fé.

Embora a cláusula de tolerância não possua disciplina legal, não se pode ignorar a força normativa dos costumes adotados no mercado imobiliário e o fato de que a própria Lei nº 4.591/1964, em seu art. 48, § 2º, dispõe que “do contrato deverá constar o prazo da entrega das obras e as condições e formas de sua eventual prorrogação”.

Aliás, uma vedação absoluta à inserção da cláusula de tolerância nos contratos de incorporação teria o potencial de gerar efeitos danosos aos próprios consumidores, pois, com o objetivo de evitar as consequências da mora, os incorporadores passariam simplesmente a prever prazos maiores para a entrega da unidade em seus contratos, embutindo os custos no preço do imóvel (FERREIRA, 2014).

Por outro lado, também não é possível afirmar, *a priori*, que a cláusula de tolerância será sempre válida, afinal, a decisão sobre a abusividade de uma cláusula contratual é tarefa do aplicador do direito e não prescinde da análise das circunstâncias do caso concreto.

Como é cediço, ao tratar sobre os direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal previu expressamente que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), ao passo que o Código de Defesa do Consumidor assegura o direito básico à proteção contra práticas e cláusulas abusivas (art. 6º, IV), cabendo ao intérprete a missão de dar efetividade a tais previsões normativas.

Não parecem acertadas, portanto, as decisões judiciais que refutam os pleitos de invalidação da cláusula de tolerância sem a mínima análise do contrato e das circunstâncias do negócio, com base em afirmações genéricas a respeito dos costumes consagrados no mercado imobiliário ou mediante simples referências a julgados anteriores.

Nesse contexto, diante da necessidade de exame das circunstâncias do caso concreto pelo aplicador do direito, evidencia-se a utilidade de critérios capazes de auxiliá-lo na tarefa de identificar a eventual abusividade da cláusula de tolerância.

Além de facilitar a constatação de eventuais abusos de direito perpetrados pelo incorporador, a existência de critérios objetivos contribui para a conscientização do consumidor acerca de seus direitos, e, ao mesmo tempo, para orientar a adoção de boas práticas pelos incorporadores, contribuindo para a tão necessária segurança jurídica no mercado imobiliário, sendo oportuno lembrar que a redução dos riscos do negócio tem o potencial de influir sobre o custo da obra e o preço cobrado aos adquirentes.

Com base em tais considerações, propõe-se, sem a pretensão de esgotar o tema, alguns critérios de identificação, formulados com base nas críticas doutrinárias e na jurisprudência dos tribunais, examinadas nos tópicos anteriores.

O primeiro critério, por ordem de precedência lógica, diz respeito à oferta da unidade imobiliária.

Na esteira do art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, que assegura ao consumidor o direito básico à informação, o art. 31, do mesmo diploma legal, consagra os princípios da informação e da transparência, ao dispor que a oferta de produtos e serviços deve assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre todos os seus dados e características, como qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros, bem como sobre os riscos à saúde e segurança.

Diante das previsões legais, conclui-se que, ao ofertar as unidades imobiliárias, sempre

que o incorporador fizer referência ao prazo de entrega do empreendimento, deverá alertar de forma correta, clara, precisa, ostensiva e em língua portuguesa sobre a possibilidade de prorrogação da data prevista para a entrega da unidade.

A exigência deverá ser observada em todas as formas de publicidade, veiculadas por qualquer meio de comunicação, como anúncios em rádio, televisão, internet, outdoor e folhetos, e também deverá ser respeitado pelos prepostos no “stand” de venda.

Ao adquirir um bem imóvel “na planta”, seja ele residencial ou não, o consumidor faz planos referentes a sua vida profissional ou familiar, os quais podem ser frustrados com a descoberta, após a celebração do contrato, de que o prazo de entrega do bem não era, de fato, aquele anunciado pelo incorporador. Assim, a informação adequada sobre a possibilidade de prorrogação do prazo de entrega é essencial, na medida em que pode levar o consumidor a não celebrar o negócio.

A omissão do dever de informar sobre a possibilidade de prorrogação é capaz de induzir em erro o consumidor, em flagrante violação ao princípio da boa-fé objetiva, podendo caracterizar publicidade enganosa (art. 37, §§ 1º e 3º, do CDC) e até mesmo crime (art. 66, do CDC).

Por consequência, considerando o direito básico do consumidor à proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (art. 6º, IV, do CDC), a cláusula de tolerância será nula, ou simplesmente ineficaz, nos termos do 51, XV, do Código de Defesa do Consumidor (COSTA, 2016), por estar em desacordo com o sistema de proteção.

Em seguida, passa-se à análise de critérios referentes ao próprio instrumento contratual.

Nessa senda, o primeiro e mais importante ponto a ser observado é a existência de cláusula escrita, que disponha sobre a prorrogação de forma expressa, clara e inteligível, em respeito ao direito básico à informação adequada (art. 6º, III, do CDC), como, aliás, já exigem os tribunais de justiça, e, mais recentemente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Tratando-se de cláusula limitadora de direito do consumidor, inserida em contrato de adesão, exige-se, além do emprego de termos claros, que a cláusula seja redigida com caracteres ostensivos e legíveis, com fonte não inferior a doze, e, ainda, que haja algum elemento de destaque ou realce, permitindo a sua imediata e fácil compreensão pelo consumidor, em atenção aos §§ 3º e 4º do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor. Para o atendimento a essa exigência, o ideal é que os termos da cláusula de tolerância sejam sublinhados ou negritados.

Mas não é só. Levando em consideração que os contratos referentes a relações de consumo não obrigarão os consumidores se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido ou alcance (art. 46, do CDC), a cláusula de tolerância deverá constar logo após a cláusula que disponha sobre o prazo de entrega da obra, evitando-se, assim, a prática de dispor sobre a data de entrega da unidade nas primeiras páginas do contrato, prevendo-se o prazo de tolerância somente muitas páginas depois, entre dezenas de outras cláusulas de menor importância para o consumidor.

Verificando, o aplicador do direito, a inobservância a essas exigências, restará caracterizada a abusividade da cláusula de tolerância, por incompatibilidade com a boa-fé, a equidade e o próprio sistema de proteção ao consumidor (art. 51, IV e XV, do CDC).

Mas, afinal, qual deverá ser a extensão do prazo de tolerância?

Como visto, a cláusula de tolerância é um costume consagrado no mercado imobiliário, sendo considerada “praxe” nos contratos de incorporação. Esse, aliás, é um dos principais fundamentos utilizados pelos tribunais para julgá-la válida.

Logo, por questão de coerência, em respeito aos próprios usos e costumes que justifi-

cam a sua existência, a cláusula que autorize o incorporador a prorrogar o prazo de entrega da unidade imobiliária adquirida “na planta” por mais de 180 dias poderá ser considerada abusiva, a depender das circunstâncias do caso concreto, se impossibilitar ou atenuar, de forma injustificada, a responsabilidade do fornecedor pelo atraso na entrega do bem, implicando renúncia ou disposição do direito a indenização devida no período de mora (art. 51, I, do CDC), ou, ainda, se colocar o consumidor em desvantagem exagerada, importando em restrição a direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de modo a ameaçar o equilíbrio contratual, em ofensa aos princípios do sistema consumerista (art. 51, IV, e § 1º, I e II, do CDC).

Pelos mesmos fundamentos, a cláusula que autorize nova prorrogação do prazo de entrega, mesmo após o encerramento do prazo previsto na cláusula de tolerância, poderá, conforme as particularidades do caso, ser considerada abusiva, na forma do art. 39, XII, do Código de Defesa do Consumidor, de acordo com o qual é vedado ao fornecedor deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação.

Vale ressaltar que a necessidade de limitação do prazo de tolerância a, no máximo, 180 dias, foi reconhecida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por analogia aos arts. 33 e 34, § 2º, da Lei nº 4.591/1964, ao art. 12, da Lei nº 4.864/1965, e ao art. 18, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, no recente julgamento do REsp nº 1.582.318/RJ, analisado acima.

Após o exame de critérios referentes à oferta e ao instrumento contratual, passa-se à fase de execução do contrato.

Sobre esse aspecto, parece inquestionável que o incorporador tem o dever não só de comunicar aos adquirentes, previamente e por escrito, sobre a necessidade de aplicação da cláusula de tolerância, como também de justificá-la, informando sobre as causas que inviabilizarão a entrega do imóvel na data acordada, em respeito ao direito básico do consumidor à informação adequada e clara (art. 6º, III, do CDC) e ao princípio da boa-fé objetiva.

Essa obrigação pode ser extraída, inclusive, do art. 43, I, da Lei nº 4.591/1964, segundo o qual, quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, será-lhe imposta a obrigação de informar aos adquirentes, por escrito, no mínimo de seis em seis meses, o estado da obra.

Alertado com antecedência pelo incorporador, o consumidor poderá planejar-se de acordo com a nova realidade, minimizando o impacto da prorrogação em sua vida pessoal e profissional. Além disso, a medida também é benéfica ao incorporador, afinal, o adquirente não poderá alegar que a medida lhe causou surpresa, especialmente se houver sido devidamente informado sobre a existência da cláusula de tolerância nos momentos da oferta e da contratação.

Conforme as circunstâncias do caso concreto, o descumprimento dos deveres saldos poderá justificar o reconhecimento da nulidade de pleno direito da cláusula de tolerância, por força art. 51, I, IV e XV, e § 1º, I e II, do Código de Defesa do Consumidor.

Chega-se, enfim, ao questionamento mais polêmico do tema: as causas ordinariamente invocadas pelos incorporadores (excesso de chuvas, demora na expedição do habite-se, escassez de mão de obra etc.) são aptas a justificar a aplicação da cláusula de tolerância?

Como visto, a doutrina dirige fortes críticas ao prazo de tolerância, sob o argumento precipuo de que as justificativas invocadas não podem ser consideradas imprevisíveis, porque fazem parte do risco do negócio, devendo ser levados em consideração no prazo estipulado para a entrega das unidades.

De fato, os eventos mencionados não são estranhos aos empresários dedicados à exploração dessa atividade econômica. Aliás, é justamente a frequência desses acontecimentos que

fundamenta a adoção da cláusula de tolerância em seus contratos.

No entanto, é necessário ponderar que, se a aplicabilidade da cláusula estivesse condicionada à prova de fato imprevisível e inevitável, sua existência seria totalmente inócua, afinal, diante da ocorrência de eventos com essas características (imprevisibilidade e inevitabilidade), o incorporador poderia alegar a ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito externo, com o escopo de eximir-se das consequências da mora, mesmo após o decurso do prazo de 180 dias, sem a necessidade de recorrer à aplicação de qualquer cláusula contratual, na medida em que as excludentes de responsabilidade civil decorrem diretamente da lei (art. 393, do CC/02), e não da vontade das partes.

Em verdade, o prazo de tolerância consiste em uma precaução diante de acontecimentos que, embora frequentes e contornáveis, prejudicam o cronograma estipulado pelo incorporador, em razão da complexidade e do porte do empreendimento.

A título ilustrativo, imagine-se o exemplo de um incorporador diligente e precavido, que, mediante o emprego de todos os seus esforços, logra êxito em evitar que fortes chuvas de granizo ou violentas manifestações de caráter político afetem o prazo de conclusão da obra, mas, ainda assim, não consegue entregar as unidades imobiliárias aos seus respectivos adquirentes no prazo estipulado, diante da demora injustificada das autoridades municipais em expedir o habite-se.

Nesse cenário, revela-se conveniente a existência de uma margem de tolerância, de modo a permitir que o incorporador concentre seus recursos e esforços em contornar os obstáculos e entregar as unidades imobiliárias o mais cedo possível, sem incorrer em mora.

O atraso na entrega do imóvel não prejudica apenas o consumidor, mas também o incorporador, sendo um equívoco afirmar que este não tem interesse na superação dos obstáculos para a pronta entrega das unidades imobiliárias.

Cerca de 70% do valor de venda das unidades só é recebido pelos incorporadores após o repasse do financiamento, o que, em regra, só acontece após a expedição do habite-se. Ademais, os recursos humanos, materiais e financeiros permanecem mobilizados para a conclusão do empreendimento por um período de tempo superior ao previsto, causando aumento de custos, inclusive com o pagamento de juros bancários decorrentes do financiamento para a construção. A tudo isso, somam-se a perda da credibilidade perante os clientes e as despesas com demandas judiciais (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS, 2015).

Diante de tais considerações, conclui-se que as causas ordinariamente invocadas pelos incorporadores (excesso de chuvas, demora na expedição do habite-se, escassez de mão de obra e materiais de construção, greves etc.) são aptas a justificar a aplicação da cláusula de tolerância expressamente prevista no contrato, sendo desnecessário que tais eventos possam ser considerados imprevisíveis ou inevitáveis.

6. Conclusão

A cláusula de tolerância decorre dos costumes adotados no mercado imobiliário, mais especificamente nos contratos de incorporação, destinando-se à prorrogação do prazo de entrega de unidades adquiridas “na planta”, normalmente por um período de até 180 dias, com o objetivo de evitar a caracterização da mora do incorporador, diante de fatores capazes de comprometer o cronograma definido no lançamento, como eventos climáticos, demora na expedição do habite-se, greves, necessidade de readaptação do projeto, escassez de mão de

obra qualificada, equipamentos e materiais de construção etc.

Embora não haja disciplina legal, é possível vislumbrar a existência de um fundamento normativo de validade no art. 48, § 2º, da Lei nº 4.591/1964, segundo o qual “do contrato deverá constar a prazo da entrega das obras e as condições e formas de sua eventual prorrogação”.

Em um contexto de frequentes atrasos na entrega de empreendimentos construídos sob o regime de incorporação e multiplicação de demandas judiciais voltadas à responsabilização de incorporadores em mora, os adquirentes insatisfeitos e até mesmo o Ministério Público passaram a questionar a validade da cláusula de tolerância, com base nas disposições do Código de Defesa do Consumidor, cuja incidência nos negócios jurídicos imobiliários já foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, a maior parte da doutrina sustenta a abusividade, e, consequentemente, a nulidade de pleno direito da cláusula de tolerância (art. 51, caput, do CDC), sob o argumento precípuo de que os fatos invocados pelos incorporadores como justificativa para a prorrogação do prazo de entrega não podem ser considerados imprevisíveis, porque fazem parte do risco do negócio, devendo ser levados em consideração no prazo estipulado para a entrega das unidades.

Além disso, afirma a doutrina que a cláusula de tolerância é frequentemente inserida nos contratos sem o necessário destaque (art. 54, § 4º, do CDC), de modo a dificultar o seu conhecimento pelo adquirente, dentre outras práticas que violam o direito básico do consumidor à informação adequada e clara sobre o produto (art. 6º, III, do CDC).

A missão de pacificar a controvérsia coube aos tribunais de justiça, no âmbito dos quais foram travadas intensas discussões sobre o tema. Atualmente, embora ainda haja julgados que se filiam à tese da abusividade da cláusula de tolerância, é possível identificar nítida prevalência da orientação contrária, que reconhece a validade de seu emprego nos contratos de incorporação, sobretudo em razão da força normativa dos costumes adotados no mercado e da complexidade dos empreendimentos, sujeitos a diversos contratemplos capazes de comprometer o cronograma previsto no lançamento. Destaque-se, nesse sentido, o entendimento sumulado dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Sergipe.

O Superior Tribunal de Justiça, órgão do Poder Judiciário encarregado de uniformizar a interpretação sobre a lei federal, foi provocado em diversas ocasiões a decidir sobre a suposta abusividade da cláusula de tolerância, mas se absteve de fazê-lo, sob o fundamento de que a tarefa exigiria o revolvimento do arcabouço fático probatório, inviável na instância especial por força das Súmulas 5 e 7, da própria Corte. O quadro modificou-se apenas no dia 12 de novembro de 2017, quando, ao julgar o REsp nº 1.582.318/RJ, a Terceira Turma do Tribunal Superior posicionou-se pela validade da cláusula de tolerância, filiando-se, portanto, à jurisprudência dominante dos tribunais de justiça.

Em que pese a tendência doutrinária e jurisprudencial em formular soluções apriorísticas para a questão da validade da cláusula de tolerância, a identificação da abusividade de uma cláusula é tarefa do intérprete, do aplicador do direito, e não prescindido exame das circunstâncias do caso concreto, isto é, do contrato e da relação jurídica existente entre as partes.

Significa dizer que somente a análise atenta das circunstâncias de caso concreto poderá revelar se houve, de fato, abuso por parte do fornecedor, não sendo possível estabelecer uma vedação abstrata à cláusula de tolerância, ou, pelo contrário, uma presunção geral de validade, até porque nem todas as cláusulas são redigidas da mesma forma e nem todos os incorporadores adotam as mesmas posturas.

Nesse contexto, evidencia-se a utilidade de critérios capazes de auxiliar o intérprete na tarefa de identificar a abusividade da cláusula de tolerância, em benefício da segurança

jurídica no mercado imobiliário.

Com base em tais considerações, propõe-se, sem a pretensão de esgotar o tema, alguns critérios objetivos de validade, formulados com base nas críticas doutrinárias e na jurisprudência majoritária dos tribunais sobre o tema.

O primeiro critério diz respeito à oferta. Por força dos art. 6º, III e IV, 31, 37, §§ 1º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor, ao ofertar as unidades imobiliárias, se o incorporador fizer referência ao prazo de entrega do empreendimento, deve alertar de forma correta, clara, precisa, ostensiva em língua portuguesa sobre a possibilidade de prorrogação, o que vale para todas as formas de publicidade, veiculadas por qualquer meio de comunicação, como anúncios em rádio, televisão, internet, outdoor, folhetos e até mesmo no “stand” de venda.

Do contrário, a cláusula de tolerância será nula, ou simplesmente ineficaz, nos termos do 51, XV, do Código de Defesa do Consumidor (COSTA, 2016), por estar em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor.

Os critérios seguintes relacionam-se ao próprio instrumento contratual. Em atenção aos arts. 6º, III e IV, 54, §§ 3º e 4º, e 46, do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula de tolerância deve ser escrita, conter termos claros e inteligíveis, ser redigida com caracteres ostensivos e legíveis -com fonte não inferior a doze -, e, ainda, conter algum elemento de destaque ou realce, permitindo a imediata e fácil compreensão pelo consumidor. Ademais, o incorporador deve incluir a cláusula de tolerância logo após a cláusula que dispõe sobre a data de entrega da unidade, abstendo-se de separá-las, misturando a cláusula de tolerância a dezenas de outras cláusulas de menor importância para o adquirente, sob pena de abusividade da cláusula, por incompatibilidade com a boa-fé, a equidade e o sistema de proteção ao consumidor (art. 51, IV e XV, do CDC).

Por questão de coerência, em respeito aos usos e costumes enraizados no mercado imobiliário, que servem de fundamento de validade ao prazo de tolerância, a cláusula que autorize o incorporador a prorrogar o prazo de entrega da unidade imobiliária adquirida “na planta” por mais de 180 dias poderá ser considerada abusiva, conforme as circunstâncias do caso, se impossibilitar ou atenuar, de forma injustificada, a responsabilidade do fornecedor pelo atraso na entrega do bem, implicando renúncia ou disposição do direito a indenização devida no período de mora (art. 51, I, do CDC), ou, ainda, se colocar o consumidor em desvantagem exagerada, importando em restrição a direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de modo a ameaçar o equilíbrio contratual, em ofensa aos princípios do sistema consumerista (art. 51, IV, e § 1º, I e II, do CDC).

Pelos mesmos fundamentos, a cláusula que autorize nova prorrogação do prazo de entrega, mesmo após o encerramento do prazo previsto na cláusula de tolerância, poderá, a depender das circunstâncias do caso concreto, ser considerada abusiva, na forma do art. 39, XII, do Código de Defesa do Consumidor, de acordo com o qual é vedado ao fornecedor deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação.

O limite máximo de 180 dias, inclusive, foi reconhecido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por analogia aos arts. 33 e 34, § 2º, da Lei nº 4.591/1964, ao art. 12, da Lei nº 4.864/1965, e ao art. 18, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, no referido julgamento do REsp nº 1.582.318/RJ.

Passa-se, por fim, aos critérios pertinentes à fase de execução do contrato. Nesse momento, o incorporador tem o dever não só de comunicar aos adquirentes, previamente e por escrito, sobre a necessidade de aplicação da cláusula de tolerância, como também de justificá-la, informando sobre as causas que inviabilizarão a entrega do imóvel na data acordada, em respeito ao direito básico do consumidor à informação adequada e clara (art. 6º, III, do

CDC) e ao princípio da boa-fé objetiva. Esta obrigação pode ser extraída, inclusive, do art. 43, I, da Lei nº 4.591/1964, de acordo com o qual, quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, ser-lhe-á imposta a obrigação de informar obrigatoriamente aos adquirentes, por escrito, no mínimo de seis em seis meses, o estado da obra.

Conforme as circunstâncias do caso concreto, o descumprimento dos deveres aludidos poderá levar ao reconhecimento da abusividade da cláusula de tolerância, na forma do art. 51, I, IV e XV, e § 1º, I e II.

Embora a questão seja polêmica, conclui-se que as causas ordinariamente invocadas pelos incorporadores (excesso de chuvas, demora na expedição do habite-se, escassez de mão-de-obra e materiais de construção, greves etc.) são aptas a justificar a aplicação da cláusula de tolerância expressamente prevista no contrato, sendo desnecessário que tais eventos possam ser considerados imprevisíveis ou inevitáveis.

De fato, como sustenta a doutrina, os eventos mencionados não são estranhos aos empresários dedicados à exploração dessa atividade econômica. Aliás, é justamente a frequência desses acontecimentos que fundamenta a adoção da cláusula de tolerância em seus contratos. No entanto, é necessário ponderar que, se a aplicabilidade da cláusula estivesse condicionada à prova de fato imprevisível e inevitável, sua existência seria totalmente inócua, afinal, diante da ocorrência de eventos com essas características (imprevisibilidade e inevitabilidade), o incorporador poderia alegar a ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito externo, com o escopo de eximir-se das consequências da mora, mesmo após o decurso do prazo de 180 dias, sem a necessidade de recorrer à aplicação de qualquer cláusula contratual, na medida em que as excludentes de responsabilidade civil decorrem diretamente da lei (art. 393, do CC/02), e não da vontade das partes.

Em verdade, o prazo de tolerância consiste em uma precaução diante de acontecimentos que, embora frequentes e contornáveis, prejudicam o cronograma estipulado no lançamento, em razão da complexidade e do porte do empreendimento, o que não prejudica apenas o consumidor, mas também o incorporador, sobretudo em razão da imobilização de seus recursos humanos, materiais e financeiros, e do aumento dos custos previstos, sendo equivocado afirmar, portanto, que não há interesse na superação dos obstáculos para a pronta entrega das unidades imobiliárias.

Nesse contexto, considerando a probabilidade de que a execução do empreendimento seja afetada por eventos externos, revela-se conveniente a existência de uma margem de tolerância, de modo a permitir que o incorporador concentre seus recursos e esforços em contornar os obstáculos e entregar as unidades imobiliárias o mais cedo possível, sem incorrer em mora.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS – ABRAIN. *O Ciclo da Incorporação Imobiliária*. 18 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://abrainc.org.br/estudos/2015/08/18/o-ciclo-da-incorporacao-imobiliaria/>>. Acesso em: 03/04/2017.

AVVAD, Pedro Elias. *Direito Imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 4. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de Direito do Consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

COSTA, Leonardo Marmo Carneiro. Da nulidade da cláusula de tolerância na entrega do imóvel em construção, sob o aspecto da violação do direito à informação. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4613, 17 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46435>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

EVANGELISTA JUNIOR, Afrânio dos Santos. *Contratos de Incorporação Imobiliária*. Disponível em: <<http://www.schneiderassociados.com.br/pdf/AFRANIO001.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: reais*. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Curso de direito civil: contratos*. Teoria geral e contratos em espécie. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

FRANCO, Marcelo Veiga. Abusividade da Cláusula de Tolerância nos Contratos Imobiliários. *Jornal Estado de Minas*, Belo Horizonte, 05 de novembro de 2012, Caderno Direito & Justiça. Disponível em: <<http://www.francofaria.com/?p=430>>. Acesso em 27/03/2017.

FERREIRA, Romário. Antes tido como praxe, prazo de tolerância de 180 dias para entrega dos imóveis passa a ser abusivo no entendimento de alguns tribunais: entenda a questão e veja como evitar questionamentos na Justiça. *Revista Construção Mercado*, n.154, maio/2014. Disponível em: <<http://construcaomercado.pini.com.br/negociosincorporacaoconstrucao/154/artigo3111571.aspx>>. Acesso em: 27/03/2017.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesas do Consumidor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 11. ed. rev., atual. e ampl. segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RIBEIRO, Ana Paula; CAVALCANTI, Glauce; DOCA, Geralda. Número de novos imóveis cresce 24,7%, e o de lançamentos, até 72%: Caixa libera R\$ 16 bilhões para financiamento. *Jornal O Globo*, 26 de junho de 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/numero-de-novos-imoveis-cresce-247-o-de-lancamentos-ate-72-19784138>>. Acesso em 03/04/2017.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito Imobiliário: teoria e prática*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

_____; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

ZAP. O auge e a queda do mercado imobiliário em uma década: setor vive incerteza da economia, mas existe perspectivas de melhoras. G1, 01 de abril de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/especial-publicitario/zap/imoveis/noticia/2016/04/o-auge-e-queda-do-mercado-imobiliario-em-uma-decada.html>>. Acesso em 03/04/2017.

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA

ADRIANA FILGUEIRAS CÂMARA¹

RESUMO

O artigo tem por objetivo propor uma reflexão acerca do fortalecimento do sistema de precedentes no Brasil e trabalhar os conceitos básicos para o desenvolvimento das soluções dos casos de caráter repetitivo. Apresenta-se o instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o seu tratamento normativo no âmbito do Tribunal de Justiça da Bahia.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR.

Introdução

Modernização das relações, Demandas de Massa e a Força Vinculativa do Precedente. Influência e Eficácia dos Precedentes Judiciais no Brasil

As transformações sociais derivadas da modernidade, em especial com a industrialização, com a massificação das relações, trouxeram desafios ao Poder Judiciário, concernentes à multiplicação de demandas e aumento da complexidade das questões trazidas a juízo.

Neste sentido, são duas as principais justificativas para a busca de soluções adequadas a esta nova judicialização: a primeira revela-se no princípio do acesso à justiça; e a segunda, de política judiciária, no princípio da economia processual.

Os processualistas Fredie Didier e Hermes Zanet Júnior identificam que:

As motivações políticas mais salientes são a redução dos custos materiais e econômicos na prestação jurisdicional; a uniformização dos julgamentos, com a consequente harmonização social, evitação de decisões contraditórias e aumento de credibilidade dos órgãos jurisdicionais e do próprio Poder Judiciário como instituição republicana. Outra consequência benéfica para as relações sociais é a maior previsibilidade e segurança jurídica decorrente do atingimento das pretensões constitucionais de uma justiça mais célere e efetiva (EC 45/04).²

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Estadual da Bahia
Especialista em Direito do Estado pela Fundação de Direito da Universidade Federal da Bahia
Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de Direito
Dotação: Gabinete Desembargador Jatahy Júnior
Telefones: (71) 3353-5793 / (71) 9310-5300
Endereços eletrônicos: acamara@tjba.jus.br ou adrianafcamara@gmail.com
² JR-ZANETI, H.; JR-DIDIER, F. Curso de direito Processual Civil. V. 4. p. 32.

O novo código de processo civil, atento às mudanças e novas exigências sociais, ao tempo em que primou pela melhoria da qualidade das decisões ao exigir um contraditório mais sólido e decisões efetivamente fundamentadas, fortaleceu o sistema de precedentes, contribuindo à celeridade e estabilidade do sistema jurídico.

Fortalecimento do Sistema de Precedentes

Inicialmente, é importante fixar o conceito de que o precedente judicial é um ato-fato jurídico, ou seja, é uma ação humana (ato), que produz efeitos independentemente da vontade de prolator da decisão (fato jurídico). Os efeitos, assim, são ex lege, anexos à decisão judicial.

Conceitos fundamentais dos Precedentes Judiciais

Como já se observou, a modernização das relações, bem como a exigência cada vez maior de resposta por parte do poder judiciário, aliada à necessidade de segurança e de estabilidade do sistema jurídico, tem reforçado o poder dos precedentes judiciais.

Contudo, é necessário estudar mais detidamente os conceitos fundamentais que envolvem os precedentes judiciais, a fim de se apropriar desta ferramenta de forma adequada, tendo em vista que, em primeiro lugar, não é qualquer decisão que pode ser considerada um precedente e, também, o precedente não é utilizável em toda e qualquer situação e nem é imutável ou eterno.

Assim, neste artigo, buscaremos abordar os elementos da decisão que compõem o precedente, bem como as técnicas de distinção e de superação.

A. *Ratio Decidendi*

A decisão judicial é um provimento composto por um teor fático, em que se dá uma resposta a um caso concreto e pela fundamentação, que se constitui em norma jurídica de caráter geral e abstrato, apto a servir de embasamento para outras decisões de caso futuro, a que se dá o nome de *ratio decidendi*.

O ato de decidir comporta duas atividades, relacionadas à solução do caso concreto ou à solução do litígio, e a de atendimento das expectativas, sendo apta a criar modelo para solução de casos futuros, podendo vir a ser um precedente.

O ato de decidir comporta duas atividades, relacionadas à solução do caso concreto ou à solução do litígio, e a de atendimento das expectativas, sendo apta a criar modelo para solução de casos futuros, podendo vir a ser um precedente.

A *ratio decidendi*, então, é a tese jurídica aplicada à solução de um determinado caso concreto, construída por meio do raciocínio indutivo, se desprendendo com caso originário e podendo ser aplicado a outros casos futuros, coincidindo, desta forma, com o precedente, quando considerado em seu sentido estrito.

A *ratio* é fruto da fundamentação da decisão, mas não se confunde com ela, devendo ser extraída da análise do intérprete dos diversos elementos da decisão, das circunstâncias fáticas relevantes, interpretação dadas aos preceitos normativos e a conclusão a que se chega. Desta forma, a identificação da *ratio* é uma atividade dos julgadores posteriores, podendo existir decisões desprovidas de *ratio*, caso a fundamentação seja insuficiente ou não discernível.

Nas palavras do professor Fredie Didier Junior,;

Como se percebe, à luz de uma situação concreta, o julgador termina por criar uma norma que consubstancia a tese jurídica a ser adotada naquele caso. [...] Essa tese jurídica é que chamamos de *ratio decidendi*. Ela decorre da fundamentação do julgado, porque é com base nela que o juiz chegará, no dispositivo, a uma conclusão acerca da questão em juízo. Trata-se de uma norma geral, malgrado construída, mediante raciocínio indutivo, a partir de uma situação concreta. Geral porque a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas, que se assemelham àquela em que foi originariamente construída.³

Luiz Guilherme Marinoni, em seu texto “Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão e *obter dictum* no direito brasileiro)”

É necessário, neste ponto, conceituar adequadamente o *obter dictum* (ou *dictum*), que são os argumentos acessórios constantes na fundamentação judicial. Os *dictas* (plural) são aqueles posicionamentos secundários, prescindíveis à solução da controvérsia, que sejam expostos na decisão, mas que não sejam relevantes à sua fundamentação.

Podem ser, como de fato o são nos sistemas jurídicos de tradição common law, utilizados como fatores de convencimento, dotados de força persuasiva, tendo em vista que podem apontar para o entendimento do órgão julgador sobre determinada matéria, ainda que não seja aquela discutida naqueles autos. Sua força dependerá de diversos fatores, como, por exemplo, qual o órgão que exarou a decisão, qual seu grau de detalhamento e de abstração.⁴

O *obter dictum* pode ser alçado à condição de *ratio decidendi*, assim como o procedimento contrário também pode ocorrer, e a distinção entre os dois conceitos é de vital importância para que um fator secundário não seja invocado como precedente em casos futuros. Nesses casos, a decisão esclarecerá a posição do argumento.

O novo papel dos precedentes e a reinterpretação de alguns princípios

Como se observou, a autoridade cada vez maior que o ordenamento jurídico tem dado ao precedente no Brasil exige uma reinterpretação do direito aplicado, especialmente dos princípios e regras correlatos, tendo em vista que o alinhamento permite a estabilidade e coerência de todo o sistema.

Ademais, a discussão acima avençada é de extrema importância no campo jurídico, pois, os princípios ocupam lugar vital em qualquer ordenamento jurídico. Eles são os alicerces sob os quais todo o arcabouço normativo deve se debruçar, tendo o poder de vincular a aplicação e interpretação dos outros comandos normativos.

Para Luis Roberto Barroso, os princípios são um conjunto de normas que refletem a ideologia de uma Constituição, seus postulados básicos e seus fins, sendo as normas fundamentais da ordem jurídica que institui. Eles consubstanciam os valores mais relevantes da

3 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 10 ed. Vol. 2. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 442-443.

4 MARSHALL, Geoffrey. *What is binding precedent*. In DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 10 ed. Vol. 2. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 446.

ordem jurídica, vinculando as ações estatais. Sendo assim, os princípios se irradiam por todo o sistema, coibindo que haja ações que vão de encontro aos seus preceitos, como se pode perceber da citação de Celso Antônio Bandeira de Melo extraída do livro “Interpretação e aplicação da Constituição” de Barroso, *in literis*:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico...

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais... (MELO, apud BARROSO, 2009)

Barroso identifica duas funções para os princípios na ordem constitucional vigente. A primeira seria uma função imediata, quando diretamente aplicáveis a determinada situação fática, e a outra seria uma função mediata, de definir diretrizes de interpretação e integração das normas constitucionais⁵. Em outras palavras, cabe ao intérprete da constituição, seja na função jurisdicional, na legislativa ou na administrativa, atender aos preceitos levantados pelos princípios constitucionais a fim de atender aos objetivos e valores fundamentais instituídos pela ordem constitucional, como assim mesmo afirmou Paulo Bonavides.⁶

Fredie Didier Junior destaca ponto fundamental na discussão acerca da dinâmica dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro.

Princípio da Legalidade, a pluralidade de fontes e a Integração do Ordenamento Jurídico

Segundo o Fredie Didier Júnior⁷, o princípio da legalidade deverá ser interpretado no seu conteúdo material, como imposição de decisões com base no ordenamento jurídico, e não somente na lei, que é uma das fontes do direito, mas não a única.

Integração do ordenamento jurídico e a aplicação dos precedentes

A racionalização da teoria do ordenamento jurídico foi tema estudado por renomados estudiosos do direito, sendo imprescindível a análise de Norberto Bobbio, o qual ressaltou a imprescindibilidade da integralização complexa das normas jurídicas em um ordenamento.

Nas palavras do pensador:

Não foi possível dar uma definição do direito do ponto de vista da norma

5 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Editora Saraiva. 2009.

6 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Editora Saraiva. 2009.

7 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 10 ed. Vol. 2. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 467-485.

jurídica, considerada isoladamente, mas tivemos que alargar nossos horizontes para a consideração do modo pelo qual uma determinada norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devam exercê-las e a sua execução. Essa organização complexa é o produto de um ordenamento jurídico. p. 22.

Assim, para Bobbio, a norma jurídica só pode ser amplamente considerada dentro da complexa organização de um ordenamento jurídico, que necessita, precipuamente, de integralização.

No seu estudo sobre o ordenamento jurídico, Bobbio identificou que os ordenamentos jurídicos são caracterizados por uma pluralidade de normas, provenientes de diversas fontes, tendo em vista que o poder estatal, fonte direta do ordenamento, não é capaz de atender às complexas necessidades sociais. É assim que

Por essas razões, em cada ordenamento, ao lado da fonte direta temos fontes indiretas que podem ser distinguidas nestas duas classes: fontes reconhecidas e fontes delegadas. A complexidade de um ordenamento jurídico deriva, portanto, da multiplicidade das fontes das quais afluem regras de conduta, em última análise, do fato de que essas regras são de proveniência diversas e chegam à existência (adquirem validade) partindo de pontos os mais diferentes. p. 38.

Considerando-se a pluralidade de fontes e de normas é que exsurtem as duas principais características, que são também problemas do ordenamento jurídico, na medida em que são objetivos a serem alcançados, que são a UNIDADE e a COERÊNCIA do ordenamento.

Essas duas características traduzem o fato de que o ordenamento jurídico é caracterizado por uma pluralidade de normas, que precisam ser organizadas de forma racional, e não entrarem em contradição, constituindo um verdadeiro sistema.

E neste aspecto, com a evolução dos sistemas jurídicos modernos e mais especificamente com as alterações vividas pelo sistema jurídico brasileiro, os precedentes judiciais possuem especial relevância nessa discussão acerca da integração do ordenamento. Isto porque, ao passo em que os precedentes judiciais emergem como uma nova fonte do direito, com grau de vinculatividade escalonado, são também, instrumento de efetivação da integração do sistema, servindo ao combate das contradições muitas vezes institucionalizadas pelo poder judiciário.

Segurança Jurídica, motivação e contraditório

Uma teoria dos precedentes judiciais exige, ademais, uma reformulação do **princípio da segurança jurídica** que, historicamente, protege os cidadãos de alterações futuras em situações jurídicas já consolidadas pelo direito adquirido ou pela coisa julgada. Ocorre que a garantia da estabilidade se mostra necessária, também, em relação ao futuro, tendo em vista que o indivíduo, muitas vezes, pauta sua conduta com base em um comportamento adotado pelo Estado e, aqui, pelo poder judiciário. Então, a postura adotada pelo poder judiciário, em relação às questões sociais, devem respeitar e garantir uma estabilidade social.

A confiança é um subprincípio que decorre da segurança jurídica, e é tutelado juridicamente, assim definida pela autora Marília Siqueira da Costa:

A proteção da confiança pelo direito é a tutela jurídica de um dos efeitos fáticos (confiança), de corrente de uma conduta, provocada na esfera de um terceiro e também dos atos por esse efeito motivados. A conduta referida é a atuação estatal que orienta o exercício da liberdade do cidadão (terceiro), orientação esta que só é possível pela confiança (efeito) nele gerada.

A conduta do Estado ora considerada deve ser qualificada, ou seja, a confiança do particular, para ser merecedora de proteção jurídica, tem de decorrer de um comportamento objetivo do Poder Público. Não se protege uma 'esperança inconsequente sem vínculo com elementos reais e objetivos da atuação estatal.'

O objeto da tutela da confiança, além da própria confiança, são as ações iniciadas, mas não perfeitamente acabadas, praticadas com base não só em atos normativos de legalidade aparente, mas, também, naqueles que a anulação, desde o início já frustraria a confiança legítima neles depositadas. Fala-se, aqui, **em legítimas expectativas** como efeitos da (in)ação estatal.⁸ (grifos nossos).

Neste sentido, o precedente judicial é um instrumento para garantia da estabilidade estatal, em favor do cidadão, que poderá estabelecer uma relação de confiança, em relação aos entendimentos esposados pelo poder judiciário, evitando a insegurança e a atuação arbitrária.

Os princípios da motivação das decisões e do contraditório também são reforçados num sistema de fortalecimento dos precedentes judiciais, na medida em que o próprio precedente é extraído da motivação, a que se exige, cada vez mais, uma maior *qualidade*, no que a participação e a garantia do contraditório cada vez mais amplo, é essencial.

Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade, à luz dos precedentes, reforça o direito a decisões iguais para casos semelhantes. A inconsistência da jurisprudência, a insegurança jurídica, são contrapontos desse princípio, os quais a aplicação e fortalecimento dos precedentes busca evitar. Neste sentido, a aplicação dos precedentes judiciais é um baluarte do princípio da igualdade.

Canotilho identifica princípio da igualdade como um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais, cujos traços mais importantes são os aspectos da igualdade formal e da igualdade material. A igualdade formal para o autor é a exigência que crie um direito igual para todas as pessoas de mesmas características e que a aplicação deste direito também ocorra de forma isonômica, ou seja, a igualdade formal poderia ser traduzida como a prevalência do ordenamento jurídico em face da jurisdição e da administração. Este princípio é de importância vital para o ordem constitucional, contudo clama pela sua efetivação material. Para o autor "o princípio da igualdade pode e deve considerar-se um princípio da justiça social. Assume relevo enquanto princípio da igualdade de oportunidades e de condições reais de vida."⁹ (CANOTILHO, 2008, p. 430)

⁸ COSTA, M. S. (Org.). *As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança na decisão de overruling: uma análise à luz do art. 521 do novo CPC.* In: FREIRE, A. et al. (Org.). *Novas tendências do Processo Civil. Estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil.* Salvador: JusPodivm, 2015. p. 401-402.

No sistema constitucional brasileiro não é diferente. A constituição brasileira de 1988 incorporou a isonomia como um princípio fundante do Estado democrático de direito, como se pode observar do escrito em seu art. 3º:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

Não se podendo olvidar do art. 5º, caput, que diz:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros natos e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” (BRASIL, 1988)

Por tudo quanto se expôs se percebe que o papel dos princípios na nova ordem constitucional vem sofrendo alterações, ocupando estes um lugar de destaque na nova hermenêutica. O princípio da igualdade, como já visto, é um dos princípios fundantes da nova ordem que se buscou criar a partir das revoluções burguesas e o conteúdo e alcance deste também vem sofrendo modificações.

O entendimento de inclusão, neste sentido, passa, necessariamente por um enfrentamento das tensões entre igualdade e diferença, com o surgimento da seguinte questão: é possível discriminar para igualar, e em caso de resposta positiva, quais os limites e possibilidades desta discriminação. Sobre o tema, o supracitado professor J. J. Gomes Canotilho assevera que:

Exige-se uma igualdade material através da lei, devendo tratar-se por <<igual o que é igual e desigualmente o que é desigual>>. Diferentemente da estrutura lógica formal de identidade, a igualdade pressupõe diferenciações. A igualdade designa uma relação entre diferentes pessoas e coisas. Reconduz-se assim a uma igualdade relacional.

Esta igualdade (material) conecta-se, por um lado, com uma política de <<justiça social>> e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro, ela é inerente à própria idéia de igual dignidade social (e de igual dignidade da pessoa humana) que, deste modo, funciona não apenas com fundamento antropológico-axiológico contra discriminações, objectivas ou subjetivas, mas também como princípio jurídico constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como princípio sancionador da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão). (Canotilho, 2008)

A doutrina jurídica brasileira não é virgem neste tema, havendo diversos teóricos a tratarem deste assunto extremamente vital para a atividade jurídica. Celso Antonio Bandeira de Melo (2010) e Calmon de Passos (2002) enfrentam a questão do conteúdo jurídico do

princípio da igualdade, trabalhando qual o *discriminen* é aceito e qual não é aceito pelo ordenamento jurídico, afim de se efetivar a igualdade substancial¹⁰.

Melo (2010), em seu livro dedicado a explanar acerca deste assunto, “O conteúdo jurídico do princípio da igualdade”, parte dos pressupostos que o princípio da igualdade está assentado na Constituição brasileira, e que o alcance deste princípio não é somente o aplicador das leis e sim o próprio legislador que encontra na isonomia a principal de suas limitações. No entanto, reconhece que as pessoas têm distinções naturais e que um tratamento exatamente igual para todos os seres humanos é impossível, portanto, surge a questão: quais as discriminações são juridicamente intoleráveis? Pretende o autor delinear considerações gerais para uma melhor resolução desta questão. O autor afirma que “por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas.” (MELO, 2010, p. 18) Identifica que para reconhecer se uma determinada discriminação desrespeita a isonomia é necessário analisar três critérios essenciais: o primeiro diz respeito ao fator considerado para a discriminação, o segundo é relacionado à correlação lógica entre o fator eleito e a disparidade estabelecida, e por último é a consonância desta correlação lógica com os valores absorvidos no sistema constitucional, a inobservância de qualquer um destes fatores teria o condão de tornar a medida inconstitucional sob o critério da isonomia. In literis:

[...] importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação conseqüente. Exige-se, ainda, que haja uma correlação lógico concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição. (MELO, 2010, p. 22)

Tanto o professor Calmon de Passos quanto J. J. Gomes Canotilho identificam como um princípio da ordem constitucional o “princípio da não discriminação”, o qual afirma que o Estado deve dispensar tratamento igual a todos os seus cidadãos. Contudo, presente também em ambos os casos o pressuposto que os homens e as situações jurídicas, apesar de fundamentalmente iguais, são essencialmente diferentes e que, portanto, um tratamento exatamente igual não seria possível e a questão se coloca novamente: Quais as discriminações juridicamente toleráveis, ou seja, quais ações discriminatórias atentam contra o princípio da igualdade.

Canotilho busca resolver a questão da seguinte forma: para ele, existe inobservância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais são arbitrariamente discriminados, ou seja, existe uma proibição geral do arbítrio que pondera a aplicação do princípio da isonomia, devendo esta proibição do arbítrio estar sempre relacionada com o fundamento material para a discriminação, ou seja, as medidas discriminatórias devem sempre estar embasadas em um fundamento sério e razoável. (CANOTILHO, 2008, p. 428)

Em seu artigo “O princípio da não discriminação”, Calmon de Passos, embasado na filósofa Hanah Arendt, parte do pressuposto, que na natureza humana há uma igualdade que nos identifica todos como seres humanos, e uma desigualdade que nos individualiza, sendo assim, a igualdade não é intrínseca à natureza, ela necessita de ações humanas para se realizar.

10 MELO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. PASSOS, J. J. Calmon de. *O princípio de não discriminação*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002

A resolução proposta pelo autor vai no seguinte sentido:

Acredito ser possível assentar a seguinte orientação: a igualdade substancial é um objetivo constitucionalmente tutelado. Mas como igualar substancialmente pessoas tão diferenciadas? A única solução é desigualá-las em termos jurídicos para que através deste desigual tratamento se obtenha maior igualdade substancial. Desigualar nestes termos é permanecer fiel ao princípio constitucional da igualdade. (PASSOS, 2001, p. 4)

Em alinhamento com o pensamento de Canotilho, Calmon de Passos aponta a ausência de arbítrio como parâmetro de avaliação da atenção ao princípio da isonomia, e vai além, indicando, também, a razoabilidade como critério legitimador de ações discriminatórias, atentando para a ideia da “prioridade do problema”, ou seja, o problema, que é essencialmente não jurídico (político, ético, social, econômico) necessita obter uma solução jurídica, e para a produção desta “norma solucionadora” é que são utilizados métodos interpretativos e deverão ser feitas as análises supracitadas, para que a decisão possa ser analisada pelos doutos, em relação à sua adequação ao ordenamento jurídico, e pelos não doutos em relação a justiça social da solução proposta. (PASSOS, 2001).

Essa discussão aponta a vital importância da correta e coerente aplicação dos precedentes, tendo em vista que, ao passo em que consubstancia o princípio da igualdade ao diminuir o papel do arbítrio nas decisões judiciais, é, também, um potencial massificador de decisões, sendo passível de ignorar as singularidades dos casos concretos postos a apreciação. O princípio da igualdade, neste sentido, exige análise criteriosa das circunstâncias fáticas, a fim de distinguir as situações não semelhantes, evitando a utilização desmedida dos precedentes. Dar soluções idênticas a casos distintos, atinge o direito à igualdade, visto que este imprime o dever de tratar diferentemente os desiguais, na medida da sua desigualdade.

Para permitir a congruência na aplicação dos precedentes, evitando sua aplicação de forma desmedida, existem as técnicas de afastamento da sua aplicação, oportunidades em que o Magistrado pode deixar de aplicar determinada tese jurídica de incidência até mesmo obrigatória, conforme se verá a seguir.

Aplicação e Afastamento dos Precedentes

Os precedentes são enunciados formados a partir da aplicação de determinada tese a um caso concreto, e a lógica jurídica formulada é extraída da circunstância fática que a criou, possibilitado sua generalização e aplicação a outros casos semelhantes.

Assim, independentemente do grau de autoridade que possua o precedente formado, sua aplicação dependerá da interpretação do julgador, que deverá analisar o caso concreto e avaliar sua aplicabilidade.

A introdução do sistema de precedentes no ordenamento jurídico pátrio busca alcançar uma maior estabilidade do sistema e dos julgamentos, a fim de efetivar princípios constitucionalmente consagrados, como a igualdade, segurança jurídica, razoável duração do processo.

Contudo, desde a instituição dos precedentes vinculantes, a exemplo do julgamento dos recursos repetitivos e da súmula vinculante e, mais especialmente agora, com a aprovação do Código de Processo Civil de 2015, doutrinadores identificam algumas questões a serem

enfrentadas, a fim de que a aplicação dos precedentes não venha a engessar a evolução jurídica, nem tampouco massificar, mecanizar e tornar raso o ato de julgar.

Assim é que Dierle Nunes e André Frederico Horta, no texto intitulado de “Aplicação dos Precedentes e *distinguish* no CPC de 2015: Uma breve introdução”, ressalta a existência de déficits de aplicação dos precedentes no Brasil, considerando a superficialidade da fundamentação dos julgados e a ausência de análise panorâmica dos fundamentos.

Exprime o autor que:

Ao contrário do que se passa no *common law*, a utilização, no Brasil, dos precedentes e, em maior medida, do direito jurisprudencial na aplicação do direito é fruto de uma matiz neoliberal, que privilegiava a sumarização da cognição, a padronização decisória superficial e uma justiça de números (eficiência tão somente quantitativa), configurando um quadro de aplicação equivocada (fora do paradigma constitucional) desse mesmo direito jurisprudencial que dá origem ao que se pode chamar de *hiperintegração do direito*.¹¹

O autor ressalta que o processo possui uma face constitucional a ser observada, devendo ser afastadas atuações mecânicas acerca dos precedentes. A fim de alcançar tal mister, o novo código de processo civil prevê o que o autor chama de “microsistema de litigiosidade repetitiva”, que encampa, entre seus preceitos, o regramento acerca dos precedentes no Brasil, e prevê normas específicas para as técnicas de distinção e superação, tão caras a uma aplicação constitucional dos precedentes, conforme se verá a seguir.

Desta forma, o novo código busca promover um aprimoramento qualitativo do sistema de precedentes, de modo a permitir um diálogo genuíno na formação dos julgados, que deverá analisar todos os argumentos relevantes para a questão em julgamento.

De registrar-se, ainda, que o aprimoramento das técnicas de distinção e superação torna-se relevante na medida em que ordenamento jurídico possui a tendência de restringir a recorribilidade de decisões que coadunem com a jurisprudência estabelecida, havendo, assim, uma restrição ao próprio acesso à justiça, em favor da celeridade e segurança jurídica.

Portanto, uma vez mais, resta demonstrada a importância de uma aplicação consciente e profunda dos precedentes, e que as partes envolvidas (tanto julgadores, quanto advogados e demais atores do processo) dominem as técnicas correlatas, a fim de promover a aplicação de julgamentos anteriores após as discussões e enfrentamento de todas as questões pertinentes.

Nesse esforço interpretativo para aplicação dos precedentes, as técnicas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling* e *overrinding*) detém papel de protagonistas, tendo em vista que possibilitam a discussão fática do caso sob julgamento, e força o julgador a dialogar com o precedente, e fundamentar adequadamente sua decisão.

Neste contexto, trecho do texto de Dierle Nunes e André Frederico Horta, por sua relevância, merece transcrição:

Em outras palavras, jamais o precedente será anunciado de forma completa e única. É a partir das distinções, das ampliações e das reduções que os precedentes são dinamicamente refinados pelo Judiciário (sempre a partir da contribuição de todos os sujeitos processuais),

¹¹ NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. *Aplicação dos precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução*. In: Didier Jr., Fredie. ... [et. al.] (Org). *Precedentes. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. V.3. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 305..

à luz de novas situações e contextos, a fim de se delimitar a abrangência da norma extraída do precedente. Se, de um lado, é verdade que o precedente originário estabelece o primeiro material jurisprudencial (não se ignora o texto legal e a doutrina) sobre o qual se debruçarão os intérpretes dos casos subsequentes, com o passar do tempo, uma linha de precedentes se formará a partir daquele primeiro precedente, confirmando-o, especificando-o e conferindo-lhe estabilidade, e a técnica da distinção desempenha uma importante função nesse processo de maturação do direito jurisprudencial.¹²

Distinguishing

A distinção ou *distinguishing* ocorre quando caso em julgamento não coincide com os fatos fundamentais que embasaram a *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente.

Trata-se de identificar, inicialmente, a *ratio decidendi* que espelha o precedente, e confrontá-lo com os fatos fundamentais (*material facts*) do caso sob julgamento, verificando, desta forma, a necessidade de subordinação da conclusão a que se chegará no julgamento. A finalidade é evitar que se dê tratamento similar a situações diferentes.

Fredie Didier Junior define o *distinguishing* da seguinte forma:

Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.¹³

Dierle Nunes e André Frederico Horta, por sua vez, esclarecem que raciocinar por precedentes é, basicamente, raciocinar por comparações. Ou seja, a atividade essencial é comparar fatos e situações jurídicas distintas e definir se as semelhanças são suficientes para determinar o mesmo tratamento jurídico, ou se as diferenças identificadas são de tão amplitude, a ponto de impedir a aplicação da mesma tese jurídica firmada em julgamento anterior.

E é exatamente este raciocínio que é denominado de *distinguishing* pelo autor, que aponta que o conceito pode ser classificado no sentido amplo, ou seja, a própria atividade de realizar a analogia ou contra analogia, e o sentido estrito, que é o resultado da análise, com a efetiva distinção dos casos e o consequente afastamento do precedente, mediante adequada fundamentação.

Em seu livro “A Ética dos Precedentes (Justificativas do novo CPC)”, Luiz Guilherme Marinoni, utilizando-se da base teórica desenvolvida por Sérgio Buarque de Holanda em seu clássico livro “Raízes do Brasil” que, por sua vez, buscou inspiração nos arquétipos sociais desenvolvidos por Weber, realizou uma associação entre o tipo do “homem cordial” (identificado como o arquétipo da sociedade brasileira, de natureza patrimonialista e individualista) e o Judiciário nacional que, historicamente, não trabalha com os conceitos de unidade e co-

12 NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. *Aplicação dos precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução*. In: Didier Jr., Fredie. ... [et. al.] (Org). **Precedentes**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V.3. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 309.

13 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 10 ed. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 491.

erência do direito, ao permitir que todos os juízes realizem interpretações das normas, sem respeito às decisões já firmadas pelas Côrtes Superiores.

O autor identifica a necessidade de se estabelecer uma autoridade vinculante às interpretações fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria de legislação federal, e do Supremo Tribunal Federal quando se tratar de questões constitucionais, limitando-se o poder dos juízes decidirem conforme convicções pessoais, e evitando, consequentemente, a falta de estabilidade e previsibilidade do sistema.

Afirma, ainda, que o poder vinculante dos precedentes firmados não ocasionaria o engessamento do direito, tendo em vista que a identificação de diferenças entre os casos sob julgamento e os casos dos precedentes proporcionariam discussões mais amplas acerca dos temas jurídicos, proporcionando o desenvolvimento do direito.

Em outras palavras, o autor identifica na técnica do *distinguishing* a possibilidade de desenvolvimento aprofundado das teses e temas por parte da comunidade jurídica interessada.

Nas palavras do autor:

Quando um novo caso, diferente daquele que originou o precedente, exige do juiz a solução de pontos que nele não foram resolvidos, abre-se oportunidade para o desenvolvimento horizontal do direito. A consideração de pontos e situações conexas ao precedente, mas que não levam à sua aplicação direta, possibilita o desenvolvimento de questões laterais àquela resolvida no precedente, dando ao direito novos contornos ou, mais precisamente, um perfil mais amplo, que identifica uma realidade mais complexa.

Essa forma de desenvolvimento do direito é muito mais sofisticada e efetiva do que qualquer outra. Quando o direito é desenvolvido mediante o abarcamento de novas realidades há um processo de formação paulatina, gradual e lógica do direito. A solução de uma questão conexa ao precedente implica novo passo que não pode negar o que foi originalmente definido. Há uma relação de continuidade entre a solução da nova questão e o precedente, conferindo à atividade judicial um modo de pensar que vai se desenvolvendo aos poucos, similar ao raciocínio de um jurista que dá continuidade ao tratamento de um tema que engloba várias questões que se relacionam e, portanto, podem ser tratadas em vários ensaios ou livros.¹⁴

Overruling

O *overruling*, por sua vez, consiste na revogação do precedente. A alteração nas circunstâncias que originaram a formação do precedente, bem como mudanças sociais, de valores, princípios, interpretações das normas, injustiça, incorreção da decisão, ou outros fatores podem ser levados em conta no momento de um Tribunal decidir por declarar, publicamente, que um entendimento fixado será alterado. Neste aspecto, há de se considerar as consequências para a estabilidade no sistema jurídico, podendo resultar em possíveis danos à confiança e redução na possibilidade de previsão.

De registrar-se que a superação do precedente, ou a técnica no *overruling* pode ser aplicada em precedentes com todos os graus de vinculação. Ou seja, não há proibição legal ou

14 MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes. Justificativas do novo CPC*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014. p. 103-104.

teórica que impeça a revogação de precedentes, nem mesmos os obrigatórios. A obrigação do julgador é fundamentar corretamente a questão, expondo as razões de decidir, e averiguar as consequências da superação para a estabilidade do sistema.

A estabilidade do sistema e a exigência da aplicação dos precedentes não impede a evolução do entendimento judicial e da jurisprudência. O liame entre essas situações é arbitrariedade na ultrapassagem e não aplicação dos entendimentos já consolidados. Nesse sentido, o instrumento que legitima o afastamento dos precedentes é o dever de fundamentação adequada e específica, em atendimento aos princípios da segurança jurídica, do qual decorre o subprincípio da proteção da confiança, consoante previsão expressamente no art. 927, § 4º do CPC, *in verbis*:

Art. 927.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Assim, para ultrapassar seu entendimento, o órgão julgador deverá enfrentar o precedente que se pretende afastar, e justificar expressamente o porquê da sua superação ou seu afastamento.

A revogação poderá ser expressa ou tácita. O *overruling* expresso ocorrerá quando o Tribunal, claramente, identificar que uma determinada tese não será mais adotada, sendo substituída por outra. A revogação implícita, por sua vez, ocorre quando o Tribunal não homenageia seu próprio precedente, adotando uma posição em confronto com a anterior.

Por fim, o *overriding* é uma técnica de superação do precedente, traduzindo-se em uma revogação parcial, ante a superveniência de um regra ou de um princípio.

As técnicas de não aplicação dos precedentes servem tanto ao propósito de assegurar a dinamicidade do direito frente às mudanças sociais e novas demandas ao judiciário, como à segurança jurídica exigida cada vez em maior escala, ao passo em que permite a alteração de entendimento por parte dos tribunais, contudo, exige a aplicação de técnicas específicas, assegurando, principalmente, a correta fundamentação das razões da não aplicação.

O procedimento para alteração da súmula vinculante, previsto no art. 103-A da Constituição Federal, e na lei 11.417/2006 exemplifica a possibilidade de provocação para alteração de entendimento pacificado pela Corte Suprema, mas com a necessidade de atendimento de procedimento específico, em que se garante o devido processo legal, contraditório e publicidade.

Da eficácia temporal da Revogação do Precedente

Os efeitos temporais aplicados ao novo precedente podem ser em sentido amplo, retroativos e prospectivos.

A professora Marília Siqueira da Costa¹⁵ defende que, em regra os efeitos serão prospectivos, sendo a retroatividade a exceção. Segundo a autora, essa escolha pauta-se nas premissas de que o juiz não apenas declara um direito preexistente, mas realiza atividade criativa,

15 COSTA, M. S. (Org.). *As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança na decisão de overruling: uma análise à luz do art. 521 do novo CPC.* In: FREIRE, A. et al. (Org.). *Novas tendências do Processo Civil. Estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil.* Salvador: JusPodivm, 2015. p. 410-413.

criando o direito no julgamento do caso concreto. Ademais, da decisão judicial decorre a norma concreta, que resolve o caso concreto, bem como a norma abstrata, extraída da *ratio decidendi*, e aplicável a casos futuros.

Partindo dessas premissas é que a autora conclui que os precedentes firmados geram uma legítima expectativa, fazendo com que os jurisdicionais atuem em conformidade com aquele entendimento, esperando por sua aplicação, exigindo, assim, a aplicação do princípio da proteção da confiança no momento de alteração do entendimento já consolidado.

Nas palavras da autora:

Observa-se, com isso, que, na superação do precedente judicial, há um norma jurídica anterior, que era considerada pelos jurisdicionados para a prática de suas condutas, superada por uma norma jurídica posterior (um novo direito), que passará a reger condutas da mesma espécie. Ou seja, entende-se, como já pontuado, que, tal como a norma legal, a norma jurisprudencial também rege condutas e, por isso, cria expectativas de sua observância e aplicação. p. 411-412.

Por outro lado, Fredie Didier Júnior defende o posicionamento de que, em regra, a eficácia temporal da revogação dos precedentes é retroativa, tendo em vista que a alteração de entendimento não pode ser equiparada à alteração de leis. Afirma o eminente professor que, em primeiro lugar, a alteração legislativa sempre possui um marco temporal, ao contrário da superação de entendimento jurisprudencial, que pode ocorrer de forma gradual. Ademais, a fixação do efeito prospectivo ao novo precedente seria facilitar a alteração do sistema, prejudicando a busca pela estabilidade almejada.¹⁶

Contudo, em que pese a evidente controvérsia doutrinária, não paira dúvidas acerca da possibilidade de modulação dos efeitos da nova decisão, a fim de respeitar-se os princípios da não surpresa e da proteção da confiança.

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Linhas Gerais

Como já analisado, o advento da modernidade trouxe para o poder judiciário o desafio de gerenciar o grande volume de ações relacionadas causas ditas repetitivas, em que se discute uma mesma questão de direito. Essas situações tratam, portanto, de direitos individuais, mas que, por sua coincidência de teses, devem ser enfrentadas de forma estável, a fim de se alcanças e efetivar os princípios constitucionais da igualdade da efetividade da função jurisdicional.

Nestes termos, uma vez sedimentada certa orientação jurisprudencial sobre a questão reiterativa, é razoável que os casos julgados subsequentemente, em princípio, sejam decididos de um mesmo modo.

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) presta-se a incentivar que isso ocorra. Serve também para garantir uma mais ampla discussão da questão por ocasião do julgamento que venha a fixar essa orientação a ser seguida nos demais casos. Está regulado nos arts. 976 a 987 do CPC/2015.

Este mecanismo permite aos tribunais de segundo grau (TJs e TRFs) julgar por amos-

16 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória.* 10 ed. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 499.

tragem demandas repetitivas, que tenham por objeto controvertido uma mesma e única questão de direito. O objetivo é selecionar como amostra um caso, ou um conjunto de casos, em que a questão jurídica repetitiva é discutida e que retrate adequadamente a controvérsia. Essa amostra servirá como base para a discussão e exame daquela questão. No IRDR, o caso-amostra pode ser um recurso, reexame necessário ou uma ação de competência do tribunal. Depois, aplica-se o resultado do julgamento do caso-amostra (i.e., a “decisão-quadro”) aos demais casos idênticos.

Este mecanismo já era previsto para os Tribunais Superiores, contudo, o novo Código de Processo Civil, estendeu aos tribunais de segundo grau, ao vislumbrar que as questões repetitivas são enfrentadas, também, no âmbito regional e estadual, conferindo aos Tribunais mais uma ferramenta de uniformização adequada de seus entendimentos.

Sendo assim, os princípios que inspiram o IRDR, assim como seus objetivos, são basicamente os mesmos do procedimento de recursos repetitivos: economia processual, previsibilidade, segurança jurídica e isonomia entre os jurisdicionados.

O próprio art. 976, II, refere-se expressamente aos dois últimos desses princípios, ao tratar dos pressupostos do IRDR.

Pressupostos objetivos

A instauração do IRDR pressupõe a “efetiva repetição de processos” em que se controverta “sobre a mesma questão unicamente de direito” (art. 976, I). Neste aspecto, percebe-se que a repetição de demandas tem que ser contemporânea, ou seja, não basta a mera perspectiva de que venham a existir muitos processos em que se discuta a mesma questão jurídica.

Por outro lado, o caráter repetitivo da demanda, justificador do incidente, é determinado pela reiteração de uma questão essencialmente jurídica, que, por sua vez, pode ser de fato ou de direito, contanto que seja, em alguma medida, um certo padrão fático repetitivo.

Registre-se, ademais, que a questão repetitiva não precisa referir-se ao mérito da causa. Pode ser uma questão de direito processual (art. 928, par. ún.).

Outro requisito objetivo para a instauração do Incidente é a existência do risco de violação da isonomia ou da segurança jurídica (art. 976, II) – o que se terá quando a mesma questão jurídica, nos inúmeros processos, estiver recebendo soluções distintas. Se, apesar da reiteração da questão em muitos processos, não se estiver havendo divergência jurisprudencial, com a questão sendo resolvida de modo uniforme na generalidade dos casos, não se justifica o IRDR.

Nos termos do art. 976, § 3º, “a inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado”.

Limites temporais

O Código de Ritos determina o respeito a determinados parâmetros relacionados com a fase em que se encontram processos em referência, a fim de possibilitar a instauração do Incidente.

Neste aspecto, o CPC prevê um limite temporal máximo, tendo em vista que o IRDR apenas poderá ser instituído perante o tribunal local, enquanto não se houver instalado procedimento de recursos especiais ou extraordinários repetitivos, sobre a mesma questão, nos tribunais superiores. Isto porque o julgamento por amostragem no STF ou STJ cumpre a mesma função com maior abrangência territorial (todo o território nacional) e maior vocação à definitividade (pois contra a decisão do IRDR ainda cabem recurso especial e [ou] extraordinário).

Legitimados

A discussão acerca da legitimidade é de vital importância para a discussão acerca da resolução das demandas repetitivas, tendo em vista que este instrumento permite conferir a múltiplas demandas o mesmo tratamento conferido a determinados processos. Sendo assim, quanto maior a amplitude da discussão, maior será a qualidade da decisão proferida, conferindo caráter democrático a esta uniformização.

Atento à esta necessidade, o NCPC atribuiu ao relator o poder para, mesmo sem pedido das partes, oficiar pleiteando a instauração do IRDR (art. 977, I), quando constatar, no recurso, reexame necessário ou ação originária sob sua relatoria, a existência de questão jurídica repetitiva que preencha os pressupostos para o incidente. O relator não instaura o IRDR. Ele pede ao presidente do tribunal a instauração – o qual, por sua vez, determinará sua distribuição e encaminhamento ao órgão colegiado competente para o IRDR, para que esse decida quanto à sua admissibilidade (art. 981). O art. 977, I, confere a mesma prerrogativa ao juiz de primeiro grau.

Da mesma forma, as partes de processos de natureza repetitiva estão legitimadas a requerer a instauração do incidente (977, II). A legitimidade estende-se ao Ministério Público, não apenas quando é parte no processo, mas também quando atua como fiscal da lei, e à Defensoria Pública, nos processos em que atua (art. 977, III).

Quando o Ministério Público não for o próprio requerente do IRDR, deverá depois dele participar, como fiscal da lei. Para tanto, caberá ao relator intimá-lo para, querendo, manifestar-se em quinze dias (art. 982, III).

Registre-se, por fim, que a possibilidade de participação do *amicus curiae* nos IRDR, os quais, nestes casos, poderão apresentar recursos.

O IRDR no Trivunal de Justiça da Bahia

A competência geral para o julgamento do IRDR no âmbito do Tribunal de Justiça da Bahia é da Seção Cível, consoante se observa do art. 92 do Regimento Interno.

Art. 92 – Compete a cada uma das Seções Cíveis, no âmbito da sua competência, definida nos artigos seguintes: (ALTERADO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 07/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016). I – processar e julgar: a) o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência, com exceção das hipóteses em que o Regimento estabelecer a competência de órgão diverso;

Art. 92-A – Compete às Seções Cíveis Reunidas: (INSERIDO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 07/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016). I – processar e julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência envolvendo matéria processual civil ou questões de direito comuns à competência das Seções Cíveis;

Excepcionalmente, o Incidente poderá ser julgado pelo Tribunal Pleno, nas hipóteses previstas no regulamento, conforme se vê:

Art. 83 – Ao Tribunal Pleno, constituído por todos os membros efetivos do Tribunal de Justiça, compete privativamente: (ALTERADO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 12/2016, DE 30 DE MARÇO DE 2016, DJe 31/03/2016).

XXII – processar e julgar:

j) o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência quando for caso de observância do disposto no art. 97 da Constituição Federal ou se suscitado a partir de processo de competência do Tribunal Pleno;

Importante registrar que, por ser instrumento de coletivização de conflitos, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas possui garantias processuais de qualidade, em conformidade com o “espírito” do Novo CPC de primar pelas decisões com maior estabilidade e qualidade, no sentido de ampliar as discussões e garantir, ao máximo, os princípios do contraditório e ampla defesa. Nesse sentido, o Regimento Interno prevê, por exemplo, um quórum mínimo para instauração do incidente no âmbito do Tribunal Pleno, bem como prevê que os Juízes Substitutos de Segundo Grau poderão atuar em quaisquer ações e processos perante o Tribunal, com exceção dos IRDR e dos Incidentes de Assunção de Competência.

§ 2º – Exige-se o voto da maioria absoluta dos membros efetivos para se admitir incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência, bem como para o acolhimento do pedido nos casos dos incisos IX e XXII, alínea “m”, para aplicação da pena nos casos do inciso XII, e para a declaração de inconstitucionalidade nos casos das alíneas “h”, “i” e “j” do inciso XXII, todos do caput deste artigo. (ALTERADO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 12/2016, DE 30 DE MARÇO DE 2016, DJe 31/03/2016).

§ 5º – Os Juízes Substitutos de Segundo Grau convocados participam das Seções, inclusive na condição de Relator, com exceção dos julgamentos dos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas e dos Incidentes de Assunção de Competência, dos quais apenas participam os membros efetivos do Tribunal. (ALTERADO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 07/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

Art. 200 – As sessões das Câmaras Cíveis e Criminais serão abertas com a presença de, no mínimo, 05 (cinco) Desembargadores e as das Turmas Criminais com a de 03 (três) Desembargadores. (ALTERADO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 12/2016, DE 30 DE MARÇO DE 2016, DJe 31/03/2016). Parágrafo único – As Seções funcionarão com o comparecimento de mais da metade dos seus integrantes; exige-se, porém, o voto da maioria absoluta dos seus membros efetivos para admitir-se incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência, e a presença de dois terços dos membros efetivos para o julgamento do mérito dos referidos incidentes. (INCLUÍDO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N.

12/2016, DE 30 DE MARÇO DE 2016, DJe 31/03/2016).

Uma outra forma de garantia e amplitude do acesso à justiça é a previsão de dispensa de adiantamento das custas processuais nos Incidentes ora tratados, consoante se vê:

Art. 153 – Não dependem de adiantamento do valor das despesas processuais: (ALTERADO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 11/2016, DE 30 DE MARÇO DE 2016, DJe 31/03/2016).

VII – a ação direta de inconstitucionalidade, a reclamação, o pedido de intervenção, o incidente de resolução de demandas repetitivas, o incidente de assunção de competência e o incidente de arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo;

O Regimento Interno, nos mesmos termos previstos no Código de Processo Civil, prevê, como poderes do Relator, a possibilidade de negar provimento, monocraticamente, a recurso que contrarie tese firmada em IRDR, consagrando os princípios da celeridade e devido processo legal, buscados como finalidade do Instituto. É o que diz o art. 162 do RI/TJBA:

Art. 162 – Além dos poderes previstos no Código de Processo Civil, no Código de Processo Penal e na legislação extravagante, compete ao Relator: (ALTERADO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 09/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

XII – julgar liminarmente improcedente o pedido nos processos de competência originária do Tribunal; XIII – julgar conforme o estado do processo, nos casos em que aplicáveis os artigos 354, 355 e 356 do Código de Processo Civil, nos processos de competência originária do Tribunal;

XVI – negar provimento a recurso que for contrário a súmula ou acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; XVII – negar provimento a recurso que for contrário a súmula deste Tribunal ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; XVIII – depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a súmula ou acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; XIX – depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a súmula deste Tribunal ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

XXIX – requerer a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas ou do incidente de assunção de competência;

Acerca do procedimento, o Regimento Interno prevê que serão encaminhadas cópias do Relatório e do Voto, bem como da decisão que aceitou o incidente, para todos os julgados-

res, havendo previsão de sustentação oral por parte dos advogados.

Sendo assim, vê-se que o Tribunal de Justiça da Bahia, a fim de concretizar os preceitos constitucionais de acesso à justiça, devido processo legal, celeridade e igualdade, bem como o dever de uniformização de sua jurisprudência, previsto no CPC, ajustou seu código interno, disciplinando os diversos aspectos do IRDR, de forma a garantir a efetividade do novo incidente.

A disciplina acerca da tramitação do IRDR perante o Tribunal de Justiça da Bahia encontra-se esmiuçada em seus diversos aspectos em seu Regimento Interno, sendo definidas as questões de competência, custas, legitimidade, para que não haja lacunas que impeçam a concretização dos objetivos buscados pela norma.

Art. 216 – O Tribunal deve uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. (ALTERADO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

§ 1º – A uniformização de jurisprudência neste Tribunal pode ser o resultado de um destes procedimentos: (INCLUÍDO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

I – incidente de resolução de demandas repetitivas;

II – incidente de assunção de competência;

III – incidente de arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. § 2º – Não caberá recurso contra a decisão que admitir a instauração dos incidentes previstos no § 1º deste artigo. (INCLUÍDO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

A disciplina completa se observa dos seguintes artigos do Regimento Interno:

Seção II - Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e do Incidente de Assunção de Competência. (INCLUÍDA PELA EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

Art. 218 – O incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência serão processados de acordo com as normas decorrentes do Código de Processo Civil e deste Regimento. (ALTERADO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

Parágrafo único – O incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência têm por objeto a solução de questão de direito material ou processual. (ALTERADO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

Art. 219 – O incidente de resolução de demandas repetitivas tem por objeto a solução de questão de direito que se repita em diversos processos individuais ou coletivos, quando houver risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. (ALTERADO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

§ 1º – O incidente será instaurado a partir de pedido dirigido ao Presidente do Tribunal, por ofício ou petição, na forma do art. 977 do Código de Processo Civil, que determinará a sua devida autuação em decisão publicada no Diário da Justiça eletrônico para ciência das partes. (ALTERADO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

§ 2º – Se houver mais de um pedido de instauração de incidente, tendo por objeto a mesma questão de direito, o Presidente do Tribunal escolherá o caso que mais bem represente a controvérsia, observado o disposto no § 6º do art. 1.036 do Código de Processo Civil, e determinará que os demais pedidos integrem a autuação a fim de que o Relator conheça dos argumentos levantados; os requerentes dos pedidos não escolhidos serão informados do número do incidente instaurado e as partes dos respectivos casos poderão participar do processo como intervenientes. (ALTERADO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

§ 3º – Determinada a autuação e distribuição do pedido selecionado, novos pedidos dirigidos ao Presidente envolvendo a mesma questão de direito serão rejeitados e devolvidos ao remetente com a informação de que já foi instaurado incidente sobre o tema e seu respectivo número a fim de que postulem eventual intervenção. (ALTERADO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

§ 4º – O incidente será distribuído por prevenção ao Relator do recurso, remessa necessária ou processo de competência originária do Tribunal do qual se originou ou, caso não integre o órgão competente para julgamento do incidente, por sorteio entre os seus membros efetivos. (ALTERADO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

§ 5º – Caso o incidente tenha sido suscitado no bojo de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária do Tribunal, os autos deverão ser apensados em atenção ao disposto no parágrafo único do art. 978 do CPC. (ALTERADO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

§ 6º – Distribuído o incidente, o Relator submeterá o exame da sua admissibilidade ao órgão colegiado competente para julgá-lo na forma deste Regimento. (ALTERADO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016). § 7º – Inadmitido o incidente e lavrado o respectivo acórdão, os autos permanecerão arquivados no Tribunal. (INCLUÍDO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE

MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

§ 8º – Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas pelo órgão colegiado, retornarão os autos conclusos ao Relator, que proferirá decisão na qual: (INCLUÍDO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

I – identificará, com precisão, a questão a ser submetida a julgamento;
II – identificará as circunstâncias fáticas que ensejam a controvérsia em torno da questão jurídica;

III – apresentará o índice com os fundamentos, acerca da questão jurídica, apresentados até o momento da admissão, inclusive os que constem de manifestações utilizadas para fins de instruir o pedido ou ofício de instauração, e com os dispositivos normativos relacionados à controvérsia;
IV – determinará a suspensão do trâmite dos processos, individuais e coletivos, na primeira instância ou no Tribunal, em que se discuta a questão jurídica objeto do incidente;

V – poderá requisitar informações sobre o objeto do incidente aos órgãos em que tramitem processos, judiciais ou administrativos, nos quais se discuta a questão objeto do incidente;

VI – determinará a intimação do Ministério Público para que participe do incidente, salvo quando já figurar como requerente;

VII – caso a questão objeto do incidente seja relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, comunicará ao ente público ou à agência reguladora competente para, querendo, participar do incidente, prestando informações;

VIII – determinará a inclusão do incidente no Cadastro de Incidentes do Tribunal e comunicará ao Conselho Nacional de Justiça a sua instauração para fim de inclusão, no Cadastro Nacional, das informações constantes dos incisos I a III do § 8º;

IX – organizará a instrução do incidente, podendo, inclusive, designar audiência pública, nos termos deste Regimento.

§ 9º – A suspensão determinada deverá ser comunicada, via ofício e por meio eletrônico, aos órgãos jurisdicionais vinculados ao Tribunal e aos juizados especiais no âmbito do Estado da Bahia, bem como ao Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (NURER). (INCLUÍDO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

§ 10 – As partes dos processos repetitivos deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seus processos, a ser proferida pelo respectivo juiz ou Relator, quando informados acerca da suspensão a que se refere o inciso IV do § 8º. (INCLUÍDO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

§ 11 – O Tribunal atualizará o seu cadastro eletrônico para incluir informações relativas ao ingresso de amicus curiae, designação de audiências públicas e outras informações relevantes para a instrução e o julgamento do incidente; logo em seguida, os novos dados serão informados ao Conselho Nacional de Justiça para que proceda às alterações no cadastro nacional. (INCLUÍDO CONFORME

EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

§ 12 – Além dos cadastros a que se refere o art. 979 do Código de Processo Civil, o Tribunal manterá os autos do incidente disponíveis para consulta pública na rede mundial de computadores. (INCLUÍDO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

A leitura dos dispositivos acima transcritos permitem observar o cuidado do Tribunal com a qualidade e legitimidade do procedimento e das decisões a serem tomadas, na medida em que respeita o princípio do colegiado até mesmo para a instauração do incidente, bem como prevê a máxima publicização do procedimento, com a notificação das partes de todos os processos envolvidos na mesma questão repetitiva, dos órgãos de estado e de fiscalização, do Ministério Público, e possibilitando a participação do amicus curiae. Cumpre este objetivo, ainda, a manutenção de cadastros em que se encontram registrados os incidentes admitidos, facilitando a publicidade das informações e gerenciamento das causas repetitivas perante o Tribunal.

Os efeitos vinculantes das decisões também encontram previsão,

Art. 223 – O acórdão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas ou o incidente de assunção de competência vinculará todos os órgãos jurisdicionais de primeira e segunda instância da área de jurisdição do Tribunal de Justiça, inclusive no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. (ALTERADO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

Art. 224 – O acórdão que inadmita a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de incompetência é irrecurível. (ALTERADO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

Art. 225 – O redator do acórdão que julgou o incidente de resolução de demandas repetitivas ou o incidente de assunção de competência é prevento para processar e julgar futuros incidentes em que se discuta a mesma questão jurídica, observado o art. 160 deste Regimento na hipótese de necessária substituição do Desembargador prevento. (ALTERADO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

Conforme já observado, o desenvolvimento e ampliação das técnicas de julgamento estável de casos repetitivos não pode gerar o engessamento do entendimento jurídico acerca da matéria. Por conta disso, a tradição germânica desenvolveu os instrumentos da distinção e superação, já analisados em tópicos anteriores. No âmbito do TJ/BA, o Regimento cuidou de prever expressamente a possibilidade de superação das teses, conforme se vê:

Art. 226 – A revisão da tese jurídica firmada no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas ou do incidente de assunção de

competência dar-se-á após instauração de novo incidente, observado o disposto nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 927 do Código de Processo Civil. (ALTERADO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016). § 1º – Admitida a instauração do incidente-revisor, o Tribunal deverá registrar a informação no seu cadastro eletrônico, inserindo a informação no registro do incidente em que houver sido fixada a tese; logo em seguida, os novos dados serão informados ao Conselho Nacional de Justiça para que proceda ao registro no cadastro nacional. (INCLUÍDO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016). § 2º – O Relator do incidente-revisor deverá intimar os sujeitos do incidente em que tenha ocorrido a fixação da tese para que, querendo, manifestem-se no incidente-revisor. (INCLUÍDO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016). § 3º – Caso a tese jurídica seja revisada, o acórdão que julgar o incidente deverá conter todas as informações previstas no art. 222 deste Regimento e, ainda, indicar expressamente os parâmetros para modulação temporal da eficácia da decisão revisora. (INCLUÍDO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016). § 4º A revisão da tese jurídica impõe que enunciado de súmula anteriormente editado a partir da sua consolidação seja revisto ou cancelado e, se for o caso, editado enunciado a partir da nova tese jurídica. (INCLUÍDO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 01/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016)

Para garantia da eficácia máxima dos entendimentos firmados, as normas processuais preveem uma série de institutos estabilizadores, a exemplo da possibilidade de julgamento monocrático de recursos contrários a teses firmadas em IRDR, dispensa de reexame necessários nas mesmas hipóteses, bem como a previsão da Reclamação, como instrumento primordial na defesa da autoridade das decisões e entendimentos firmados pelos Tribunais:

Art. 248 – Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões ou a observância de precedente formado em julgamento de incidentes de resolução de demandas repetitivas e incidentes de assunção de competência caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público, nos termos do art. 988 do Código de Processo Civil. (ALTERADO CONFORME EMENDA REGIMENTAL N. 02/2016, DE 16 DE MARÇO DE 2016, DJe 17/03/2016).

Conclusão

O presente artigo buscou investigar as mudanças sociológicas e políticas que fundamentam a alteração da forma de solução de conflitos pelo poder judiciário, ensejando a necessidade de tratamento isonômico a questões idênticas, trazidas pelas demandas de massa, crescentes no cenário atual.

Sendo assim, observou-se o fortalecimento do sistema de precedentes, como uma fer-

ramenta capaz de auxiliar na concretização dos princípios constitucionais da igualdade, celeridade e economia processuais, bem como na efetividade da prestação jurisdicional.

Nesse contexto, analisou-se alguns conceitos básicos relativos ao sistema de precedentes, bem como a necessidade de releitura de alguns princípios clássicos da tradição jurídica brasileira.

Neste cenário, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é criado pelo Código de Processo Civil de 2015, visando a concretização dos objetivos supramencionados, conferindo aos Tribunais de segundo grau a possibilidade de uniformizar sua jurisprudência, nos moldes já permitidos aos tribunais superiores.

Estudou-se os fundamentos objetivos para a instauração do Incidente, bem como a importância da discussão acerca da legitimidade, que reflete diretamente na qualidade e democratização das decisões a serem tomadas pelo órgão competente.

Por fim, realizou-se uma revisão normativa acerca do tratamento dado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia que, em seu Regimento Interno, apresentou toda a disciplina necessária à efetivação do IRDR, objetivando não deixar lacunas que impedissem a realização dos fins almejados.

Sendo assim, a síntese da questão, no meu entender, caminha no sentido de que a realidade social apresentada demanda um tratamento diferenciado por parte do Estado, em especial do Poder Judiciário, que enfrenta desafios na consecução de sua finalidade constitucional. Sendo assim, novas técnicas são desenvolvidas a fim de proporcionar uma prestação jurisdicional adequada, característica que envolve, a um só tempo, celeridade, efetividade e isonomia, mas, também, qualidade da fundamentação, democratização, informação e ampla participação.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, neste contexto, representa mais um instrumento a disposição dos Tribunais, para que aprimorem os mecanismos de solução de conflitos, uniformizando seus entendimentos, de forma a atender os objetivos constitucionais do processo, sem deixar de atentar às garantias exigidas.

Vê-se, por fim, que o Tribunal de Justiça da Bahia tem envidado esforços para gerenciar e aprimorar sua prestação jurisdicional, enfrentando os desafios já conhecidos, apresentando uma completa disciplina do instituto, para garantir sua verdadeira efetividade.

**O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE
APLICADO À MEDIAÇÃO JUDICIAL: A validade da manifestação
da vontade nos acordos celebrados sem assessoramento
jurídico e a necessidade de aceitação de acordos
de família menos rígidos.**

SILVIO MAIA DA SILVA¹

RESUMO

O Código de Processo Civil introduziu o procedimento da mediação como meio de resolução de questões ajuizadas, enquanto a Lei de Mediação determinou a prática da mediação pré-processual nos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos. Para poder lidar com essa forma de resolução de controvérsias têm sido formados profissionais da mediação em todo Brasil. A aplicação desse método produzirá acordos que não se encaixarão em pré-determinadas fórmulas rígidas, mas que tendem a ser eficazes e cumpridos espontaneamente, porque decorrem da livre manifestação da vontade, tema central deste artigo, aqui abordado sob dois aspectos, o primeiro sobre a validade do acordo celebrado sem a assessoria de advogado, assunto que tem sido alvo de dúvida, em virtude do que dispõem o § 9º, do art. 334, do Código de Processo Civil, e o art. 26 da Lei de Mediação. Já o segundo tema afirma a necessidade da aceitação de acordos mais flexíveis nas questões de família, em virtude da restrição à autonomia da vontade contida no art. 731 do Código de Processo Civil.

Palavras-chave: princípio da autonomia da vontade, princípio da decisão informada, mediação judicial, mediação pré-processual, centro judiciário de solução consensual de conflitos, Cejusc, transação extrajudicial.

1. Introdução

Como não poderia deixar de ser, a Lei de Mediação e o Código de Processo Civil elegeram a autonomia da vontade como um dos princípios orientadores da mediação (arts. 166 do CPC e 2º da LM).

Por sua vez, a jurisprudência e a dogmática caminharam no sentido de prestigiar a livre determinação do indivíduo na condução do seu destino, sobretudo naquilo que é mais valioso, como as relações familiares que nos últimos anos passaram por transformações importantes.

Na década de 1970 foi rompida a secular tradição de indissolubilidade do casamento com a instituição do divórcio. Ao longo dos anos foi moldado o conceito do que veio a ser atualmente a união estável. No ano de 2010, com a Emenda Constitucional nº 66 foi abolida a necessidade do interregno de dois anos de separação de fato para a concessão do divórcio.

¹ Assessor do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Escola de Magistrados da Bahia (Emab). Email: silviomaia1@gmail.com.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal passa a admitir a união estável entre pessoas do mesmo sexo (na ADPF 132 e ADI 4.277) e o Superior Tribunal de Justiça passa a admitir o casamento. A coexistência da paternidade socioafetiva e da paternidade biológica passa a ser admitida, e o afeto passa a ser um valor jurídico nas relações familiares (REsp nº 1.183.378-RS).

Assim, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) em março de 2016, e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), no final do ano anterior, passamos a contar com novos marcos legislativos que influenciarão a forma de conduta das pessoas em geral e dos profissionais do Direito no encaminhamento de solução dos conflitos de interesse.

Os projetos dessas duas normas, por algum tempo, sofreram tramitação simultânea no Congresso Nacional, o que permitiu ao legislador a realização de ajustes que proporcionaram harmonia entre ambos os textos acerca da mediação, tema que será desenvolvido nos dois capítulos a seguir, sob a ótica do princípio da autonomia da vontade, um dos pilares da própria mediação e do Direito Privado.

2. A validade da manifestação da vontade nos acordos celebrados sem assessoramento jurídico

A presença do advogado nas sessões de mediação, sejam processuais ou pré-processuais, proporciona à parte uma tomada de decisão segura. A falta de assessoramento desse profissional poderá inviabilizar a mediação, em virtude do desconhecimento jurídico pelo mediando.

A lei processual afirma que a partes devem estar “acompanhadas” (§ 9º, do art. 334) e a lei nº 13.140/2015 afirma que as partes devem ser “assistidas” por advogados (art. 26), mas o sentido das duas normas parece idêntico – de que o papel do advogado nessas audiências é o de proporcionar assessoramento jurídico.

A presença do advogado possibilita à parte receber um serviço que somente ele poderá oferecer no momento da sessão, uma vez que o mediador, mesmo que tenha formação jurídica, não poderá assessorar as partes. Se a parte não assessorada por advogado não tiver a real dimensão das implicações das questões discutidas, a mediação não poderá se desenvolver.

Cabe ao advogado, primeiramente, verificar se a mediação é o meio adequado ao conflito em relação à determinada questão apresentada pelo do seu cliente, e, havendo indicação, na fase de pré-mediação é preciso adotar cuidados específicos e diferentes de uma audiência judicial (ROCHA e SALOMÃO, 2017, p. 246).

Para o mediador, a presença do advogado em sessão de mediação constitui um fator facilitador, porque as partes poderão ser auxiliadas na compreensão adequada sobre as possibilidades e consequências do acordo. Portanto, o assessoramento jurídico poderá ser indispensável nas sessões de mediação, mas nem sempre.

Mesmo antes da vigência da atual lei processual, o entendimento jurisprudencial estabelecido foi no sentido de validar a audiência quando realizada meramente para a tentativa de autocomposição sem a participação do advogado. Neste sentido, RESP 77399-SP, RESP 50669-SP e REsp 92478/PR, afirmando este último:

Restrita a audiência à tentativa de conciliação das partes, não se faz imprescindível a presença dos advogados de todas elas. Recurso especial não conhecido (RESP 1996/0021690-8, Relator Ministro BARROS MONTEIRO, 4ª T, DJ 20/05/2002, p. 142, RSTJ vol. 161 p. 341).

Já o Informativo STJ nº 582 comenta outro julgamento do mesmo Tribunal, no sentido de que “é válido o acordo de alimentos celebrado pelos interessados na presença do magistrado e do Ministério Público, mas sem a participação do advogado do alimentante capaz”.

Mais que isso: mesmo em audiências de instrução e julgamento, em que o advogado tem um papel necessário – porque exercerá a representação e praticará atos privativos da sua profissão, de natureza postulatória – é possível a realização sem a sua presença. Segundo dispõe o § 2º, do art. 362, do Código de Processo Civil, “o juiz poderá dispensar a produção das provas requeridas pela parte cujo advogado ou defensor público não tenha comparecido à audiência, aplicando-se a mesma regra ao Ministério Público”.

Idêntico dispositivo constava no Código de Processo Civil de 1973 (art. 453, § 2º), de interpretação uniforme pelos tribunais, segundo o qual “[...] está o juiz autorizado a dispensar a produção das provas requeridas pelo advogado que não comparece à audiência injustificadamente” (REsp 679377-AM, Relator Ministro Fernando Gonçalves, 4ª Turma, DJE de 02/02/2009), entendimento esse também adotado pelos autores, dentre os quais Athos Gusmão Carneiro e Humberto Tehodoro Júnior.

Já com relação à audiência de mediação, a ausência do advogado se torna natural quando resultar de uma deliberação consciente do próprio profissional e da parte. Nessa audiência – que a maioria dos doutrinadores prefere denominá-la “sessão de mediação” – o mediador exerce um papel diferente do juiz. Enquanto este conduz o processo para uma solução adjudicada, o mediador participa de um procedimento que apenas busca a incidência da vontade que pode proporcionar a solução consensual. O primeiro se orienta pelas rígidas regras de direito público do processo e o segundo, pelas regras do direito privado que induzem que as próprias partes encontrem a solução para o objeto do processo. Portanto, a principal diferença entre um e outro é que o mediador não dispõe de poder decisório, como afirma o parágrafo único do art. 1º, da Lei de Mediação.

A fase de mediação constitui uma trégua à litigiosidade, porque o vigente Código de Processo Civil aboliu a ideia de audiência una em que a parte requerida deve comparecer para a tentativa de conciliação, mas também para apresentar a sua defesa e exercer todos os atos postulatórios a ela inerentes.

Na verdade, a legislação processual fez mais que estabelecer uma trégua, isso porque, além de inibir a prática de atos do processo litigioso nessa fase, elegeu o método da mediação, que está submetido por disciplina própria, não contida na lei processual, na qual o tema é abordado de forma superficial, apenas naquilo que é essencial, no seu art. 165, § 3º.

Assim, percebe-se que a audiência para a tentativa de autocomposição concebida no Código de Processo Civil é diferente da prevista na Lei nº 9.099/1995, de sorte que na audiência realizada nos Juizados Especiais a presença do advogado também se faz necessária para o momento seguinte à de tentativa do acordo, em que surge a oportunidade de apresentação de defesa na mesma audiência.

Portanto, o que se verifica na audiência do CPC de 2015 é a suspensão momentânea do procedimento heterocompositivo, para se adotar o procedimento autocompositivo, cujo regramento está inserido em normas extravagantes, como a Lei de Mediação e a Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e cujas condutas são especificadas no Manual de Mediação Judicial editado pelo referido conselho, dentre outros.

Em relação à atuação do mediador, o Código de Processo Civil limitou-se a afirmar que este auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, solu-

ções consensuais que gerem benefícios mútuos (art. 165, § 3º), sem poder decisório (parágrafo único, do art. 1º, da LM).

Além disso, tanto a Lei de Mediação (no art. 2º) como o Código de Processo Civil (no art. 166) elegeram a autonomia da vontade como um dos princípios orientadores da mediação. Soma-se a esse princípio o da decisão informada. Esses dois pilares estão relacionados à eficácia do acordo celebrado, cabendo ao mediador evidenciar a sua incidência. O primeiro princípio relaciona-se ao exercício da capacidade civil, e o segundo, de caráter mais subjetivo, consiste na constatação de que o mediando detém as condições para compreender os aspectos da negociação e de suas consequências e possa identificar solução adequada para a questão objeto da mediação.

O princípio da independência também contribui para a incidência da livre manifestação da vontade, assim explicado por Daniel Amorim Assumpção Neves:

Os conciliadores e mediadores devem atuar de forma independente, sem sofrerem qualquer espécie de pressão interna ou externa. Nos termos do art. 1º, V, do Anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ, a independência também permite ao conciliador e ao mediador deixar de redigir solução ilegal ou inexequível, em nítida prevalência da ordem jurídica e da eficácia da solução do conflito em detrimento da vontade das partes. Trata-se do princípio do respeito à ordem pública e às leis vigentes, constante expressamente da norma administrativa, mas não presente no art. 166, caput, do Novo CPC (NEVES, 2016, p. 97).

Soma-se a esses princípios a confidencialidade que, nos termos do § 1º do art. 166, do Código de Processo Civil, se estende a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

A Lei de Mediação reforça a ideia de confidencialidade no seu art. 30, em que esse princípio alcança a declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra (inciso I); o reconhecimento de fato no curso do procedimento de mediação (inciso II); a manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador (III) e o documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação (IV).

Portanto, o que ocorre na sessão de mediação – que consiste na aplicação de um procedimento complexo – não tem repercussão no resultado do processo, a não ser quando alcançado o acordo. Toda a discussão estabelecida nesse procedimento (que deve ser concluído em 60 dias) resulta protegida pelo sigilo. Os fatos indevidamente revelados não terão utilidade, uma vez que a Lei nº 13.140/2015 estabelece que a prova apresentada em desacordo com o disposto no seu art. 30 não será admitida em processo arbitral ou judicial (§ 2º).

Assim, ao admitir a mediação como forma de solução de uma lide, o legislador proporcionou as condições para a migração momentânea de um procedimento para outro, blindando a tentativa de autocomposição com regras que permitem o seu desenvolvimento por meio do exercício da livre manifestação da vontade, sem contaminação do procedimento litigioso que, no caso de insucesso da negociação, apenas receberá a informação da ocorrência da aplicação do procedimento autocompositivo, sem alcance do consenso.

De acordo com o art. 334, § 8º, do Código de Processo Civil, somente a ausência injustificada da parte à sessão de mediação é considerada ato atentatório à dignidade da justiça, sancionável com penalidade de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do

valor da causa. Com isso, fica evidente que somente a ausência da parte é capaz de inviabilizar a mediação.

Esse entendimento é compartilhado por Daniel Amorim Assumpção Neves, segundo o qual:

Apesar de aparentemente instituir um dever, o dispositivo não prevê a consequência de seu descumprimento. Entendo que não se trata efetivamente de um dever, mas de uma faculdade da parte, até porque o ato de autocomposição ou mediação é ato da parte, que independe de capacidade postulatória, de forma que a ausência de seu patrono nessa audiência não impede que a solução consensual seja obtida e homologada pelo juiz. Dessa forma, a ausência do advogado não impede a realização da audiência e a consequente autocomposição (NEVES, 2016, p. 576).

Portanto, a ausência do assessor jurídico não enseja o adiamento da audiência. Se ensejasse, isso resultaria desproporcional em relação à audiência de instrução e julgamento, na qual a presença do advogado é necessária à defesa dos interesses do seu cliente, mas mesmo assim a sua ausência não provoca o adiamento.

Por sinal, o Código de Processo Civil menciona as causas que ordinariamente podem obstar a realização da sessão de mediação ao afirmar no § 4º do art. 334 que essa audiência não será realizada se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual ou quando não se admitir a autocomposição. Afora isso, a falta à audiência por uma das partes será considerada atentatória à dignidade da justiça. Esse tratamento ocorre porque o não comparecimento da parte inviabiliza a tentativa de autocomposição, o que não se verifica em relação ao advogado, cuja ausência não tem a mesma repercussão no processo.

Caso a ausência do advogado ensejasse o adiamento da audiência, haveria postergação do feito e prejuízo para a outra parte, principalmente quando essa parte é o demandante que está acompanhado do seu advogado. Caso a ausência do advogado não resultasse na redesignação da audiência, mas frustrasse a tentativa da autocomposição, abrindo-se o prazo para a defesa, haveria a supressão de um ato obrigatório do processo (a tentativa de autocomposição). Por isso, o processo deve seguir o seu curso com a realização da sessão de mediação.

Por outro lado, o art. 334 do Código de Processo Civil não seria efetivo se presença do advogado fosse condição para a realização da audiência, uma vez que sequer é possível intimar-se o advogado do réu se este ainda não constituiu patrocínio para a causa.

Quando levado em consideração determinados casos concretos, como o mencionado na decisão do STJ no REsp 92478/PR, em que se discute mero valor de pensão de alimentos, ninguém melhor conhece a dimensão do problema discutido que as próprias partes. Nada mais razoável em casos como esse que a parte possa dispensar o assessoramento jurídico, se assim entender. Muitas vezes essa solução já existe e vem sendo praticada com habitualidade, como se verifica com os genitores separados de fato há vários anos, que mantêm harmonia em relação ao sustento dos filhos e que procuram o Poder Judiciário apenas para formalizar uma situação consolidada entre elas.

Ao proferir o seu voto no REsp 92478/PR, o Ministro Barros Monteiro argumentou:

Cingindo-se a audiência à tentativa de conciliação, tornava-se dispensável a presença dos senhores advogados. Pontes de

Miranda leciona que “o Código de 1973, arts. 447-449, introduziu o procedimento conciliatório. Na doutrina estrangeira frisa-se que, apesar de estar incluso no processo, é procedimento independente, cuja finalidade é obter-se solução amigável e tem de ser antes de se acentuar a contenciosidade. Com ele, as pessoas que exerceram a pretensão à tutela jurídica recebem a prestação em tentativa de levar a acordo, mesmo que consista em renúncia, desistência ou transação ou outro resultado solutivo. A conciliação não está submetida às exigências que a lei faz ao proferimento das sentenças, porque, assinado o termo pelas partes, apenas tem de ocorrer a homologação, que tem a eficácia de sentença, e é sentença (art. 449, *verbis* ‘terá valor de sentença’). Os pressupostos são os que existem para os atos constitutivos das partes (capacidade para ser parte, capacidade processual e poder de representação legal). O que se há de exigir para a conciliação é o que o sistema jurídico, no plano do direito privado (ou público, se a parte é entidade estatal), faz obrigatório para a existência e a validade dos negócios jurídicos, especialmente das transações” (Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V, pág. 15, 3ª ed., atualizada por Sérgio Bermudes).

É ainda da jurisprudência desta Casa o entendimento de que, tratando-se de direito disponível, é lícito à parte, maior e capaz, ainda que desacompanhada de seu patrono, firmar acordo que lhe pareça adequado à solução do litígio [...], (DJ de 20/05/2002, p. 142).

No mesmo sentido é a já citada decisão no Resp nº 50.669-7/SP, segundo a qual “Petição de acordo assinada pelo advogado do autor e pelo réu diretamente, sem a intervenção do advogado do último. Transação válida, em tese, que só poderá ser anulada em ação própria, provando-se a existência de vício que a torne nula ou anulável” (Julgado em 08/03/1995, relator Ministro Assis Toledo, Publicação 27/03/1995, DJ, p. 7179).

Sem dúvida, embora o propósito da lei seja o de proporcionar maior segurança quanto às consequências jurídicas de uma negociação, não pode o legislador, sob pena de violar o princípio da autonomia, impor para todos os casos a obrigação de assistência jurídica, porque a decisão de se recorrer a esse tipo de assessoramento se insere no próprio âmbito de autonomia da vontade, uma vez que, encontrando-se a parte no livre exercício da capacidade civil, cabe a ela decidir se necessita ou não do assessoramento, sem o que o exercício desse direito não se verificará.

A observância do princípio da autonomia é reiterada no § 4º, do art. 166, do Código de Processo Civil, em que se afirma que “a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados”, sendo extensivo inclusive à definição das próprias regras procedimentais.

O art. 26 da Lei de Mediação ratificou a desnecessidade de assistência jurídica prevista nas leis nºs 9.099/1995 e 10.259/2001, embora nesse caso não se verifique mera negociação, mas a possibilidade da parte exercer o *jus postulandi* na fase cognitiva do processo de pequeno valor, tanto que, não havendo conciliação, o processo segue com a abertura de oportunidade para a apresentação de defesa, somente se exigindo a participação de advogado na fase recursal (§ 2º, do art. 41, da Lei nº 9.099/1995).

Por outro lado, deve-se considerar que a Lei nº 9.099/1995 concebeu um procedimento que é gratuito na fase de conhecimento, gratuidade essa também para o caso de necessidade

da assistência jurídica na audiência, tanto que o § 1º do seu art. 9º, dispõe que se uma das partes comparecer assistida por advogado terá a outra parte, se quiser, a assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local.

Portanto, para que o Código de Processo Civil pudesse obrigar a parte e estar assessorada por advogado na sessão de mediação, teria que, na mesma linha de conduta da Lei 9.099/1995, proporcionar o assessoramento gratuito ao demandado que não se fizer acompanhar por advogado à sessão de mediação. Sem essa alternativa, muitas audiências teriam que ser canceladas.

Aduz-se que a designação “assistência” utilizada pela Lei de Mediação tem o significado de assessoramento profissional. Esse assessoramento, embora relevante para o êxito da autocomposição, difere da assistência no seu sentido jurídico estrito, empregado em relação às pessoas que se encontram na faixa etária entre a incapacidade e a capacidade civil plena adquirida com a maioridade.

Mesmo quando considerado o seu conceito clássico (em relação ao ato praticado pelo relativamente incapaz), a falta de assistência não proporciona a invalidade do ato (art. 171, do Código Civil), fato esse que nos faz compreender as consequências jurídicas da falta de assistência ao plenamente capaz, decerto menores.

Ao se utilizar a expressão “assistência”, em vez de “assessoramento”, a lei de mediação parece emprestar um valor maior que o significado real do papel do advogado na sessão de mediação, mas não se pode colocar em pé de igualdade as assistências ao maior de idade e ao incapaz, sob pena de se relativizar a autonomia do plenamente capaz.

Diante da falta de assessoramento ao demandado, poderia o mediador redesignar a audiência, mas o que ocorreria se na audiência seguinte esse demandado voltasse a comparecer ao ato desacompanhado de advogado? Não poderia realizar a audiência, porque estaria contrariando o dispositivo ora comentado e não se poderia solicitar a atuação de defensor público, porque a parte não seria beneficiária desse direito. Assim, poderia se chegar à conclusão que não foi possível o consenso, dando por encerrada a fase de mediação, embora no caso concreto esse consenso fosse viável, mas foi obstado pela ausência do advogado.

Uma pessoa que acabou de completar 18 anos pode ser civilmente capaz para a prática de qualquer ato, mas poderá não ter a maturidade necessária para compreender as dimensões de uma questão mais complexa. Note-se que a parte poderá necessitar do assessoramento de profissional de outra área para decidir sobre determinado tema. Percebendo essa necessidade, o mediador poderá suspender a audiência para proporcionar à parte a oportunidade de se fazer acompanhar desse profissional, como recomenda o Manual de Mediação Judicial editado pelo Conselho Nacional de Justiça, segundo o qual:

Quando se tratar de situação em que a outra parte não tem advogado (não sendo o caso de presença obrigatória), e não lhe sendo designado um, deve-se ter cuidado para que a sua presença não signifique um desequilíbrio no processo.

[...]

Em suma, havendo qualquer desconfiança de que há desequilíbrio de poder entre as partes, deve o mediador interromper a mediação e pedir que as partes busquem orientação de um advogado ou da defensoria pública (AZEVEDO, 2016, p. 256).

Portanto, a necessidade do advogado na audiência, especialmente em relação à parte que ainda não teve assessoramento jurídico, dependerá da casuística, cabendo ao mediador avaliar cada situação, decorrendo daí a preocupação do legislador com a formação desse profissional.

Por último, é necessário respeitar a liberdade do advogado em se fazer ou não presente à sessão de mediação, decisão que deve caber a ele e ao seu cliente. Não será possível imputar ao advogado a infração ao dever profissional em face da sua ausência injustificada (exceto quando descumprir estipulação contratual estabelecida com o seu cliente) porque o art. 7º, I, da própria Lei 8.906/1994, lhe assegura a liberdade no exercício da profissão, o que significa que esse profissional não pode ser obrigado a praticar um ato que, pela sua índole, não deve ser compulsório, em relação ao qual deve prevalecer a independência para decidir.

Para corroborar tal entendimento, soma-se o § 1º do artigo 31 da supramencionada lei, que estabelece que o advogado no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.

Inserindo-se também no campo da autonomia da vontade, a avaliação da necessidade da presença do advogado à sessão de mediação, mesmo a incidental ao procedimento litigioso, cabe à parte e ao próprio profissional.

3. A necessidade de acordos de família mais flexíveis, que reflitam o princípio da autodeterminação.

Um dos desafios enfrentados na elaboração de uma nova codificação processual reside na tentativa de compatibilizar as novas práticas ao que existe de proveitoso na legislação anterior e que deve ser preservado.

Dentre as várias modificações introduzidas no Código de Processo Civil de 2015 emerge o estímulo à mediação como método de solução consensual de controvérsia, em oposição à decisão imposta em sentença proferida em procedimento litigioso.

O Código de Processo Civil tornou obrigatória a presença da parte à audiência de mediação e considerou como ato atentatório à dignidade da justiça o descumprimento desse preceito, determinando a aplicação da multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa.

Embora a mediação já não seja uma ideia inteiramente nova, a sua introdução como fase inicial do procedimento comum constituiu inovação e exigiu do legislador o esforço de tentar incorporar ao procedimento litigioso a prática desse método, sem que isso pudesse trazer prejuízos a princípios caros ao processo, como o da duração razoável, uma vez que a mediação, diferente da conciliação, demanda maior tempo para o amadurecimento de um acordo.

Com esse intuito, o legislador adotou alguns cuidados, a começar por esclarecer em que situações a mediação deva ser aplicada, isto é, “casos em que houver vínculo anterior entre as partes”, em que o mediador as auxiliará a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (§ 3º, do art. 165).

O art. 166 do Código de Processo Civil elegeu a independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a confidencialidade, a oralidade, a informalidade e a decisão informada como princípios orientadores do procedimento da mediação, o mesmo ocorrendo em relação à Lei de Mediação (art. 2º da Lei nº 13.140/2015).

Como já visto no capítulo anterior, o vigente CPC trouxe várias inovações como a exigência de formação técnica do mediador, para que seja possível permitir a aplicação adequada do método da mediação.

No entanto, em relação ao conteúdo do divórcio consensual, o novo Código de Processo Civil repetiu as regras que constavam no art. 1.121 do código de 1973, ao estabelecer no seu art. 731 que:

Art. 731. A homologação do divórcio ou da separação consensuais, observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão:

- I - as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns;
 - II - as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges;
 - III - o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e
 - IV - o valor da contribuição para criar e educar os filhos.
- Parágrafo único. Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta depois de homologado o divórcio, na forma estabelecida nos arts. 647 a 658.

Esse dispositivo poderá trazer dificuldades para o mediador, porque, como afirmado no § 3º, do art. 165, do mesmo Código de Processo Civil, se ao mediador cabe auxiliar os interessados a identificar por si próprios soluções consensuais que gerem benefícios mútuos, isso significa que o mediador não poderá efetuar sugestões quanto ao mérito da negociação e, mais ainda, não poderá impor fórmulas acabadas para o acordo.

Para exemplificar o que pode ocorrer na prática, basta verificar o julgamento da Apelação Cível nº 70063695373-RS, interposta pelo órgão Ministério Público. Nesse julgamento, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua 8ª Câmara, invalidou a sentença homologatória e determinou a supressão das lacunas que considerou existentes no termo de acordo assinado. Afirma-se no voto do relator:

Embora seja possível presumir que, na ausência de disposição expressa em sentido contrário, tenham os divorciandos renunciado alimentos entre si e concordado com a realização de visitas livres ao filho pelo genitor, e ainda que não ignore ter havido pronunciamento judicial a respeito da permanência do uso do nome de casada pela divorcianda (fl. 16), possivelmente suprimindo a omissão havida no “Termo de Entendimento”, o fato é que, ainda assim, faz-se necessário o preenchimento de algumas lacunas existentes no ajuste formalizado na sessão de mediação familiar, em atenção aos interesses do filho menor do casal, Rodrigo Junior (nascido em 08.03.2009, fl. 10), que devem ser prioritariamente resguardados.

Isso porque, conforme observado pelo insurgente, não restou previsto no ajuste a data de pagamento da verba alimentar pelo genitor (estipulada no valor de “no mínimo R\$ 100,00 mensais”) e o índice de reajuste dessa verba, não tendo sido especificadas, ainda, a modalidade do plano de saúde e, tampouco, quais as “despesas eventuais” do infante com as quais o genitor se compromete a contribuir, omissões que, não tendo

sido sanadas anteriormente à homologação, apesar da manifestação ministerial nesse sentido (fl. 13), consagram a formação de um título judicial de discutível exequibilidade, em prejuízo aos interesses do incapaz. (Diário da Justiça de 02/07/2015).

A explicação da suposta ilegalidade do termo de acordo estaria no fato de que nele - mesmo contendo pensão de alimentos em valor expresso em moeda - a obrigação de natureza eventual foi estabelecida sem quantificação do valor, embora essa modalidade de estipulação seja comum nos acordos de família e normalmente aceita como válida e fixada no interesse dos filhos.

A 8ª Câmara do TJRS considerou como um dos pontos lacunosos a não fixação de valor para a obrigação alimentar eventual, mesmo se tratando de uma obrigação em relação a um fato incerto e, portanto, de valor naturalmente ilíquido.

Por outro lado, a decisão tece crítica à inexistência de cláusula de alimentos entre os próprios divorciandos e, em face disso, concluiu que teria havido renúncia recíproca aos alimentos entre as partes. Por fim, a decisão conclui que a “desconstituição da sentença, com baixa à origem para que sejam sanadas tais omissões, é medida que se impõe.”

Evidente que a narrativa do acórdão decorre da aplicação de uma norma que pode estar em desarmonia com os princípios da mediação, isso porque previa a lei processual da época - como também prevê a atual - aduz que o acordo de divórcio deve conter “as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges”, o que, para o senso comum, costuma significar que o acordo de divórcio deve conter obrigação alimentar entre os cônjuges ou renúncia a esse direito. Assim, se examinarmos a decisão TJRS a partir das disposições do art. 731 do Código de Processo Civil, podemos tomá-la como adequada.

Mas os problemas não acabam aqui, porque o ordenamento jurídico não contempla a possibilidade de se obrigar alguém a estabelecer acordo em desconformidade com a sua vontade, quando estamos no campo do direito disponível.

Observe-se que no caso analisado a executividade judicial do título que previa o pagamento de pensão de alimentos em favor do filho menor de idade proporcionada pela sentença homologatória foi desconstituída pelo acórdão, de sorte que se o pagamento da pensão de alimentos convencionada deixar de ocorrer, o alimentando não mais disporá do título judicial.

Percebe-se assim que o interesse do alimentando restou desprotegido e retornou ao estado anterior ao acordo. Destarte, se o devedor de alimentos não se dispuser a participar de sessão de mediação e refazer a negociação, só restará a outra parte a via do processo de conhecimento e não mais o da execução, inclusive para perceber as parcelas vencidas.

Outro aspecto curioso é o que ocorre entre o dever alimentar entre os divorciandos. Pelo que ficou assentado no acórdão, para os ex cônjuges somente haveria duas opções: a fixação dos alimentos ou a renúncia. Ocorre que no momento da mediação poderia não existir a necessidade da pensão por qualquer das partes e quando isso verifica, o tema não chega a ser mencionado. Para o mediador, essa é uma questão que não existe e por isso não cabe a ele introduzi-la nas discussões. Muito menos, poderá ele deduzir que ocorreu a renúncia.

Atualmente tem-se verificado a existência de manifestações favoráveis do Ministério Público em relação a termos de acordo que não seguem com rigor o receituário do art. 731 do Código de Processo Civil, o que é positivo. A interferência no consenso da família que se reorganiza pode ser prejudicial. Na mediação, o procedimento envolve fases desde a escuta das partes, ordenamento das questões apresentadas, realização de sessões conjuntas e privadas,

com a discussão exaustiva de todos os pontos e, evidente que, quando se chega a um acordo, é porque os temas controvertidos foram esgotados, proporcionando entre os mediandos um esgotamento e sensação e de alívio pelo alcance da solução e pelo restabelecimento da comunicação. Esse um êxito das partes que deve receber a devida valoração.

Um dos objetivos do procedimento consiste na satisfação do usuário com o resultado do acordo, tanto que a definição de qualidade em mediação consiste no conjunto de características necessárias para o processo autocompositivo que irá, dentro de condições éticas, atender e possivelmente até exceder as expectativas e necessidade do usuário (AZEVEDO, 2016, p. 106).

Nos dias de hoje, não se pode considerar lesivo um acordo em que os pais não fixam alimentos em forma de pensão, desde que essa emanção de vontade seja considerada a mais adequada pelas partes. É legítimo ao alimentante que venha contribuído com regularidade com o sustento do filho, de forma consensual e espontânea, possa manter essa rotina no caso de formalização de um acordo de divórcio.

Obrigar as partes a rever as condições de um acordo que foi resultado da aplicação do procedimento da mediação, com o esgotamento de todas as suas etapas ou determinar a modificação de um acordo que reflete uma conduta habitual das partes, que foi reiterada na sessão de mediação e satisfaz os interesses envolvidos, além de resultar em intervenção na autonomia privada, pode ser uma medida inócua, caso as partes não se disponham a renegociar o acordo celebrado.

Determinar que as partes estabeleçam estipulações contratuais em desacordo com a sua realidade, mesmo em nome da preservação de interesse de criança, poderá resultar na transformação do acordo em peça artificial, caso as partes resolvam aceitar essas fórmulas pré-estabelecidas apenas de modo pró-forma, conduta que não contribuirá com a solução do caso concreto e para a evolução do instituto da mediação.

Por isso, o princípio da autonomia da vontade consagrado no CPC e na Lei de Mediação deve ser prestigiado, por se tratar de diretriz fundamental à mediação e representar o que existe de novo na legislação processual vigente, de sorte que os incisos II, III e IV do art. 731, do Código de Processo Civil, herdados do sistema processual revogado, devem ter o seu rigor abrandado ou sua aplicação harmonizada com princípio da autodeterminação. Por isso, a maneira de harmonizar os artigos 166 e 731 do CPC consiste na existência de acordos menos rígidos, ajustados à realidade de cada caso.

Determinações como a de que o juiz deva prolatar decisão líquida (491 do CPC), bem se ajustam ao procedimento litigioso, porque a decisão imposta tende a ser resistida. Já nas soluções provenientes da mediação, principalmente em matéria familiar, existe a maior preocupação com o restabelecimento da comunicação entre as partes e com o enfoque prospectivo. O que se espera - e ocorre na quase totalidade desses acordos - é o implemento espontâneo e, mesmo quando inadimplemento ocorra em virtude de alguma dificuldade do devedor, é possível se recorrer novamente ao procedimento autocompositivo para resolvê-lo.

De modo contrário, o acordo extremamente rígido, com previsão de todas as consequências de eventual inadimplemento, poderá até mesmo induzir à litigiosidade (antes inexistente) e fazer com que a parte se afaste da tentativa consensual e busque a sua satisfação compulsória, em um momento em que a obrigação já não mais se ajuste à realidade do sujeito passivo da obrigação.

Negar o resultado da mediação pode significar a contrariedade de dispositivos do Código de Processo Civil, da Lei de Mediação e da própria Constituição Federal. Nesse sentido é entendimento do Ministro Luiz Fux:

[...] a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador [...]

O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei” (Recurso Extraordinário nº 898060-SP, DJE nº 187, de 23/08/2017).

A maior garantia da preservação do interesse da criança pode estar na forma como a família se reorganiza consensualmente. Se essa pacificação foi alcançada, a intervenção estatal por meio da imposição de regras que estejam em desconformidade com essa realidade poderá causar desarmonia onde já se obteve o consenso.

Considerações Finais

Retomando ao primeiro tema, não se pode deixar de mencionar a iniciativa do Projeto de Lei nº 5.511/2016, da Câmara dos Deputados, encaminhado ao Senado Federal no dia 14 de junho de 2018. Caso esse projeto venha a ser transformado em lei, será criada para o advogado a obrigação de participar das sessões de mediação e conciliação, embora o mais adequado seria propor uma faculdade, para que a presença em audiência possa decorrer de uma decisão ajustada entre o profissional e o seu cliente, ante a uma real necessidade e não se reduza o papel do advogado ao de mero expectador de uma negociação simples que dispensa o assessoramento jurídico. No entanto, a futura lei, se aprovada, criará apenas um dever para o advogado, sem modificar os dispositivos do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, que é norma especial. Certamente dúvidas de interpretação surgirão e o andamento de sessões de mediação e conciliação poderá ser prejudicado.

Evidentemente que o ideal é que todas as partes possam estar assessoradas por advogado na audiência do art. 334 do CPC, mas, obstar a realização dessa audiência em face da ausência do advogado prejudicará a dinâmica processual, porque é partir da data da sua realização que se abre a contagem do prazo para a defesa do demandado.

Frustrar a realização dessa audiência também implica na supressão da autonomia da vontade, caso as partes presentes se disponham a um acordo e não possam concluí-lo.

Pior ainda seria a tentativa de invalidar o acordo que foi celebrado sem o assessoramento jurídico com base tão somente nesse fato (que não constitui requisito de validade do negócio jurídico), o que importaria no prejuízo de regras que encontram amparo até mesmo na Constituição Federal, que eleva o negócio jurídico perfeito ao mesmo patamar da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI), além de se relativizar a capacidade do plenamente apto à prática dos atos da vida civil, direito fundamental previsto nos arts. 1º e 5º do Código Civil Brasileiro.

O ato de contestar a ação é uma faculdade da parte demandada, direito esse que pode ser exercido depois de ultrapassada a audiência prevista no art. 334 do CPC. Portanto, até mesmo o exercício do contraditório se insere no âmbito da autonomia privada, de sorte que somente quando o réu decide por contestar a lide é que a atuação do advogado passa a ser inevitável, muito embora seja melhor que o advogado possa participar das sessões de mediação e conciliação. No entanto, como isso nem sempre ocorrerá, é necessário que o processo

possa seguir o seu curso normal, mesmo quando a presença do advogado não se verifique por ocasião da realização desse ato.

Quanto às matérias de família, pode-se concluir que o Poder Judiciário vem adotando posições consideradas avançadas, a ponto de resignificar o texto constitucional no julgamento da ADPF 132 e ADI 4.277. Por isso, esse mesmo Poder não deve adotar conduta ambivalente, que possa ser considerada retrógrada em questões que digam respeito à reorganização da família em consenso alcançado pela mediação.

A experiência revela que as famílias efetivamente pacificadas não são as que simplesmente assinam um termo de acordo que pode não ser cumprido, mas sim as que adotam uma conduta de entendimento permanente, sendo esse enfoque prospectivo um dos objetivos da mediação. Soma-se a isso o fato de que a separação de um casal, embora tenha consequências de difícil superação, não diminui a capacidade dos pais em relação aos cuidados com os filhos, de modo que é necessário que a vontade possa ser exercida com maior autonomia nesse campo.

Por tudo isso, a aplicação do art. 731 do Código de Processo Civil deve ser harmonizada os princípios e normas que regem a mediação e, nesse sentido, deve-se admitir como plenamente válidos os instrumentos de acordo de divórcio decorrentes da emanção da vontade das partes em regular procedimento de mediação que:

a) Não façam referência à existência obrigação alimentar ou à renúncia a esse direito entre os ex cônjuges, quando esse tema não tiver sido trazido pelas partes, como uma questão a ser dirimida, especialmente na mediação pré-processual.

b) Disponham de cláusulas em que os pais declarem que não existe necessidade de fixação de alimentos expressa em moeda, porque o sustento dos filhos vem sendo provido pelos genitores de forma consensual e espontânea, conduta esta que os mediandos pretendem preservar, por considerá-la adequada.

c) Não disponham de cláusulas que estabeleçam regras rígidas em relação à regulamentação da convivência familiar, com o estabelecimento de calendário fixo de visitação aos filhos, caso isso não corresponda à realidade da família que tenha optado por uma convivência mais livre, baseada na realidade e no diálogo permanente dos seus membros e exercida com base na autoridade parental conferida aos pais.

Para que a autonomia possa incidir adequadamente, o CPC adotou a mediação como forma de tratamento dos conflitos e inseriu entre as normas fundamentais do processo (art. 3º, § 3º) o dever de estímulo dos métodos autocompositivos pelos Juízes de Direito, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público. Esses agentes acumulam experiências que podem proporcionar a concepção e fórmulas pré-concebidas de soluções que podem ser plenamente viáveis, mas que podem não coincidir com o consenso das partes.

Por fim, é necessário também distinguir a intervenção no procedimento litigioso da atuação no procedimento consensual, em que, sempre que possível, a autonomia da vontade que proporciona a solução ideal à realidade das partes deve ser prestigiada.

Referências

AZEVEDO, André Gomma (org.). Manual de Mediação Judicial. 6ª edição. Brasília: 2016.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de, PANTOJA, Fernanda Medina e PELAJO. Samantha (org.), A Mediação no Novo Código de Processo Civil. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil, volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2016).

ROCHA, Caio Cesar Vieira e SALOMÃO, Felipe Luis (org.). Arbitragem e Mediação. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

TARTUCE, Fernanda, Mediação nos Conflitos Cíveis. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Método, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-a-coes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>. Acesso em: 23/06/2019.

BRASIL. Fórum Nacional de Mediação e Conciliação. Disponível em: http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/cms/grupopaginas/124/1084/file/ENUNCIADOS%20APROVADOS_Comiss%C3%A3o%20Acesso%20Just%20Cid%20CNJ.pdf. Acesso em: 23/06/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28898060%2E%2E+OU+898060%2EA-CMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2zju8d>. Acesso em: 23/06/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em: 23/06/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Est. Rio Grande do Sul. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF=8-&ie=UTF8-&ud1=&sort-date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70063695373-RS&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70063695373&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 23/06/2019.

Fernanda Tartuce, Mediação nos Conflitos Cíveis. 3ª edição. Rio de Janeiro. Método. 2016, página 273.

DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

FERNANDA MARQUES SAMPAIO

Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia.
Assessora de juiz do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.
Endereço: Rua Humberto de Campos, Ed. Humberto de Campos,
n. 145, ap. 402, Graça, Salvador/BA, CEP 40.150-130.
Telefone: (71) 986220664
Correio eletrônico: fmsampaio@tjba.jus.br.

RESUMO

O presente estudo se propõe a analisar a aplicabilidade da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no mandado de segurança individual, ante as previsões do Novo Código de Processo Civil. Para tanto, examina-se o julgamento pelo ônus da prova, em análise das teorias estática e dinâmica e sua disciplina no ordenamento jurídico brasileiro até o alcance da redação legislativa do art. 373 do Novo Código de Processo Civil, bem como sua relação com as normas fundamentais do processo. Investiga-se o regime probatório do mandado de segurança individual frente à garantia fundamental à impetração e à noção constitucional de direito líquido e certo, analisando-se, ainda, a ideia de prova pré-constituída, a sujeição passiva e o caráter da peça de informações no writ. Por fim, avalia-se o procedimento da exibição de documentos ante a presunção de veracidade de fatos objeto de prova, aferindo-se a possibilidade de dinamização do onus probandi na ação de mandado de segurança, desde quando preenchidos os pressupostos que a autorizam.

Palavras-chave: Mandado de segurança. Ônus da prova. Teoria dinâmica. Novo Código de Processo Civil.

1. Introdução

O Novo Código de Processo Civil positivou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no procedimento comum, consolidando antiga tendência doutrinária e jurisprudencial e encerrando discussões acerca da sua utilização no sistema jurídico brasileiro.

Tal previsão, nítido reflexo da constitucionalização do Processo Civil, reconhece o direito à prova como direito processual fundamental, diretamente relacionado à motivação das decisões judiciais e à legitimação da coisa julgada material.

No âmbito principiológico, a possibilidade de aplicação do ônus probatório dinâmico efetiva diversas normas fundamentais do processo, derivadas da cláusula constitucional do

devido processo legal, tais como as cláusulas gerais da boa-fé processual e da igualdade processual, o princípio da cooperação e o contraditório substancial.

A nova previsão legislativa dá azo a questionamentos acerca da sua aplicação às ações de rito específico para as quais o CPC tem encaixe subsidiário, em especial àquelas que possuem regime de prova diferenciado, tal como o mandado de segurança.

A fim de responder a tais questionamentos, faz-se necessária uma leitura constitucional do modelo probatório desta ação constitucional, analisando-se os conceitos de direito líquido e certo e de prova pré-constituída a partir da garantia fundamental do direito à impetração, perpassando-se discussões acerca do objeto de prova no writ.

Neste particular, é de se pontuar o procedimento de exibição de documentos, previsto tanto no Código de Processo Civil quanto na Lei n. 12.016/09, refletindo-se acerca da presunção de veracidade de fatos probandos e sua aplicação na ação de mandado de segurança, como possível adoção da teoria dinâmica do ônus da prova nesta ação mandamental.

Tal discussão leva ao exame do alcance da indisponibilidade de direitos por parte da Fazenda Pública, e à realização de sugestões procedimentais, no intuito de viabilizar a proposta deste estudo, relativas ao momento de distribuição do encargo probatório, à oportunização do contraditório em contraponto à celeridade processual e ao comando sentencial resultante do julgamento pelo ônus da prova no mandado de segurança individual, à luz de uma leitura constitucional da matéria.

A relevância do tema é especialmente ressaltada quando se identifica, na jurisprudência, enorme divergência sobre o assunto, que vem sendo decidido de diferentes maneiras pelos tribunais do país, resultando em grande insegurança jurídica e no distanciamento de uma almejada uniformização.

2. O Direito Fundamental à Prova e ao Processo Justo

O princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88) representa, fundamentalmente, a garantia jurisdicional em si mesma, determinando que a realização de um processo conforme as formas da lei é indispensável a qualquer provimento que emane do Poder Judiciário (CAMBI, 2001).

Com efeito, trata-se de superprincípio, que conforma e coordena todos os demais princípios processuais, tornando palpável a proporcionalidade e a razoabilidade, tão indispensáveis ao Processo Civil atual (THEODORO JÚNIOR, 2010). Na sua dimensão material, tem-se que “processo devido não é apenas aquele em que se observam as exigências formais: devido é o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas” (DIDIER JÚNIOR, 2012).

Derivado da noção do devido processo legal, o princípio do contraditório (art. 5º, LV, CF/88) significa, substancialmente, o poder das partes em influenciar a decisão do magistrado (DIDIER JÚNIOR, 2012). É, pois, resultado do processo como procedimento democrático, umbilicalmente ligado às noções de cooperação e isonomia processual.

Nesse contexto, considerando que os princípios constitucionais supramencionados têm por escopo proporcionar às partes o seu efetivo ingresso e participação em juízo, no intuito de construção de um provimento final dotado de justiça, inegável a sua relação dialética de justificação e legitimidade com a prova. De fato, quanto mais aprimorada e democrática a instrução probatória, mais amplamente efetivados o acesso à justiça, o devido processo legal e o contraditório; quanto maior a necessidade de concretização das aludidas garantias constitucionais, mais bem executada a prova no processo.

E, no atual Estado Democrático de Direito, cuja realização de direitos fundamentais se torna missão estatal, não se poderia chegar a outra conclusão, senão a de que ao processo cabe, mais do que garantir a efetividade dos direitos substanciais, efetivar os ditames da própria ordem constitucional (THEODORO JÚNIOR, 2010).

Por tais razões, tem-se que prova constitui um direito processual fundamental, consubstanciado no poder de agir em juízo, realizando, no processo, tudo o que se mostre necessário à obtenção de uma tutela jurisdicional que se ajuste ao caso concreto. Para Eduardo Cambi, esse direito, conformado pelo contraditório, tem por função assegurar:

i) a *admissão e produção* dos meios de prova pertinentes, relevantes e úteis; ii) a impossibilidade da existência de limitações *não razoáveis*; iii) o direito à prova contrária; iv) a tutela contra o *perigo de surpresas*; v) o direito à valoração da prova produzida. (grifos originais) (CAMBI, 2001, p. 197-199).

Com efeito, uma tutela jurisdicional efetiva, no Estado Democrático de Direito, é somente aquela oportunizada às partes nos moldes dos ditames constitucionais, haja vista que todo o direito processual se vê envolto no manto da constitucionalidade, que se traduz na declaração de garantia de processo justo (THEODORO JÚNIOR, 2009).

No mais, o direito à prova, que durante muito tempo foi visto como um algo instrumental, agora se consolidou como direito autônomo à produção de qualquer meio probatório, pela sistemática do Novo Código de Processo Civil. Assim, o que antes era visto como mera forma de persecução de outros direitos, hoje é definitivamente objeto de tutela independente, por meio da ação de jurisdição voluntária de produção antecipada de prova (art. 381 e ss.), que perdeu a característica da cautelaridade, atribuída a procedimentos dessa espécie no Código anterior.

Conclui-se, nessa linha, que a constitucionalização do processo atribui à prova o tratamento de direito fundamental, fundado nas noções de poder de influência, decisões jurídicas devidas e acesso à ordem jurídica justa, das quais depende, ao fim e ao cabo, a legitimidade da tutela jurisdicional tal como posta na Constituição da República.

3. Teorias do Ônus da Prova e o Tratamento da Matéria no Direito Brasileiro

A concepção estática do ônus da prova tem por premissa fundamental a distribuição do ônus de forma apriorística, pois busca estabelecer regra processual geral e abstrata, desvinculada das particularidades do caso concreto e da relação de direito material levada a juízo.

De acordo com essa lógica teórica, é incumbência de cada uma das partes o fornecimento de elementos de comprovação das suas alegações fáticas, que revelam o seu interesse na demonstração dos fatos controversos. Assim, trata-se de critério de distribuição que toma por relevantes três fatores: i) a posição das partes no processo (autor ou réu); ii) a natureza dos fatos em que se funda a pretensão ou exceção; iii) o interesse da parte na prova da alegação que faz (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2013).

Dentro desse contexto, cabe ao autor a prova dos fatos que constituem o seu direito, sendo aqueles aos quais a norma atribui eficácia de dar vida à relação jurídica de que afirma ser titular. Acaso não reste provado o fato constitutivo, ao réu atribui-se a cômoda posição de realizar a denominada defesa direta, limitando-se a negar as alegações fáticas que lhe são imputadas ou os efeitos jurídicos delas extraíveis.

Se, contudo, restar comprovado o fato constitutivo, surge-lhe o ônus da prova, cabendo-lhe provar a sua negativa (situação de contraprova) ou trazer prova dos fatos: extintivos, que têm o condão de retirar a eficácia dos anteriores; impeditivos, cuja existência obsta os efeitos do fato constitutivo, relacionado à ausência de um dos seus requisitos de validade; modificativos, que têm por escopo a alteração do fato constitutivo demonstrado.

A regra da distribuição estática, adotada pelo sistema processual civil brasileiro sob a vigência do CPC/73, realiza vinculação genérica da distribuição do ônus probatório à lei, de modo a resguardar a segurança jurídica e a igualdade formal entre as partes em juízo (CUNHA, Maurício, 2015).

Tal previsão, entretanto, trabalha com a ideia de que é possível dispor, a priori, sobre toda e qualquer situação conflituosa levada ao Poder Judiciário, ignorando-se o fato de que uma tutela jurisdicional efetiva imputa ao Direito Processual Civil uma adaptação à real condição das partes no caso concreto.

Dentro dessa noção privativista do processo, a norma insculpida no art. 333 do CPC/73 seria suficiente à resolução de demandas. Nessa visão, entende-se que a não produção de prova pela parte é apenas resultado de uma disposição de vontade (não produz prova em seu favor quem, deliberadamente, não se esforça nesse sentido).

Ignora-se, com isso, o fato de que a não produção da prova pode ser fruto de obstáculos das mais variadas vertentes (sociais, técnicas, econômicas, científicas), pois os ocupantes dos opostos polos processuais nem sempre se encontram em pé de igualdade material (CAMBI, 2001).

Numa necessária leitura publicista do processo, informada por princípios constitucionais, e considerando-se o direito à prova como premissa de justiça nas decisões, não se pode admitir que o ônus probatório constitua obstáculo à concretização de direitos. E é exatamente isso o que ocorre quando se tem a distribuição estática como regra universal.

Decorrentes dessa consciência teórica, surgiram, na Argentina, a doutrina das cargas probatórias dinâmicas e a doutrina do princípio da solidariedade, a partir das lições de James Goldschmidt, para quem o processo não é composto por relações jurídicas, mas sim por situações jurídicas dinamicamente consideradas. Capitaneadas, respectivamente, por Peyrano e Morello, tais teses estabelecem, fundamentalmente, que o *ônus da prova deve recair sobre quem esteja em melhores condições de produzi-la*, como forma de alcance da justiça (SOUZA, 1998).

Essas teorias, que muito se assemelham no que diz respeito aos seus resultados práticos, têm por objetivo maior a aproximação do processo com o caso concreto, por meio de um dever de cooperação das partes com o órgão jurisdicional na busca da verdade.

Assim é que, pela distribuição dinâmica, o encargo probatório não deve ser repartido de forma prévia, mas casuisticamente. Igualmente, é irrelevante a posição ocupada pela parte no processo (se autor ou réu), seu interesse na produção da prova ou a natureza do fato probando (se constitutivo, modificativo, extintivo ou impeditivo), em afastamento à estrutura rígida e inflexível de repartição do ônus (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2013).

Esse modelo distributivo coloca o magistrado, consequentemente, na posição de gestor da prova, com maiores poderes instrutórios do que no modelo tradicional, já que lhe caberá, com base nas regras de experiência, a verificação da facilidade/dificuldade de produção da prova por cada uma das partes no caso concreto.

Cuida-se, enfim, de critério de distribuição que concretiza diversos princípios constitucionais afetos ao Processo Civil, tão caros à correta concepção do direito à prova, tais como o devido processo legal, o contraditório, a isonomia e o acesso à justiça.

Nessa linha, com fundamento na interpretação sistemática da legislação processual em vista da Constituição Federal, essa visão solidarista da prova vinha sendo aceita pela doutrina e pelos tribunais do país.

Com efeito, a norma do art. 333 do CPC/73 revelou-se, para enorme parte dos juristas, superficial e insatisfatória à disciplina de todas as situações levadas a juízo, o que originou mecanismos de relativização da teoria estática no Direito brasileiro, verdadeiros sintomas de sua insuficiência prática.

O primeiro reconhecimento da inefetividade da distribuição do ônus pela teoria tradicional se deu com a edição do Código de Defesa do Consumidor. A conscientização de que o processo não é um fim em si mesmo, mas instrumento fundamentalmente legitimado pelos resultados que produz (princípio da efetividade), unida à necessidade de assegurar a igualdade material das partes em juízo, levou a seara consumerista ao inexorável reexame de determinados institutos processuais, dentre eles, o ônus da prova.

Neste esteio, como consequência da diretriz de efetividade da proteção dos consumidores e justificada pela projeção, no processo, da desigualdade fática entre estes e os fornecedores de produtos e serviços, o Código de Defesa do Consumidor introduziu na ordem jurídica brasileira norma que torna maleável a noção de ônus de prova, assim disposta no seu art. 6º, VIII.

A partir desta inovação legislativa, por se tratar de regra que privilegia a isonomia processual e a efetividade do processo, alguns doutrinadores passaram a entender que a inversão não deveria ser restrita às causas de consumo, podendo ser aplicada a todas em que, havendo os requisitos permissivos, se identificasse ser a regra mais adequada ao processamento do feito.

Com efeito, mesmo antes da adoção definitiva da teoria da distribuição dinâmica, já se reconhecia que a norma consumerista de inversão do ônus da prova não disciplinava uma situação isolada de insuficiência da teoria estática para as situações concretas.

Assim, precedentes já se formavam no sentido da inversão do ônus probatório não apenas nas relações de consumo, mas em relações jurídicas de outra natureza, em que houvesse hipossuficiência de uma das partes ou norma de direito material que implicasse presunção de veracidade das alegações de um dos litigantes (à guisa de exemplo, nas reclamações trabalhistas e nas ações de responsabilidade civil ambiental).

De maneira geral, a posição da melhor jurisprudência e do Superior Tribunal de Justiça já era a de que a teoria de carga estática da prova, adotada pelo art. 333 do CPC, nem sempre decompunha da melhor forma o onus probandi, por assentar-se em regras rígidas e objetivas, de modo que uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, conferia ampla legitimidade à aplicação da teoria dinâmica, levando-se em consideração, sobretudo, os princípios constitucionais regentes da matéria, bem como os poderes instrutórios do juiz (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

4. O Novo Código de Processo Civil

4.1 Normas Fundamentais e Modelo Probatório

Com a diretriz de tornar mais célere, justa e efetiva a tutela jurisdicional prestada ao cidadão, a nova Lei Adjetiva Civil inaugura o seu texto com um capítulo dedicado às normas fundamentais do processo, aumentando sua permeabilidade aos princípios constitucionais, agora expressamente desenvolvidos na lei infraconstitucional como norteadores da atividade dos sujeitos em juízo.

Da mesma forma, retira a tradicional rigidez de diversos institutos processuais, assentando a ideia de instrumentalidade e funcionalidade do processo, tantas vezes mal utilizado como obstáculo à concretização do direito.

Nesse contexto de tão sensíveis mudanças, mereceu atenção legislativa a questão do ônus da prova, problema vital que teve sua lógica redesenhada perante o novo modelo processual.

E, neste particular, merecem destaque algumas normas fundamentais do processo, derivadas da cláusula constitucional do devido processo legal, de maior relevo para a questão probatória no Novo CPC, que justificam, em caráter principiológico, a posituação da distribuição dinâmica do ônus probatório e os seus requisitos de aplicação. São elas:

a) A *cláusula geral da boa-fé processual*, insculpida no art. 5º do CPC, agora incidente sobre todos aqueles que de qualquer forma participem do processo. Trata-se de dispositivo normativo construído de maneira indeterminada, que regula uma infinidade de situações processuais.

Pode-se dizer que a boa-fé processual possui três funções essenciais: i) estabelecer comportamentos probos e éticos aos diversos sujeitos do processo; ii) proibir a prática de atos considerados abusivos (em desrespeito à boa-fé objetiva) (CARNEIRO, 2015); iii) proibir as condutas decorrentes de má-fé (com ausência de boa-fé subjetiva) (DIDIER JÚNIOR, 2015).

O postulado exerce, ainda, uma função hermenêutica, orientando as interpretações acerca das postulações e das decisões.

b) Como decorrência da supramencionada cláusula geral, o *princípio da cooperação* (art. 6º, CPC), que consolida a solidariedade como um dos pilares da nova ordem processual e que tem por meta a transformação do processo numa comunidade de trabalho e de comunicação (CUNHA, Leonardo José, 2012), em que vigore a lealdade e o equilíbrio entre todos os sujeitos processuais.

O modelo cooperativo de processo, entendido como meio termo entre os modelos inquisitorial (centralizado no juiz) e adversarial (centralizado nas partes), toma a decisão judicial como fruto de uma atividade conjunta, devendo os sujeitos processuais contribuir de forma ética para o alcance da solução mais justa, efetiva e adequada ao caso concreto (CUNHA, Leonardo José, 2012). Tornam-se as partes, então, colaboradoras do juiz na investigação da verdade (RODRIGUES, 2003).

c) Justificador do princípio da cooperação, o *contraditório substancial* (art. 9º, CPC), ancorado basicamente no direito de participação, que garante legitimidade ao provimento judicial. Nos moldes atuais, o princípio respalda-se em duas linhas mestras: a vedação às decisões surpresa (art. 10, CPC), com a ciência das partes dos atos processuais e decisões proferidas, e o poder de influência dos litigantes na decisão judicial, oportunizando-lhes contribuir para a formação do convencimento judicial.

d) Por fim, a *cláusula geral de igualdade processual* (art. 7º, CPC), com fundamento no art. 5º, caput da Constituição Federal. Trata-se do simples propósito de que as partes devem ser tratadas com igualdade, de acordo com as suas situações fáticas, apresentadas em juízo.

Núcleo central do devido processo legal e consequência inerente do acesso à ordem jurídica justa, a isonomia processual impõe o tratamento diferenciado de litigantes que, no plano concreto, se encontram em desequilíbrio de condições técnicas, econômicas, de acesso à prova etc.

Com efeito, “por mais paradoxal que possa parecer, o tratamento distinto é, em alguns casos, a principal forma de igualar as partes” (DIDIER JÚNIOR, 2015), o que se consolida em diversas normas processuais, tais como a tramitação prioritária de processos que envolvem idosos ou pessoas portadoras de doenças graves (art. 1.048, CPC), as regras especiais de competência territorial para proteção de vulneráveis (art. 53, CPC) e a distribuição diversa do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto (art. 6º, VIII, CDC e art. 373, CPC).

O art. 7º do CPC é, pois, norma que busca regular a atividade do juiz na direção do processo, de modo a nortear uma gestão pautada na isonomia material.

Em atenção à coesão sistêmica do ordenamento jurídico, tais normas fundamentais constituem corolário da dinâmica probatória no Novo Código de Processo Civil, devendo ser entendidas como normas justificadoras do novo modelo probatório, que finalmente possibilita a dinamização do ônus da prova no âmbito processual civil, tornando legal o que já há muito habitava o raciocínio doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

Estabelece, então, o art. 373, §1º, do CPC/15:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (BRASIL, Código de Processo Civil, 2015)

Sendo prevista, no caput, regra geral e, nos parágrafos, regras excepcionais, deu-se simplicidade à noção de subsidiariedade da teoria dinâmica, de modo que a leitura do dispositivo não deixa dúvidas e a doutrina é unânime ao afirmar que a dinamização do *onus probandi* no Direito brasileiro é norma de exceção, apenas aplicável quando a regra geral da teoria estática não for satisfatória à realização da justiça *in concreto*.

Dessa forma, é inegável que, muito embora represente a realização dos princípios constitucionais no processo, a norma não comporta interpretação ampliativa e deve ser aplicada com cautela, ante a sua excepcionalidade (NERY JÚNIOR, 2015).

Partindo dessa premissa, e passando à análise dos requisitos materiais de aplicação do dispositivo, tem-se que a possibilidade de aplicação do §1º do art. 373 ocorre quando uma das partes, acentuadamente em relação à outra, detenha maiores conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre o fato ou, simplesmente, maior facilidade na sua demonstração (MACÊDO; PEIXOTO, 2014).

Sobre o assunto, é fundamental destacar que as expressões “maior facilidade” e “excessiva dificuldade” devem ser encaradas como situações ambivalentes: quando o demandante possuir maior facilidade na produção da prova, o demandado possui também maior dificuldade na sua obtenção e vice-versa. Concorde-se, assim, com a ideia de que a aferição das condições das partes para a produção opera-se de forma pendular e por atração e repulsão, em que o reposicionamento do ônus decorre de uma repulsa do pêndulo de um lado (por impossibilidade ou excessiva dificuldade) e atratividade do outro lado (por maior facilidade de obtenção da prova pela parte onerada) (FERREIRA, 2015).

Acaso essa relação dúplice não exista, isto é, sendo a prova difícil/impossível para uma das partes e não tendo a outra melhores condições de produzi-la, não se admite a transferência do encargo com base na teoria dinâmica. Isso porque há que se levar em conta, na aplicação prática da premissa teórica, que a maior justificativa de sua adoção no sistema brasileiro é a isonomia processual e o estímulo à colaboração para a descoberta da verdade. Distribuir

de modo diverso o ônus da prova sem a presença das duas condicionantes expostas é apenas uma forma de redesequilibrar a discussão judicial, distanciando a teoria de sua aplicação útil à instrução probatória.

No mais, tratando-se de regra excepcional, é essencial que se informe a dinamização às partes, por meio de decisão devidamente motivada. E, acerca da fundamentação decisória, é certo que o magistrado deverá indicar, ao redistribuir o encargo, as razões de fato e de direito pelas quais não incide a regra geral, bem como as peculiaridades da relação jurídica que fazem crer na dúplice relação dificuldade/facilidade na produção da prova por uma parte e outra. Com isso, cumpre o seu dever constitucional de motivação das decisões judiciais, oportunamente ratificado na regra do art. 373, §1º.

Além disso, a sistemática do NCPC parece não deixar dúvidas de que se trata de regra de atividade, orientadora da instrução probatória, já que estabelece que a definição da distribuição do ônus da prova deve ocorrer na decisão de saneamento e organização do processo (art. 357, III), abrindo-se à parte a quem se atribui o ônus a oportunidade de produzir prova sobre o assunto, a resguardar o exercício do contraditório.

A distribuição do *onus probandi* em momento inadequado, em que não se possa oportunizar o contraditório, caracteriza *error in procedendo* (SANTOS, 2014), incorrendo na nulidade da sentença proferida.

Por fim, elucide-se que prova diabólica é aquela cuja produção é considerada impossível ou muito difícil, versando sobre fatos que nenhum meio de prova é capaz de demonstrar. Nestes casos, sendo a prova impossível para apenas uma das partes, diz-se tratar-se da prova unilateralmente diabólica, para a qual a distribuição dinâmica é uma solução (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015). É essa a razão de ser do §1º do art. 373, já analisado.

Ocorre que, em certas hipóteses, a prova pode ser classificada como bilateralmente diabólica, porque impossível ou muito difícil para ambas as partes. Nessas situações, a distribuição dinâmica não é uma alternativa; não se pode retirar o ônus injusto de uma parte para atribuí-lo, injustamente, à outra. Isso feriria o fundamento de aplicação e a própria razão de ser da teoria dinâmica.

Nesse particular, por coerência a toda a lógica da dinamização trazida pela nova sistemática, é que o §2º do mesmo dispositivo aborda pressuposto negativo de aplicação da teoria, vedando que a dinamização do ônus imponha uma segunda prova diabólica, desta vez imputada a outro litigante.

4.2 Ordem de Exibição de Documentos e Presunção de Veracidade

Diferentemente do CPC/73, que previa o instituto da exibição de documentos como meio de prova (artigos 355 a 363) e procedimento cautelar específico (artigos 844 a 845), o Novo Código de Processo Civil atribui ao instituto disciplina única, nos seus artigos 396 e seguintes, tratando-o definitivamente como meio de prova.

A mudança de maior relevo trazida pelo NCPC neste aspecto diz respeito às consequências do descumprimento da ordem de exibição. Neste ponto, o CPC/73 estabelecia, como consequência da recusa ilegítima ou injustificada de apresentação dos documentos, a presunção de veracidade dos fatos que se visava, com eles, comprovar. Inexistia, na antiga sistemática, uma previsão expressa de medida coercitiva aplicável nos casos de descumprimento da ordem pela parte, de modo que só caberia ao juiz impor medidas de estímulo forçado ao terceiro a quem a ordem fosse eventualmente dirigida (art. 362, CPC/73).

O NCPC parece dar nova roupagem à questão, pois prevê que, também nas exibições requeridas contra a parte, seja possível ao magistrado impor técnicas coercitivas para compelir a efetiva exibição do que é pretendido:

Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se:
I - o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398;
II - a recusa for havida por ilegítima.
Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido. (BRASIL, Código de Processo Civil, 2015)

Nesse contexto, parcela da doutrina já defende que o referido enunciado sumular n. 372 do STJ, que proibia a multa cominatória nesta hipótese, perdeu seu fundamento normativo, restando-lhe o cancelamento (BUENO, 2015), o que nos parece acertado.

No entanto, é de alta relevância o esclarecimento de que a primeira cominação aplicável à parte que descumpra a ordem de exibição continua a ser a presunção de veracidade dos fatos probandos, que devem estar discriminados no pedido de exibição, como dispõe o art. 397, II, do CPC (RAMOS, 2015).

Com efeito, a presunção de veracidade é a regra geral, prevista no *caput* do dispositivo em comento, de maneira que apenas quando “necessário”, é dizer, nos casos em que a presunção não for admissível, é que o juiz poderá adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias para que a parte exhiba os documentos ordenados.

Tal observação é essencial para que se perceba que o raciocínio desenvolvido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 1.333.988/SP continua intacto, já que, naquela oportunidade, firmou-se posicionamento no sentido de que a presunção de veracidade seria a primeira providência aplicável e que, na sua impossibilidade, caberia a adoção das medidas coercitivas legais (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014).

Por óbvio, a presunção de veracidade dos fatos objeto de prova não poderá ser adotada nas hipóteses de indisponibilidade do direito em litígio, na ausência de verossimilhança das alegações da parte a quem a presunção aproveita ou quando por outro meio o documento for exibido, casos em que o magistrado deverá determinar, desde logo, o cumprimento forçado da ordem de exibição.

De mais a mais, também é importante destacar que essa presunção será sempre relativa (RAMOS, 2015), afastada quando existir, nos autos, prova suficiente em sentido contrário.

Neste esteio, pode-se afirmar que a ordem de exibição de documentos, tal como posta no Novo Código de Processo Civil, impõe um *dever* ao terceiro: descumprida a ordem, há direito subjetivo da parte interessada de proceder ao cumprimento forçado, por meio das medidas coercitivas admitidas (ilícito processual que gera sanção).

De outro lado, vê-se que o instituto impõe, regra geral, um ônus à parte contrária: descumprida a ordem, estará sujeita a prejuízo, diante da presunção de veracidade de fatos que lhe são desfavoráveis quanto ao julgamento do mérito (interesse no cumprimento de encargo para evitar situação de desvantagem). Somente quando for inaplicável a presunção e, assim, cabível o cumprimento forçado, é que a ordem deixará de consubstanciar um ônus e passará a ser um dever (RAMOS, 2015).

Com essas considerações, alcança-se o entendimento de que a situação em muito se

assemelha ao regime dinâmico do ônus da prova. Com efeito, instada a trazer aos autos documento para a prova de um fato, caso opte por não cumprir a determinação, a parte passará a ter o ônus de provar a inexistência deste fato, ficando sujeita aos prejuízos decorrentes de sua não desincumbência.

Assim, é lícito afirmar que, ao determinar a apresentação de determinado documento pela parte que o possui, o juiz altera a distribuição original do ônus probatório (estática), atribuindo-o àquele que detém mais fácil acesso à prova e, portanto, maiores condições de provar. Inegavelmente, estamos diante de uma verdadeira previsão legislativa específica de dinamização do ônus da prova, quando esta se materializar em documento, a possibilitar a instauração do incidente processual de exibição.

4.3 Direitos Indisponíveis

Direito indisponível é todo aquele em relação ao qual o titular não é livre para manifestar a sua vontade, não podendo, de qualquer forma, dele dispor. No processo, é melhor entendido como aquele sobre o qual a vontade das partes é ineficaz para produção do efeito jurídico que pela ação se pretende obter (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Em respeito à natureza de tais direitos, o sistema processual civil confere-lhes tratamento diferenciado, estabelecendo que, sobre eles, não há confissão (art. 345, I e art. 392, ambos do CPC) e nem se opera o efeito material da revelia, qual seja, a confissão ficta e a presunção de veracidade das alegações fáticas formuladas pelo autor (art. 345, II, do CPC).

Ao lado da indisponibilidade objetiva e absoluta, atinente à natureza do direito em si, a indisponibilidade do direito pode ser subjetiva, derivada de uma especial condição de quem o possua. Noutro dizer, há direitos que, por si mesmos, são disponíveis, mas adquirem indisponibilidade conforme seja o seu titular.

Diz-se, então, que essa indisponibilidade é relativa, justificada exclusivamente pelo interesse público que sobrepuja o particular na proteção de tais direitos. É o que a doutrina identifica ocorrer com os incapazes e as pessoas jurídicas de direito público em algumas situações.

Relativamente à indisponibilidade de direitos da Fazenda Pública, ganha especial relevo a correta definição de interesse público, sem o qual essa indisponibilidade não se justifica.

Leonardo da Cunha (2005, p. 31) qualifica o interesse público como decorrência de “uma ideia antiga e praticamente universal, segundo a qual se deve conferir prevalência ao coletivo em detrimento do privado”. Afirma, nessa linha, que o interesse público não é a soma de interesses particulares, mas mantém relação com o Estado, ao qual cabe a indicação soberana do seu conteúdo.

Essa noção, por muito tempo prevalente, toma por premissa a presença do interesse público em tudo aquilo que o Estado elege como de sua competência, atribuindo aos agentes estatais o poder de escolha daquilo que é ou não erigido a tão peculiar categoria de direito. Sob esse prisma, tudo aquilo que a Fazenda Pública defende em juízo é tido por indisponível, de modo que não se lhe aplicaria, em hipótese alguma, os efeitos da confissão e da revelia (CUNHA, Leonardo José, 2005).

No âmbito conceitual acerca de interesse público, Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 60-61, p. 65) qualifica como equivocada a separação absoluta entre este e os interesses particulares, acentuando que o interesse público é dimensão pública dos interesses individuais, afirmando não existir coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado e das demais pessoas de direito público.

Com base em tais ensinamentos, a doutrina passou a reconhecer que o Estado, além de guardião do interesse público, é também pessoa jurídica, podendo ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, semelhantes aos de qualquer outro sujeito. Resultou disso a contemporânea subdivisão do interesse do Estado em primário (aquele convergente com o interesse público) e secundário (interesse individual do Estado como pessoa jurídica).

Como exemplo, seria secundário o interesse do Estado que tributa desmesuradamente os administrados, enriquecendo ilicitamente o Erário, e que se abstém de remunerar seus servidores da forma devida, deixando de retribuir condignamente e com base na legalidade os serviços prestados. Igualmente secundário o interesse estatal de não reconhecer sua responsabilidade patrimonial por atos lesivos causados a terceiros, de negar benefícios previdenciários devidos e de conferir valor abaixo do preço justo nas desapropriações que realiza.

Nesse esteio, resta inquestionável que a Fazenda Pública, quando em juízo, atua, por diversas vezes, a tutelar direitos individuais, secundários do Estado, sobre os quais o ente público possui, sim, poder de disposição.

Com efeito, o que se vê é que o argumento da indisponibilidade do interesse público tem servido para proteger, em juízo, interesses do Estado em todo desvinculados do favorecimento do bem-estar social.

E, sobre isso, o ilustre doutrinador afirma, ainda, ser evidente que a proteção do interesse privado nos termos do que estiver disposto na Constituição, é, também ela, um interesse público, tal como qualquer outro, a ser fielmente resguardado.

Em suas palavras, seria de interesse público “que o sujeito que sofrer dano por obra realizada pelo Estado seja cabalmente indenizado, como previsto no art. 37, §6º do texto constitucional”, ou ainda “que o desapropriado receba prévia e justa indenização, a teor do art. 5º, XXIV, do mesmo diploma” (MELLO, 2008, P. 68-69).

Conclui-se, assim, que os direitos da Fazenda Pública somente podem ser classificados como indisponíveis acaso convirjam com o interesse primário do Estado, que é, de fato, o interesse público justificador das normas que afastam a confissão e a revelia a seu respeito e, possivelmente, a presunção de veracidade na exibição de documentos e a atribuição de ônus probatório diverso ao ente estatal.

5. Mandado de Segurança Individual: Delimitação Constitucional e Regime Probatório

O mandado de segurança constitui meio constitucional apto a manter a atividade do Estado, devidamente representado por seus agentes, dentro dos limites da legalidade, tutelando situações subjetivas derivadas de direitos fundamentais (WAMBIER, 2011).

A Carta Política de 1988 arrolou a ação constitucional no seu art. 5º - estatuto básico dos direitos individuais, coletivos e difusos. Esse enquadramento leva à inevitável conclusão de que o manejo da ação mandamental é garantia fundamental do jurisdicionado, o que autoriza atribuir ao direito de impetração a mesma relevância jurídica que possuem os direitos fundamentais materiais em si.

Sobre o assunto, em melhores palavras, ensina Teresa Wambier (2011) ser absolutamente ineficaz a previsão de um direito considerado como direito material, se este não puder, pela via processual, ser feito valer contra quem quer que seja que o pretenda violar ou que efetivamente o viole, inclusive o próprio Estado, elucidando que, para tanto, a Constituição Federal contém dois tipos de garantias (ditas instrumentais), capazes de efetivamente dar ren-

dimento aos direitos fundamentais: i) os princípios processuais constitucionais; ii) as ações constitucionalmente tipificadas, tal como o mandado de segurança.

Assim, tem-se que as suas hipóteses de cabimento devem sofrer interpretação ampliativa, pois a natureza de garantia pública impõe que se reduzam os obstáculos à sua utilização (FERRAZ, 1996), sendo certo que as restrições à impetração devem ser encaradas com reservas, já que não cabe ao legislador infraconstitucional limitar direitos fundamentais postos na Constituição Federal (SODRÉ, 2011).

Esse raciocínio nos leva à inevitável interpretação das suas normas regentes sempre voltada à efetividade do processo, numa visão ampliativa dos seus dispositivos legais, se necessário, e à aplicação, de uma vez por todas, às ações de rito específico, do princípio da instrumentalidade do processo, atribuindo-se maior preocupação ao direito material protegido, reduzindo os problemas e dificuldades relativos ao meio procedimental de que se vale o Judiciário para saná-lo (BUENO, 2010).

É essa a opinião de Cassio Scarpinella Bueno (2010), que, ainda em relação ao binômio direito/processo no mandado de segurança, em sede de seus primeiros comentários à Lei 12.016/09, asseverou tratar-se de diploma legal que, em muitas de suas disposições, não guardava afinidade com o sistema processual civil vigente à época, possuindo forte dificuldade em dialogar com os direitos processuais constitucionais e, por isso mesmo, em dar eficácia ao acesso à ordem jurídica justa, preconizado pela Constituição Federal.

Com a edição do Novo Código de Processo Civil, felizmente tão preocupado com a efetivação das normas fundamentais do processo, toma força a noção de que a garantia de impetração deve ser protegida no âmbito processual e, por outro lado, cresce o número de possíveis incongruências com as disposições procedimentais da referida lei, já incompatíveis com a lógica processual mesmo antes do NCPC.

Necessária, assim, uma releitura de alguns aspectos procedimentais próprios do mandado de segurança, sempre no intuito de dar efetividade às disposições constitucionais que o instituem, mormente diante da gravidade do ato coator, ilegal ou abusivo, que a ação mandamental busca combater.

Essa análise perpassa, em primeiro lugar, pela correta delimitação do sujeito passivo do mandado de segurança e, com isso, da natureza atribuída à peça de informações trazida ao processo pela autoridade coatora.

A polêmica sobre o assunto sempre existiu. Mesmo sob a égide da Lei n. 1.533/51, que anteriormente regulava a ação mandamental, doutrina e jurisprudência já se dividiam, basicamente, entre aqueles que atribuíam a legitimidade passiva do mandado de segurança à autoridade coatora, que a atribuíam à pessoa jurídica de direito público e que entendiam pela existência de litisconsórcio passivo necessário, de modo que seriam legítimas uma e outra.

Após o advento da Lei n. 12.016/09, respeitada doutrina vem defendendo que o legislador mais recente optou por estabelecer, finalmente, um litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica a que pertence (BUENO, 2010; MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009).

Todavia, levando-se em conta que o mandado de segurança não é uma ação voltada à responsabilização pessoal da autoridade indicada como coatora - como ocorre na ação popular e na ação por improbidade administrativa -, nos parece mais acertado considerar que a ação mandamental se direciona exclusivamente a questionar comportamentos de pessoas jurídicas, corporificadas em indivíduos, surgindo, somente por essa razão, a figura da autoridade coatora no processo (BUENO, 2010).

Indubitavelmente, a relação jurídica substancial levada a juízo na ação de mandado de segurança é composta pelo titular do direito líquido e certo e pela pessoa jurídica em cujos quadros figura a autoridade que realiza o ato coator.

Não sendo titular da relação jurídica e não podendo figurar sozinha na ação, inquestionável a impossibilidade de atribuir-lhe legitimidade.

Ainda, não se pode afirmar sua legitimidade por força de um litisconsórcio passivo necessário legal, já que as previsões da Lei de Mandado de Segurança não estabelecem qualquer indicação nesse sentido.

Conclui-se, portanto, que a agente coator não é parte, mas terceiro com dever de informar, tecnicamente, as razões do ato impugnado.

Relevante dizer que o interesse recursal da autoridade coatora se justifica porque detém ela qualidade de terceiro interessado, já que uma conclusão de ilicitude ou abusividade do ato coator pode conduzir à responsabilidade objetiva da pessoa jurídica a que esteja vinculada e a uma possível ação de regresso em seu desfavor, havendo dolo ou culpa na conduta (FIGUEIREDO, 2009). É essa razão de ser do art. 14, §2º, da Lei n. 12.016/09.

E, nesse contexto, impossível atribuir à peça de informações a natureza de defesa. Trata-se, em verdade, de dever processual que impõe à autoridade coatora a obrigação de colaborar com a justiça, elucidando a ocorrência do ato impugnado e expondo suas razões fáticas. A contestação, com as alegações jurídicas que lhe forem pertinentes, será oferecida pela pessoa jurídica à qual esteja vinculada, esta sim responsável pela apresentação de defesa no processo. E, para terminar, somente a ausência de contestação – e não de informações – poderá dar ensejo à revelia e à confissão ficta do réu (DIDIER JÚNIOR, 2002).

Nesse sentir, Fredie Didier Jr. (2002), em elucidativo ensaio acerca da natureza da peça de informações, visualizando a problemática a partir da teoria geral da prova, conclui que “... as informações da autoridade coatora se encaixam, à perfeição, ao conceito de prova judiciária”.

Apesar de o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2010) já haver demonstrado entendimento em sentido contrário, ao entender que a autoridade administrativa, nas informações, “sequer produz prova, apenas noticia a situação fática dita potencial ou efetivamente lesiva do direito do impetrante”, reputa-se, impecável tal definição do autor.

Disso decorre que, muito embora desempenhe função probatória, não cabe à autoridade coatora o ônus da prova no *mandamus*, porque impossível atribuir ônus a quem não suportará os efeitos da condenação. A toda evidência, o *onus probandi* somente pode ser imputado às partes, é dizer, ao impetrante e à pessoa jurídica, porque a elas poderá ser aplicada a consequência do seu descumprimento.

Na sequência, o segundo ponto relevante ao presente exame diz respeito à liquidez e certeza do direito, que devem ser entendidos como conceitos jurídicos indeterminados, cujo significado é alcançado por uma interpretação guiada pela própria Constituição Federal, que os institui.

Com efeito, se voltarmos a atenção às implicações processuais dos termos, enxergaremos a necessidade de sua melhor definição, pois, afinal, tratam-se de pressupostos de ajuizamento do *writ* cuja ausência pode levar à sua extinção sem resolução do mérito, por meio da fundamentação decisória fundada na “inadequação a via eleita”, amplamente utilizada na prática forense.

Assim, para fins de deferimento da petição inicial do mandado de segurança, podemos definir como *líquido e certo o direito facilmente demonstrável no processo, pela via documental e por meio de prova pré-existente, com dispensa de instrução probatória*.

Não há dúvidas, portanto, de que a ideia de liquidez e certeza do direito para o mandado de segurança está umbilicalmente ligada à noção de pré-constituição da prova dos fatos

alçados à categoria da causa de pedir do *writ*, que permite a impetração independentemente de sua complexidade jurídica (SODRÉ, 2011).

E, sobre esta última, alguns juristas assumem que os fatos alegados têm de ser “incontroversos”, utilizando-se da expressão para significar fatos amplamente demonstrados (FIGUEIREDO, 2009), a autorizar a análise de admissibilidade da ação, o que se reputa equivocado (FERRAZ, 1996).

Tal aceção fez o Superior Tribunal de Justiça afirmar, em acórdão que vem sendo seguido até hoje por sua jurisprudência dominante, que “o mandado de segurança não constitui meio processual adequado para provar um fato” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2008), precedente que deve ser encarado com extrema cautela.

Isso porque, muito embora seja verdade que a ação mandamental não constitui ação de natureza probatória por excelência, não se pode afirmar que não é ela meio idôneo à prova de fatos, já que a prova dos fatos que embasam a pretensão é inerente à formação da convicção judicial e à aferição da verdade em qualquer processo, inclusive no mandado de segurança. Em verdade, deve-se ter em mente que a prova no mandado de segurança é reduzida e restrita à via documental, mas não inexistente, como levam a crer certas definições da jurisprudência.

Nesse esteio, considera-se equivocada a exigência de que os fatos do mandado de segurança estejam fora de questionamento, de modo que a controvérsia fática, assim como a controvérsia jurídica, não impede a sua impetração. O que se exige - e aí com toda a razão - é que a prova documental se revele apta à elucidação dos fatos discutidos, sendo a única necessária e suficiente a dirimir a controvérsia instalada nos autos.

Não há polêmica, portanto, sobre a necessidade de pré-constituição da prova a ser utilizada na ação mandamental. De fato, por obedecer a rito especial, norteador pela celeridade (art. 20, Lei 12.016/09), com pressupostos de cabimento e admissão próprios, as partes não constituem provas no curso do mandado de segurança, devendo o arcabouço probatório ser pré-existente ao momento da impetração.

Acerca deste ponto específico, é defendido por boa parte da doutrina e da jurisprudência que os documentos atinentes à comprovação dos fatos devem, necessariamente, acompanhar a petição inicial, de modo que só se configura líquido e certo o direito comprovado de plano, não sendo admitida comprovação posterior (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009; BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2007).

Diz-se, assim, que só se admitem alegações de fatos suscetíveis de prova documental cabal, produzida com a petição inicial, vedada a juntada de novos documentos no curso do processo (FERRAZ, 1996).

Com a devida vênia, necessário aclarar essa noção, no simples intuito de estabelecer que pré-constituição é entendida, neste estudo, como pré-existência, e não como característica do que acompanha a exordial. De fato, *é pré-constituída a prova que não precisa ser constituída no processo e que já existe no momento de seu ajuizamento*, de modo que fogem ao conceito as provas pericial e testemunhal, a inspeção judicial e o depoimento pessoal das partes.

Essa conceituação de prova pré-constituída, decerto, nos dá maior liberdade no exame dotema, a corroborar com o quanto já defendido acerca do alargamento dos conceitos, que devem funcionar em convergência com as previsões constitucionais.

Nessa linha, ainda que se esteja atento à redação do art. 6º, *caput*, da Lei 12.016/09, que estabelece determinação geral de acostamento da prova documental junto à petição inicial, é fundamental buscar compreender e regular situações específicas em que, ainda que desprovido dos documentos necessários, permaneça ao impetrante a garantia de ingressar com o mandado de segurança individual.

Com frequência, a ação mandamental revela situações de desequilíbrio quanto à capacidade de produzir prova, nas quais somente a Administração Pública possui condições de comprovar ou rechaçar os elementos fáticos que dão azo à postulação. Nesses casos, o impetrante se vê diante de uma prova impossível do direito líquido e certo que alega possuir e, acaso tenha de demonstrá-lo junto à petição inicial, terá sua garantia à impetração completamente tolhida.

Com vistas a estas situações específicas, o legislador infraconstitucional, atendendo a tão justificada necessidade, regulou o procedimento de exibição de documentos em sede de mandado de segurança, para os casos em que “o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro”, quando o juiz ordenará, preliminarmente, a exibição do referido documento (BRASIL, Lei n. 12.016/09, art. 6º, §§1º e 2º, 2009).

Trata-se de disposição tida pela doutrina tradicional como uma clássica exceção à regra de acostamento de documentos à petição inicial (MELLO, 1996), do que, mais uma vez, se discorda. Em verdade, os documentos exibidos por ordem do juízo são a prova pré-constituída dos fatos que ensejam um direito líquido e certo, e não é por não virem com a exordial que perdem a característica da pré-constituição.

O dispositivo, assim, não é uma exceção à regra geral, mas sim uma confirmação de que prova pré-constituída é apenas aquela pré-existente, não necessariamente anexada à petição inicial.

Partindo de tais premissas, a conclusão a que se chega, em concordância integral ao pensamento de Fredie Didier Jr., é a de que são provas no mandado de segurança: a) os documentos trazidos com a inicial; b) as informações e eventuais documentos trazidos pela autoridade coatora; c) os documentos trazidos pela pessoa jurídica responsável pela promoção da defesa do ato impugnado (DIDIER JÚNIOR, 2002); e, por fim, d) os documentos trazidos a juízo por terceiros ou pela pessoa jurídica ré mediante ordem de exibição.

6. Ordem de Exibição de Documentos na Lei N. 12.016/09: Regra de Ônus da Prova e Abertura à Dinamização do Encargo

A previsão de exibição de documentos na Lei 12.016/09, inserta no seu artigo 6º, §§1º e 2º, direciona-se, assim como a regra correlata do CPC, a hipóteses concretas específicas, em que o interessado se encontra com acesso vedado ou dificultado à prova do seu direito. Dessas situações, nos interessam aquelas em que a dificuldade do impetrante no acesso à prova corresponde à maior facilidade da pessoa jurídica na sua obtenção, o que pode ensejar a determinação de trazer os documentos probatórios ao processo.

Nos casos em que deferida pelo juiz, a exibição tem o caráter de viabilizar a instrução do feito, funcionando como verdadeira técnica de obtenção de meios de prova (BUENO, 2015), mesmo em sede de mandado de segurança.

Cuida-se, pois, de norma que visa claramente estabelecer o equilíbrio de condições probatórias aos sujeitos processuais, evitando o cerceamento do direito de utilização do writ e impondo a obrigação de provar a quem tenha fáceis condições de fazê-lo, a resguardar o acesso à justiça da parte que possua dificuldade para tanto, guardando estreita relação com a regra de distribuição dinâmica do ônus da prova do Novo Código de Processo Civil.

Entretanto, a leitura fria da Lei do Mandado de Segurança, muito embora deixe clara a semelhança entre as duas situações processuais, não permite, de plano, tomá-las por idênti-

cas. É que, diferentemente do que ocorre no art. 400, caput, do CPC, a ordem de exibição de documentos no mandado de segurança não prevê expressamente a presunção de veracidade dos fatos probandos em hipótese de descumprimento, funcionando como mera determinação de exibição de documentos com caráter probatório, quando o impetrante não disponha de condições para tanto.

Assim, inexistente texto legal que discipline a natureza da ordem do ponto de vista probatório e as consequências de seu desatendimento para o julgamento da ação mandamental.

Identifica-se, portanto, verdadeira omissão processual acerca do descumprimento da ordem pela parte no mandado de segurança, nas hipóteses em que a presunção de veracidade não seja impossível.

Sobre o tema, encontram-se julgados dos mais diversos tribunais do país em sentidos opostos, sendo a jurisprudência extremamente dividida no que toca à possibilidade de julgamento por inversão do ônus da prova – e, portanto, aplicação da teoria dinâmica – em sede de mandado de segurança, discussão já instalada em casos específicos mesmo antes da edição do Novo Código de Processo Civil.

Nesse contexto, alguns julgadores – porque não se pode dizer que há uniformidade dos tribunais nesse sentido – orientam-se por uma noção histórica bastante rígida do que seja a prova pré-constituída, a decidir no sentido de inadmitir uma distribuição dinâmica, meramente por entenderem que a via mandamental comporta contornos mais estreitos, mesmo nas hipóteses em que provar um fato negativo leva à prova diabólica para o impetrante (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2008).

Outros, de sua vez, adotam visão que flexibiliza o conceito e alarga o âmbito de cabimento do *mandamus*, admitindo a inversão como forma de evitar a prova diabólica, especialmente em matéria previdenciária, em que se reconhece a hipossuficiência do segurado, a possibilitar a garantia fundamental à impetração (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2009).

No meio jurisprudencial, merece destaque o posicionamento consolidado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, cujo Tribunal Pleno decidiu, nos autos do Mandado de Segurança n. 00040241120148180000, pela aplicação da teoria da distribuição dinâmica em sede de mandado de segurança, entendimento que vem sendo seguido de forma pacífica por aquela Corte.

Na oportunidade, em que se discutia o direito imediato à nomeação de candidatos aprovados em concurso público frente a contratações precárias pelo ente estatal, firmou-se a premissa de que a presunção de legitimidade do ato administrativo deve ser embasada pela Administração Pública, quando trazidos aos autos indícios de ilegalidade demonstrados pelo particular.

Entendeu-se, assim, que casos de “desleixo estatal”, em que o ente público se limita a afirmar a regularidade dos seus atos sem, contudo, trazer ao processo os documentos comprobatórios do que alega e que estão em seu poder, privando a outra parte e o Judiciário do conhecimento dos fatos, conduzem à presunção de certeza das alegações do impetrante.

Ficou assentado, na hipótese, que a nomeação de candidatos dentro do prazo de validade do certame, antes tida por poder discricionário da Administração, convolou-se em direito líquido e certo dos aprovados, por aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, 2015).

Contudo, apesar deste festejado posicionamento do TJ/PI, a exploração da jurisprudência sobre o assunto faz ver que a questão se encontra bastante longe de uma almejada uniformização, de modo que existe grande divergência interna nos tribunais, que não possuem entendimento firmado sobre o tema, o que enseja enorme afronta à segurança jurídica.

Nesse contexto, é de extrema valia a posição o Fórum Permanente de Processualistas Civis (2015), que, interpretando os dispositivos relativos à exibição de documentos no NCPC, assim manifestou-se:

“Aplicam-se os arts. 319, § 1º, 396 a 404 também quando o autor não dispuser de documentos indispensáveis à propositura da ação.”

Esse venerável esforço de leitura democrática do Código deixa ver que, ainda em situações de extrema rigidez quanto à prova, tal como naquela em que indispensável apresentação de documento para propositura da ação, permanece o procedimento de exibição –inclusive com a presunção de veracidade do art. 400 –, bem como o dever do magistrado de zelar pelo efetivo contraditório, determinando as diligências necessárias à obtenção da prova.

E, tratando-se de regra visivelmente direcionada a possibilitar a garantia à impetração, o acesso à ordem jurídica justa e a igualdade processual, por meio de uma correção de desequilíbrio entre as partes no âmbito probatório, o que se propõe é que o §1º do art. 6º da Lei 12.016/09 seja estudado como norma que regula, assim como a exibição de documentos prevista na Lei Adjetiva Civil, o ônus da prova no processo do mandado de segurança.

Este ônus, ante o comando do art. 373 do CPC, poderá ser dinamizado quando preenchidos os requisitos autorizadores.

Com efeito, o legislador infraconstitucional já deu claros sinais de que não se admite, também no processamento do *mandamus*, a prova diabólica, reproduzindo da lei processual uma regra de correção que vem em favor daquele que possua dificuldades na sua produção, o que denuncia claro objetivo de distribuição judicial diversa do ônus probatório no processo, ante as peculiaridades que o caso concreto apresente ao julgador.

De igual forma, a jurisprudência, embora dividida, caminha no sentido de reconhecer a possibilidade de distribuir-se diversamente o ônus da prova no mandado de segurança, como forma de garantia do efetivo contraditório.

Foi essa a compreensão do Superior Tribunal de Justiça, em precedente de relatoria do Min. Sérgio Kukina (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2015), ao reconhecer a ordem do art. 6º da Lei 12.016/09 como regra de ônus da prova, nos seguintes termos:

O êxito do mandado de segurança, com efeito, requer a demonstração, por meio de provas documentais idôneas e robustas apresentadas com a inicial, da violação de um direito líquido e certo do impetrante por ato abusivo ou ilegal da autoridade apontada como coatora. Quanto a isso, o acórdão recorrido não merece reparos. Entretanto, é igualmente certo que o art. 6º da lei que regula a ação mandamental, Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, prevê ao impetrante meio de inversão do ônus probatório, por ordem judicial, na hipótese em que “o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro”. (grifei)

Portanto, uma vez deferida pelo juiz, a exibição de documentos direcionada à pessoa jurídica deve significar uma atribuição de ônus probatório ao réu, a quem caberá trazer o documento ao processo, justamente porque só à Administração Pública é possível elucidar a situação fática posta nos autos.

De mesma forma, a negativa de trazer ao processo as provas que esclarecem os fatos em discussão não pode ser interpretada de outra forma que não em prejuízo ao demandado. Fora de dúvidas, se a ele é atribuído o ônus da prova, a inexistência de comprovação de fato algum recai negativamente para o seu lado, dando margem a um julgamento favorável ao impetrante.

Por fim, ressalte-se que a admissão da carga dinâmica do ônus da prova por meio do incidente de exibição de documentos é, para nós, cabal demonstração de que, pela garantia à impetração e pela leitura constitucional dos conceitos de direito líquido e certo e pré-constituição de prova, não se admite, também no mandado de segurança, a prova diabólica ao impetrante.

7. Conclusão

A constitucionalização do Processo Civil atribui à prova o tratamento de direito fundamental, fundado nas noções de poder de influência, decisões jurídicas devidas e acesso à ordem jurídica justa.

Igualmente, uma leitura publicista do processo, informada por princípios constitucionais, não admite que o ônus probatório constitua obstáculo à concretização de direitos. Por tal razão, abandonou-se a teoria estática do ônus da prova como regra universal e passou-se a admitir, excepcionalmente, a teoria dinâmica, atribuindo-se o ônus a quem esteja em melhores condições de dele se desincumbir, a consolidar o regramento constitucional da matéria.

A teoria dinâmica, já adotada pelos tribunais do país em determinadas situações de direito material, foi, por fim, positivada no Novo Código de Processo Civil, atitude legislativa intimamente ligada à efetividade de normas fundamentais do processo, tais como a boa-fé processual, a igualdade processual, o contraditório substancial e o princípio da cooperação.

Ao lado disso, o incidente de exibição de documentos da Lei Adjetiva prevê, como principal consequência do descumprimento da ordem judicial, a presunção de veracidade dos fatos probandos, configurando previsão legislativa específica de dinamização do ônus da prova, quando esta se materializar em documento.

De sua vez, a previsão de exibição de documentos na Lei 12.016/09, insere no seu artigo 6º, §§1º e 2º, é de norma que visa claramente estabelecer o equilíbrio de condições probatórias aos sujeitos processuais, evitando o cerceamento do direito de utilização do *writ* e impondo a obrigação de provar a quem tenha fáceis condições de fazê-lo, guardando também estreita relação com a regra de distribuição dinâmica do ônus da prova.

Entretanto, diferentemente do que ocorre no CPC, inexistente texto legal que discipline a natureza da ordem de exibição do ponto de vista probatório e as consequências de seu desatendimento para o julgamento da ação mandamental.

Com frequência, a ação mandamental revela situações de desequilíbrio quanto à capacidade de produzir prova, nas quais somente a Administração Pública possui condições de comprovar ou rechaçar os elementos fáticos que dão azo à postulação. Nesses casos, o impetrante se vê diante de uma prova impossível do direito líquido e certo que alega possuir e, acaso tenha demonstrado junto à petição inicial, terá sua garantia à impetração completamente tolhida.

Assim, propõe-se que o §1º do art. 6º da Lei 12.016/09 seja estudado como norma que regula, assim como a exibição de documentos prevista no CPC, o ônus da prova no processo do mandado de segurança, que, ante o comando do art. 373 do CPC, poderá ser dinamizado quando preenchidos os requisitos autorizadores.

Referências

- BRASIL. Código (1990). *Código de Defesa do Consumidor*. Brasília, DF: Senado, 1990.
- _____. Código (1973). *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Senado, 1973.
- _____. Código (2015). *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Senado, 2015.
- _____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *REspn*. 972.902/RS. Rel. Min. Eliana Calmon. Julgado em 25.08.2009.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *REspn*. 128.704/SP. Rel. Min. Nancy Andrichi. Julgado em 22.10.2013. Publicado em 28.10.2013.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n*. 1.333.988/SP. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 09.04.2014. Publicado em 11.04.2014.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n*. 1.168.849/SP. Rel. Min. Eliana Calmon. Julgado em 20.05.2010. Publicado em 31.05.2010.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *MS n*. 12.631/DF. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 09.04.2008. Publicado em 18.11.2008.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *RMS n*. 48.080/DF. Rel. Min. Sérgio Kukina. Julgado em 16.06.2015. Publicado em 29.06.2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *MS n*. 26.553/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 22.11.2007. Publicado em 16.10.2009.
- _____. Tribunal de Justiça do Piauí. *MS n*. 20140001004240. Rel. Des. Erivan José da Silva Lopes. Julgado em 05.11.2015. Publicado em 11.11.2015.
- _____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *AMS n*. 1.265/MG. Rel. Desa. Maria do Carmo Cardoso. Julgado em 09.11.2007. Publicado em 25.04.2008.
- _____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *AMS n*. 70.797. Rel. Juíza convocada Andréa Cunha Esmeraldo. Julgado em 29.04.2009. Publicado em 07.05.2009.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. *AIRR n*. 1016320145020067. Rel. Min. Maria Helena Mallmann. Julgado em 04.11.2015. Publicado em 13.11.2015.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova Lei do mandado de segurança*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

- _____, Cassio Scarpinella. A exibição de documento ou coisa, a súmula 372 do STJ e o Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Frediet al. *Direito probatório*. Coleção Grandes temas do novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2015.
- CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.
- CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 3 ed., São Paulo: Dialética, 2005.
- _____, Leonardo José 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: RT, jul. 2012, v. 209. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/09/2013_09_09293_09327.pdf.
- CUNHA, Maurício Ferreira. Ônus da prova, dinamização e o novo CPC. In: DIDIER JR, Frediet al. *Direito probatório*. Coleção Grandes temas do novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DIDIER JR, Fredie. Natureza jurídica das informações da autoridade coatora. In: BUENO, Cassio Scarpinella et al. *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2002.
- _____, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 14 ed., Salvador: Juspodivm, 2012, vol. 1.
- _____, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17 ed., Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1.
- _____, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 8 ed., Salvador: Juspodivm, 2013, vol. 2.
- _____, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 10 ed., Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 2.
- FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança individual e coletivo: aspectos polêmicos*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2009.
- MACÊDO, Lucas Buriel e PEIXOTO, Ravi. A dinamização do ônus da prova sob a óptica do novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, vol. 3.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2 ed., São Paulo: RT, 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes, WALD, Arnoldo e MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32 ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

RAMOS, Rodrigo. Os efeitos jurídicos do descumprimento da ordem de exibição de documento ou coisa no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie et al. *Direito probatório*. Coleção Grandes temas do novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 3 ed., São Paulo: RT, 2003, vol. 1.

SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. Estudos sobre o ônus da prova da ótica da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (NCPC). In: SARRO, Luís Antônio Giampulo et al. *Novo Código de Processo Civil. Principais alterações no sistema processual civil*. São Paulo: Rideel, 2014.

SODRÉ, Eduardo. Mandado de segurança individual. In: DIDIER JR, Fredie et al. *Ações constitucionais*. 5 ed., Salvador: Juspodivm, 2011.

SOUZA, Wilson Alves. Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. *Revista jurídica dos formandos em direito da UFBA*. Vol. 6, jul. 1998.

THEODORO JR, Humberto. Direito processual constitucional. *Revista Estação Científica*, Juiz de Fora, ed. Especial Direito, vol. 1, ano 4, out. e nov. 2009.

_____, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito*. Jan. - jun. 2010.

WAMBIER, Teresa Alvim Arruda. Introdução – reflexões sobre as ações constitucionais e sua efetividade. In: DIDIER JR, Fredie et al. *Ações constitucionais*. 5 ed., Salvador: Juspodivm, 2011.

NEGÓCIOS PROCESSUAIS QUE LIMITAM O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ NO CPC DE 2015¹

Procedure agreement that limits the investigating power of the judge in 2015 Brazilian Civil Procedure Code

DULCE ANNE FREITAS FEITOSA

Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho (Faculdades Jorge Amado – Salvador, Bahia); professora de Direito Processual Civil da Faculdade UNIFASS, Lauro de Freitas, Bahia. Assessora de magistrado no TJBA.

Extension course (post graduate diploma) in law and procedural labor law at the Faculdades Jorge Amado, Salvador, Bahia; professor of civil procedure at Faculdade UNIFASS, Lauro de Freitas, Bahia. Judge advisor in TJBA.

Área do Direito: Processual Civil.

Area of law: Civil procedure.

RESUMO

O presente estudo examina os negócios jurídicos processuais realizados pelas partes e pelo juiz, a homologação judicial como condição de eficácia e, através de pesquisa doutrinária, visa destacar que a celebração do negócio processual interfere na esfera dos poderes instrutórios do juiz.

Palavras-chave: Negócios jurídicos processuais. Homologação e controle judicial. Limitação ao poder instrutório do juiz.

Abstract: The purpose of this study is to examine the procedure agreement carried out by the parties and the judge, the judicial homologation as a condition of effectiveness and, through doctrinal research, aims to emphasize that the conclusion of the procedural agreement interferes in the sphere of the judicial powers of the judge.

Keywords: Procedure agreement. Homologation and judicial control. Limitation of the investigating power of the judge.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Cláusula geral de negociação processual e objeto dos negócios processuais: atos do processo ou situações jurídicas processuais. 3 Negócios processuais, autonomia da vontade das partes e protagonismo judicial. 4. Exigência de manifestação da vontade das partes e do juiz nos negócios processuais. 4.1 Homologação judicial como condição de eficácia

¹ Este artigo é também resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053). Esse grupo é membro fundador da ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

dos negócios processuais. 4.2 Limites aos negócios processuais e controle judicial. 5 Negócios processuais que limitam o poder instrutório do juiz no CPC de 2015. 5.1 CPC de 2015: novas premissas. 5.2 Novo modelo de colaboração processual. 5.3 Limitação aos amplos poderes instrutórios do juiz. 6 Conclusão. Referências.

1. Introdução

Com o surgimento do Estado constitucional – e da consequente remodelação dos próprios conceitos de Direito e de jurisdição –, surge a necessidade de uma nova teoria do processo, uma vez que os conceitos de jurisdição, ação e processo – por sua inquestionável ligação a uma forma de Estado –, não podem ser compreendidos fora de um contexto histórico, pois é impossível pretender como válidos tais conceitos clássicos de teoria do processo sem examiná-los a partir do Direito Constitucional e da teoria do Direito, conforme registra Marinoni².

A partir da teoria formulada por Hesse, a força normativa da Constituição produziu reflexos em todos os ramos do Direito, resultando, no que se refere ao processo civil, na necessidade de observância dos direitos e garantias fundamentais³.

Essa perspectiva favorece uma maior interação entre a Constituição e o Direito Processual Civil – o que é corroborado por Zaneti Jr. – porquanto o processo assume a função vanguardista nos ordenamentos modernos revelando-se como instrumento voltado a auxiliar na efetivação dos direitos constitucionais, a exemplo da busca da efetividade, valor impregnado no sistema processual, interferindo no modo de compreensão de dispositivos da CRFB/1988⁴.

Dentre as garantias fundamentais que mais se sobressai é o contraditório. Fazzalari acentua que há processo quando houver procedimento em contraditório (paritário), por ser o processo judicial compreendido como uma espécie do gênero procedimento realizado em contraditório⁵.

Para Taruffo, o processo em contraditório está renovado não mais unicamente como garantia do direito de resposta⁶, mas também como garantia da plena participação do processo, com real possibilidade de influir nos seus rumos, tese igualmente defendida por Sarlet, Marinoni e Mitidiero⁷; assim como, no direito de influência e no dever de debate, ampliando-se a noção de processo democrático em contraditório, reafirma Zaneti Jr.⁸.

A repercussão é expressa no art. 1º do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 – Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 –, segundo o qual “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”⁹

2 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo: curso de Processo civil*, v. 1. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2018, e-book.

3 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 37.

4 ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 179-181.

5 FAZZALARI, 1966, p.78-83 apud BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 114-117.

6 TARUFFO, Michelle. *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 58-61.

7 SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2017, e-book.

8 ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, 179-181.

9 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. CPC/2015. *Diário Oficial da União*,

Essas premissas basilares sobre a relevância das garantias constitucionais no processo civil revelam-se necessárias para melhor compreensão acerca dos negócios processuais, convenções sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, autonomia da vontade das partes e limitações aos poderes do juiz, porquanto sua análise deve se conformar com as garantias constitucionais, v.g. a cláusula do devido processo constitucional e as normas fundamentais do processo civil.

Como objetivo geral, o estudo busca analisar em que medida a celebração do negócio jurídico processual interfere na esfera dos poderes instrutórios do juiz, vinculando-o ao negociado, com notória redução do protagonismo judicial, sem, contudo, implicar no retorno à fase do privatismo processual.

Para tanto, como objetivos específicos, realiza-se abordagem sobre: (i) a cláusula geral de negociação processual, autonomia da vontade das partes e protagonismo judicial; (ii) a exigência de manifestação da vontade das partes e do juiz nos negócios processuais e a homologação judicial como condição de eficácia; (iii) os limites aos negócios processuais e o controle judicial; e (iv) as novas premissas do CPC/2015 e a limitação aos poderes instrutórios do juiz.

Este estudo não tem a pretensão de oferecer respostas definitivas,

mas de instigar questionamentos sobre tema de tamanha relevância para o direito processual civil. Assim, ao final, apresentam-se conclusões destacando-se o propósito dos poderes conferidos às partes no autorregramento de suas vontades, inclusive sob o ângulo da ingerência do direito probatório.

2. Cláusula Geral de Negociação Processual e Objeto dos Negócios Processuais: Atos do Processo ou Situações Jurídicas Processuais

O art. 190 do CPC estatui a denominada cláusula geral de negociação processual – o que é corroborado por Nogueira –, conferindo às partes a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais que têm como objeto atos do processo ou situações jurídicas processuais, isto é, direitos, poderes, faculdades, ônus e deveres, assim como mudanças no procedimento que se reputarem relevantes para a melhor tutela do direito posto em litígio.¹⁰

Trata-se da consagração do direito fundamental à liberdade no processo, por meio do exercício do autorregramento da vontade, surgindo o relevante princípio processual do respeito ao autorregramento da vontade no processo – como dispõe Cabral¹¹, princípio a ser inserido no rol de normas fundamentais do processo civil, como sugerem Lipiani e Siqueira¹².

Na esfera conceitual, Tavares registra que negócio jurídico processual é a declaração de vontade expressa, tácita ou implícita a que são reconhecidos efeitos jurídicos, conferindo-se

Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 1º mar. 2019.

10 BRASIL. Art. 190 do Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 1º mar. 2019.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa et al. É possível a resilição unilateral em negócios jurídicos bilaterais processuais? *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 257-269, out./dez. 2015.

11 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2 ed rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018, p.125-132.

12 LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 68, p. 91-116, set./out. 2015.

ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer certas situações jurídicas processuais, cabendo destacar a relevante característica de aglutinação da vontade do ato com a vontade do resultado prático pretendido¹³.

Didier Jr. e Nogueira destacam que negócio processual é o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer certas situações jurídicas processuais, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico¹⁴. No negócio jurídico, afirmam Didier Jr. e Nogueira, há escolha da categoria jurídica e do regramento jurídico para uma determinada situação, razão pela qual se revela inquestionável a existência de um espaço deixado aos sujeitos processuais para que possam influir e participar na construção da atividade procedimental¹⁵.

De forma complementar, Barreiros discute que negócios jurídicos processuais são fatos voluntários – exteriorizações de vontades unilaterais, bilaterais ou plurilaterais –, que sofreram a incidência de norma processual, cujo suporte fático atribui, ao sujeito, o poder de decidir quanto à prática ou não do ato e quanto à definição de seu conteúdo eficaz, tanto selecionando uma categoria jurídica eficaz já definida previamente pelo sistema jurídico, quanto estabelecendo, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, determinadas situações jurídicas processuais ou a alteração do procedimento. Esse é o entendimento que se colhe também das doutrinas de Cabral¹⁶ e Sarno¹⁷, das quais se depreende que situações jurídicas tipicamente processuais são, portanto, objetos de negócios processuais¹⁸.

É relevante analisar o objeto dos negócios processuais inclusive para fins de classificação, uma vez que os negócios jurídicos processuais se submetem a diversos critérios classificatórios.

Quanto ao objeto, Barreiros sublinha que há negócios relativos ao objeto litigioso do processo, a exemplo da transação extintiva do litígio e do reconhecimento da procedência do pedido, e aqueles atinentes ao processo em si, tais como o acordo para suspensão convencional do processo e as convenções acerca da distribuição do ônus da prova. Nesta última classificação relativa ao processo propriamente, a autora ainda aponta subclassificação, destacando a subdivisão dos negócios que redefinem situações jurídicas processuais e negócios que reestruturam o procedimento¹⁹.

Ainda quanto ao objeto, Cabral classifica os negócios processuais em dispositivos e obrigacionais. São dispositivos os negócios processuais que dispõem e tratam do rito

procedimental, derogando normas que o disciplinam; os obrigacionais são os que possuem efeitos abdicativos e estabelecem, para uma ou ambas as partes, obrigação(ões) de fazer e/ou de não fazer, criando, modificando ou extinguindo situações jurídicas processuais. São negócios prestacionais, não derogativos de norma aplicável ao caso, por isso Cabral ensina que a liberdade de disposição nos acordos obrigacionais é maior do que nos acordos dispositivos²⁰.

3. Negócios Processuais, Autonomia da Vontade das Partes e Protagonismo Judicial

A questão em análise cinge-se à harmonização da autonomia da vontade das partes com o caráter público do processo, sem retornar à fase do privatismo processual e à redução do protagonismo judicial, como discute Barreiros²¹.

A autonomia da vontade decorre da circunstância de as partes serem destinatárias da prestação jurisdicional e de possuírem interesse e maiores condições de avaliar as providências necessárias para o alcance da solução do litígio, sem, com isso, deixar de resguardar os objetivos processuais ligados ao interesse público, tais como a paz social e o bem comum.

Às partes, o CPC/2015 possibilita a celebração de ajustes sobre o procedimento e sobre as suas situações jurídicas processuais (ônus, deveres, poderes e faculdades), reduzindo o protagonismo judicial²².

Tavares complementa afirmando que, a partir da classificação dos atos jurídicos, alcançam-se os atos jurídicos processuais, assim compreendidos como todo ato humano definido em norma processual apto a produzir efeitos jurídicos em uma relação jurídica processual²³.

Por sua vez, Godinho comenta que, em sentido amplo, o ato jurídico processual se relaciona com uma norma jurídica processual e se refere a um procedimento, não sendo, todavia, essencial que integre a cadeia procedimental. Nesse sentido, a vontade no negócio jurídico é manifestada para compor o suporte fático de certa categoria jurídica, visando a obtenção de efeitos jurídicos que tanto podem ser predeterminados pelo sistema, como deixados, livremente, a cada um, sem efeito jurídico *ex voluntate*²⁴.

No negócio jurídico, os efeitos já estão definidos pelo ordenamento. Isso significa que, em uma amplitude variável, as normas jurídicas concedem às pessoas certo poder de escolha da categoria jurídica.

No campo processual, há limitações à autonomia privada, mas que não afetam a existência da categoria de fato jurídico, sendo que o balizamento da autonomia privada molda o

13 TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. In: RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (orgs.). *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Brasília, DF: ESMPU, 2016. p. 59-84. v. 2. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/reflexoes-sobre-o-novo-codigo-de-processo-civil-volume-2>. Acesso em: 02 jul. 2017.

14 DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A promessa de recompensa judicial e o novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Execução*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/31924226/A_promessa_de_recompensa_judicial_e_o_novo_CPC. Acesso em: 02 jul. 2017.

15 DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A promessa de recompensa judicial e o novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Execução*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/31924226/A_promessa_de_recompensa_judicial_e_o_novo_CPC. Acesso em: 02 jul. 2017.

16 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.93-95.

17 BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. *Revista de processo*, São Paulo, vol. 148/2007, jun./2007, p. 293-320.

18 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e Poder Público*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/22520/1/LORENA%20MIRANDA%20SANTOS%20BARREIROS.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2017.

19 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e Poder Público*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 117-119.

20 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2 ed rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018, p.95.

21 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e Poder Público*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/22520/1/LORENA%20MIRANDA%20SANTOS%20BARREIROS.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2017.

22 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e Poder Público*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/22520/1/LORENA%20MIRANDA%20SANTOS%20BARREIROS.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2017.

23 TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. In: RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (orgs.). *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Brasília, DF: ESMPU, 2016. p. 59-84. v. 2. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/reflexoes-sobre-o-novo-codigo-de-processo-civil-volume-2>. Acesso em: 02 jul. 2017.

24 GODINHO, Robson Renault. *Negócios jurídicos processuais e convenções das partes*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coords.). *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. Coleção Lebman, E-book 1.

conceito de negócio jurídico processual, sem, contudo, desnaturá-lo. No plano da existência, o negócio processual contém a manifestação da vontade, o autorregramento dessa vontade e a referibilidade ao procedimento.

No plano da validade, devem estar presentes a capacidade processual, a competência, a imparcialidade e o respeito ao formalismo, uma vez que os negócios jurídicos têm, como objeto, situações tipicamente processuais sobre as quais incide sua eficácia, sendo a disponibilidade sobre os efeitos processuais que afere a admissibilidade desses negócios, em caso de vício que cause prejuízo, como afirma Mello em sua obra²⁵.

Quanto à eficácia, Godinho comenta que há dependência de fatos posteriores – como a necessidade de homologação judicial em alguns casos –, e determinações inexas, isto é, elementos futuros subordinantes da eficácia do ato jurídico, postos pelo exercício da própria vontade do sujeito e que se inexam ao ato jurídico para, futuramente, lhes fazer irradiar ou cessar a eficácia²⁶.

Lipiane e Siqueira afirmam que em tempos de democratização do procedimento, o CPC/2015 confere um maior diálogo entre as partes, juiz, conciliadores e mediadores, propiciando-se aos litigantes solucionarem suas controvérsias, com a possibilidade inclusive de adequação do procedimento às exigências específicas do litígio, sem que, para tanto, o legislador tenha se descuidado da preocupação em evitar abusos de direito ou opressão de uma das partes²⁷.

Isso porque, conquanto o CPC/2015 possibilite a adaptação do procedimento como consequência da cooperação e consensualidade das partes e do julgador, o poder do autorregramento da vontade não é absoluto²⁸, esbarrando em limites estabelecidos pelo sistema, especialmente os inerentes aos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito, intitulados por Greco²⁹ de ordem pública processual.

Necessário, pois, o exame dessas limitações, ainda que superficial, em razão do limite deste ensaio.

4. Exigência de Manifestação da Vontade das Partes e do Juiz nos Negócios Processuais

Barreiros afirma que os negócios inerentes ao processo se subdividem nos que redefi-

nem situações jurídicas processuais e nos que reestruturam o procedimento³⁰. Quanto ao suporte legal, classificam-se os negócios em típicos e atípicos. Os negócios regulados expressamente em tipos legais são classificados como típicos tendo, como exemplos, o calendário processual e a escolha consensual do perito, previstos, respectivamente, nos arts. 191 e 471 do CPC. De outra forma, são atípicos os não regulados expressamente em tipos legais, que encontram lastro na cláusula geral de atipicidade dos negócios processuais, encartada no art. 190 do Código³¹.

O negócio processual atípico pode recair sobre dois grupos de objetos, como afirma Tavares: a) ônus, faculdades, deveres e poderes das partes (criando, modificando ou extinguindo direitos subjetivos processuais); e b) redefinição da forma ou ordem dos atos processuais (procedimento)³².

Nesse sentido, pode-se destacar o Enunciado n. 257 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(art. 190) O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.”³³

Conquanto o caput do art. 190 do CPC assegure apenas a celebração de negócios processuais pelas partes, Didier Jr. destaca que inexistente vedação para a celebração de negócio processual atípico que inclua a participação do órgão jurisdicional, até porque, segundo o autor, poder negociar sem a interferência jurisdicional é mais do que fazê-lo com a participação do juiz³⁴.

Em se tratando de negócios de procedimento quando o juiz não é sujeito do negócio jurídico processual, o parágrafo único do art. 190 expressamente permite que o magistrado controle a validade das convenções sobre o procedimento, recusando-lhes aplicação em caso de invalidade ou abusividade³⁵.

Nessa senda, o controle judicial reside em verificar a possibilidade de as partes regularem o procedimento da forma como desejam, sendo que o dispositivo não se reporta à exigibilidade de homologação como condição da eficácia externa do negócio, ou como controle de validade.

Avelino afirma que a homologação serve como um filtro para delimitar se as partes estão dentro do seu espectro de atuação decorrente do autorregramento da vontade, ou se estão indo além dos seus poderes, ou seja, se não estão dispondo a respeito de uma situação jurídica que não seja por eles titularizada. Assim, o controle de validade – permitido pelo parágrafo único do art. 190 –, não é discricionário, mas vinculado, pois os negócios somente não

25 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 2003.

26 GODINHO, Robson Renault. *Negócios jurídicos processuais e convenções das partes*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coords.). *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. Coleção Lebman, E-book 1.

27 LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. *Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação*. In: MARCATO, Ana et al (coords.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 219-247. Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro, v. 1.

28 LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. *Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação*. In: MARCATO, Ana et al (coords.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 219-247. Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro, v. 1.

29 Em artigo publicado em 2007, Leonardo Greco já assinalou que “o reconhecimento do processo civil como instrumento de tutela efetiva das situações de vantagem que a ordem jurídica confere aos particulares, decorrencia da eficácia concreta dos direitos dos cidadãos característica do Estado Democrático contemporâneo, tem levado boa parte da doutrina e os sistemas processuais, em maior ou menor escala, a reconhecer às próprias partes certo poder de disposição em relação ao próprio processo e a muitos dos seus atos, reservando em grande parte à intervenção judicial um caráter subsidiário e assistencial.” GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões*. Revista eletrônica de direito processual civil, UERJ, 1 ed. out/dez 2007. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657/16714>. Acessado em: 16 de abril de 2019

30 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e Poder Público*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/22520/1/LORENA%20MIRANDA%20SANTOS%20BARREIROS.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2017.

31 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 1º mar. 2019.

32 O autor aponta inúmeros exemplos de negociações atípicas, a saber: acordos probatórios, acordos de impenhorabilidade, modificação de prazos, vedação da execução provisória, acordo sobre o efeito em que será recebido o recurso, dentre outros. Também há a possibilidade de acordos sobre pressupostos e requisitos processuais, como o acordo sobre competência relativa e a legitimação extraordinária negocial. TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos*. In: RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (orgs.). *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Brasília, DF: ESMPU, 2016. p. 59-84. v. 2. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/reflexoes-sobre-o-novo-codigo-de-processo-civil-volume-2>. Acesso em: 02 jul. 2017.

33 Enunciados FPPC – Fórum Permanente de processualistas Civis, organizados por assunto anotados e comentados. Organizador: Ravi Peixoto. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 205-206.

34 DIDIER JR., Fredie. *Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015*. In: MARCATO, Ana et al (coords.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 161-186. Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro, v. 1.

35 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 1º mar. 2019.

estarão aptos a modificar o procedimento caso o magistrado verifique que não preenchem os seus requisitos de validade, dentre os quais se destaca o requisito negativo de não dispor sobre a situação jurídica do magistrado³⁶.

Admite-se a atuação das partes para a adaptação do procedimento de acordo com sua convenção, presumindo-se válidos os seus negócios, independentes de qualquer ato de manifestação do juiz. Entretanto, exige-se a homologação do juiz para permitir que o negócio produza efeitos específicos no processo apenas como *conditio iuris* para a eficácia externa do ato.

Os negócios processuais não dependem, necessariamente, da intervenção ou intermediação judicial para produzir os seus efeitos. Nessa linha de ideias, Didier Jr. e Nogueira exemplificam que a desistência do recurso já produz o efeito de transitar em julgado de imediato a decisão recorrida, sem que se necessite da intermediação judicial para sua a propagação³⁷.

Didier e Nogueira ainda acrescentam que se, à parte, é dada a possibilidade de manifestar sua vontade, abdicando do direito de recorrer, e o ordenamento jurídico valora e recebe esse querer, dando-lhe, inclusive, primazia sobre os provimentos jurisdicionais posteriores que o contrariem, é porque está reconhecido o poder de autorregramento da vontade no processo³⁸.

Para caracterizar um ato como negócio jurídico, é relevante a circunstância de a vontade estar direcionada não apenas à prática do ato, como também à produção de um determinado efeito jurídico, com poder de autorregramento. Todavia, no negócio jurídico, nem sempre se verifica a necessária correspondência unívoca entre a vontade e os efeitos resultantes do ato³⁹.

Quanto aos negócios sobre o procedimento, Avelino indica que a disposição das partes presume-se como válida e eficaz, cabendo ao juiz somente atuar no controle de validade do ato⁴⁰.

Na verificação da validade do negócio processual sobre procedimento, não se pode construir um critério apriorístico para determinar se o acordo sobre o procedimento é legítimo, mas convém registrar posições doutrinárias relevantes. Uma delas alude à impossibilidade de se valer de negócios processuais para alterar aspectos procedimentais, tornando especial certo procedimento, como ocorre, por exemplo, nos juizados especiais; outra, à plena incidência do art. 142 do CPC ao controle de validade dos negócios processuais:

Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu

36 AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais: já uma releitura. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Coleção grandes temas do novo CPC*: v. 1. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 367-390. Disponível em: https://www.academia.edu/31864549/A_posicao_do_magistrado_em_face_dos_negocios_juridicos_processuais_-_ja_uma_releitura. Acesso em: 02 jul. 2017.

37 DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A promessa de recompensa judicial e o novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Execução*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Jus-Podivm, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/31924226/A_promessa_de_recompensa_judicial_e_o_novo_CPC. Acesso em: 02 jul. 2017.

38 DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A promessa de recompensa judicial e o novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Execução*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Jus-Podivm, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/31924226/A_promessa_de_recompensa_judicial_e_o_novo_CPC. Acesso em: 02 jul. 2017.

39 DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A promessa de recompensa judicial e o novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Execução*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Jus-Podivm, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/31924226/A_promessa_de_recompensa_judicial_e_o_novo_CPC. Acesso em: 02 jul. 2017.

40 AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais: já uma releitura. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Coleção grandes temas do novo CPC*: v. 1. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 367-390. Disponível em: https://www.academia.edu/31864549/A_posicao_do_magistrado_em_face_dos_negocios_juridicos_processuais_-_ja_uma_releitura. Acesso em: 02 jul. 2017.

se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé⁴¹.

A atuação das partes que for de encontro à justa e à eficiente prestação da atividade jurisdicional é passível de controle pelo magistrado, por meio do permissivo dado pelo devido processo legal substancial e da economia processual, informadores da teoria das invalidades dos atos jurídicos – como bem menciona Avelino –, ⁴²ex vi art. 139, incisos II e III do CPC, à medida que impõem, ao juiz, o dever de zelar pela duração razoável do processo e de prevenir ou reprimir atos contrários à dignidade da justiça.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...]

II - velar pela duração razoável do processo;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias [...]⁴³.

As partes podem dispor livremente dos prazos, desde que não se configure ato desproporcional e que seja protegida a prestação da tutela jurisdicional em prazo razoável e de forma eficiente, não se exigindo, para tanto, a manifestação de vontade do juiz para o aperfeiçoamento do negócio.

4.1 Homologação Judicial como Condição de Eficácia dos Negócios Processuais

A necessidade de homologação judicial de um negócio processual deve vir prevista em lei quando se configurar como condição legal de eficácia do negócio jurídico processual.

Cunha destaca que o negócio jurídico é produto da autonomia privada ou da autorregulação de interesses, posto que implica em liberdade de celebração e de estipulação. Todavia, não há impedimento para que a legislação estabeleça o regime de determinados negócios, havendo um tipo previsto em lei e estando nela regulado, denominado de negócio jurídico típico, sendo dispensável o esforço da(s) parte(s) na sua regulação, que já fora estabelecida em lei⁴⁴.

Baseado no art. 190 do CPC, o negócio processual atípico segue a regra geral do caput do art. 200, pois produz efeitos imediatamente, salvo se as partes, expressamente, houverem modulado a eficácia do negócio, com a inserção de uma condição ou de um termo, como

41 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 1º mar. 2019.

42 AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais: já uma releitura. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Coleção grandes temas do novo CPC*: v. 1. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 367-390. Disponível em: https://www.academia.edu/31864549/A_posicao_do_magistrado_em_face_dos_negocios_juridicos_processuais_-_ja_uma_releitura. Acesso em: 02 jul. 2017.

43 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 1º mar. 2019.

44 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 39-74. *Coleção Grandes Temas do novo CPC*, v. 2.

preleciona Didier Jr.⁴⁵

Contudo, Avelino destaca que há hipóteses em que o magistrado atua para que o ato preencha seus requisitos de validade, sendo situações em que se exige a manifestação do magistrado como elemento para o aperfeiçoamento do negócio processual, como núcleo do suporte fático do negócio. Sem a emissão volitiva do juiz, o ato não está apto a superar o plano da validade. Estes são os denominados negócios processuais plurilaterais, nos quais se exige a manifestação de vontade válida tanto das partes, quanto do magistrado. Nesses casos, o juiz atua como sujeito do ato, razão pela qual se constata que, sem sua participação, não há que se falar em negócio jurídico processual válido⁴⁶.

À vista do art. 200 do CPC, revela-se superado o posicionamento histórico construído sob a égide dos Códigos de 1939 e de 1973, não mais se conferindo à homologação judicial o pressuposto de existência da desistência da ação. Essa é a inteligência que se extrai do mencionado dispositivo, abaixo reproduzido:

Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.⁴⁷

Também resta ultrapassado o entendimento de que o ato judicial homologatório de desistência da demanda seria requisito de sua validade, pois, no contexto atual, a homologação judicial tem a função de ato integrativo da eficácia de negócios jurídicos processuais, como assevera Barreiros⁴⁸.

Ao estabelecer a necessidade de homologação judicial de um determinado ato jurídico, o ordenamento pretende que o juiz fiscalize a validade do ato praticado. Reconhecida a higidez do ato, a homologação confere ao ato, antes dotado de eficácia parcial, a sua plena eficácia. Entretanto, acaso seja negada a homologação, a condição legal de eficácia do ato não se perfaz.

Barreiros destaca que há situações nas quais a lei expressamente exige homologação judicial de um negócio jurídico processual unilateral ou bilateral/plurilateral. Contudo, reputa-se desnecessária a homologação judicial quando inexistente previsão expressa de submissão do negócio processual a esta condição, situação em que há produção imediata dos efeitos

45 DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: MARCATO, Ana et al (coords.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 161-186. Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro, v. 1.

46 O autor esclarece que “as partes titularizam situações jurídicas relativas tanto ao processo (entendido como procedimento em contraditório – ônus, poderes, deveres, faculdades, etc.) quanto ao direito material objeto da relação jurídica processual; o juiz titulariza situações jurídicas relativas ao processo (inserido no procedimento em contraditório), mas não em relação ao direito material que se discute.” AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais: já uma releitura. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). **Coleção grandes temas do novo CPC**: v. 1. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 367-390. Disponível em: https://www.academia.edu/31864549/A_posicao_do_magistrado_em_face_dos_negocios_juridicos_processuais_-_ja_uma_releitura. Acesso em: 02 jul. 2017.

47 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 1º mar. 2019.

48 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e Poder Público**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/22520/1/LORENA%20MIRANDA%20SANTOS%20BARREIROS.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2017.

decorrentes do acordo entabulado⁴⁹.

A eficácia dos negócios processuais é uma consequência da norma extraída do art. 200 do CPC e uma decorrência lógica do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo. O entendimento que subordina irrestritamente a eficácia de todo negócio processual à chancela judicial revela-se desarmônica com o direito à liberdade no âmbito processual⁵⁰.

Müller assevera que eficácia dos negócios processuais atípicos é a aptidão legal para produzir os efeitos decorrentes da manifestação da vontade negocial das partes⁵¹. No plano da eficácia, depreende-se do art. 200 do CPC que os negócios processuais produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção dos direitos, segundo a vontade manifestada pelas partes⁵², não mais se exigindo a homologação da convenção pelo juiz, salvo quando o próprio ordenamento jurídico limitar a eficácia do ato, como sucede na desistência da demanda, que só tem eficácia com a homologação, como explicitado por Nogueira e outros⁵³.

4.2 Limites aos Negócios Processuais e Controle Judicial

Conquanto não mais se exija a homologação judicial, o juiz não está impedido de controlar a validade da convenção e de fiscalizar e restringir os efeitos provisórios ou definitivos, de acordo com Müller⁵⁴. Barreto complementa e afirma que o juiz deve intervir nos negócios sempre que imprescindível, contudo, nem sempre será necessário⁵⁵.

Arbs argumenta que o controle previsto no parágrafo único do art. 190 do CPC permite a intervenção do magistrado, podendo acionar as partes sobre defeitos do negócio a serem corrigidos. Também não se pode olvidar que as regras de ordem pública representam obstáculo à autonomia da vontade das partes em todos os ramos do Direito, inclusive no processo⁵⁶.

49 A título exemplificativo, a autora elenca negócio jurídico processual unilateral – como a desistência, conforme o art. 200, parágrafo único do CPC –, ou bilateral/plurilateral, como o saneamento consensual do processo, conforme o art. 357, §2º do CPC, e a escolha convencional do administrador-depositário em penhora de empresa, de outros estabelecimentos e de semoventes, previstos no art. 862, §2º do CPC. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e Poder Público**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/22520/1/LORENA%20MIRANDA%20SANTOS%20BARREIROS.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2017.

50 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e Poder Público**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/22520/1/LORENA%20MIRANDA%20SANTOS%20BARREIROS.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2017.

51 MÜLLER, Júlio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica**. São Paulo: RT, 2017. Coleção O Novo Processo Civil. E-book.

52 O autor defende que a eficácia jurídica prevista das convenções processuais independe de homologação judicial, exceto nos casos em que a lei expressamente exigir o prévio controle ou participação do juiz, como ocorre na desistência da ação (parágrafo único do art. 200), na fixação do calendário processual (art. 191), no saneamento negociado pelas partes (§2 do art. 357) e na autocomposição sobre o objeto da demanda (§11 do art. 334 do CPC). MÜLLER, Júlio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica**. São Paulo: RT, 2017. Coleção O Novo Processo Civil.

53 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa et al. É possível a resilição unilateral em negócios jurídicos bilaterais processuais? **Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)**, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 257-269, out./dez. 2015.

54 MÜLLER, Júlio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica**. São Paulo: RT, 2017. Coleção O Novo Processo Civil. E-book.

55 BARRETO, Adalberto Fulco F. P. O papel do juiz como gestor nos negócios processuais. In: PEIXOTO, Renata Cortez Vieira; SOUSA, Rosalina Freitas Martins de; ANDRADE, Sabrina Dourado França (coords.). **Temas relevantes de Direito Processual Civil**: elas escrevem. Recife: Armador, 2016. p. 95-111.

56 ARBS, Paula Saleh. Negócios jurídicos processuais: é necessária a homologação judicial? In: PEIXOTO, Renata Cortez Vieira; SOUSA, Rosalina Freitas Martins de; ANDRADE, Sabrina Dourado França (coords.). **Temas relevantes de**

Nesse contexto, há óbices à celebração dos negócios jurídicos processuais quando violados os princípios da segurança jurídica, do contraditório, da ampla defesa, da busca da verdade, do juiz natural, da celeridade, do interesse público de duração razoável do processo, do devido processo legal⁵⁷, enfim da ordem pública processual⁵⁸.

5. Negócios Processuais que limitam o Poder Instrutório do Juiz no CPC de 2015

A atual doutrina já abandonou a concepção privatista do direito processual⁵⁹, fase em que o processo se revelava como mero instrumento para a proteção do direito subjetivo e à mercê da vontade dos litigantes. A doutrina contemporânea revela uma visão publicista do processo, reconhecendo um interesse no resultado do processo que ultrapassa os limites das relações nele discutidas, porquanto interessa a toda a coletividade⁶⁰. Esse é o fundamento da teoria defendida por Bedaque quanto à ampliação dos poderes instrutórios do juiz para investigar a verdade real, quando a meramente formal não alcança os fins sociais da ciência processual. Trata-se de entendimento de repercussão nacional cujo fundamento é o interesse público do ordenamento jurídico, independentemente da natureza das normas a serem atuadas.

Bedaque não nega que às partes incumbe a iniciativa probatória. Mas isso ocorre por questões de ordem prática; não pela natureza do direito⁶¹. O autor ainda sinaliza que, dentre os sujeitos do processo, apenas o magistrado procura uma solução justa, em razão de as partes perseguirem um resultado que seja favorável aos seus próprios interesses, não se importando com a adequação destes à ordem jurídica estabelecida, razão pela qual sublinha que não se pode subordinar a atividade instrutória do juiz ao interesse particular, confundindo-se princípios relacionados com a relação material com os concernentes ao processo⁶².

Em sua obra, Bedaque destaca que o processo não é um negócio que vise à defesa de interesse da parte, pois nele há um profundo interesse público para alcançar a paz e a tranquilidade social, completando que conquanto as partes pudessem manter o domínio sobre os interesses em litígio, jamais o teriam sobre o desenvolvimento técnico e formal do processo.

A obra de Bedaque publicada em 1994 marcou uma era, cujo entendimento dominou

Direito Processual Civil: elas escrevem. Recife: Armador, 2016. p. 113-125.

57 ARBS, Paula Saleh. Negócios jurídicos processuais: é necessária a homologação judicial? In: PEIXOTO, Renata Cortez Vieira; SOUSA, Rosalina Freitas Martins de; ANDRADE, Sabrina Dourado França (coords.). **Temas relevantes de Direito Processual Civil:** elas escrevem. Recife: Armador, 2016. p. 113-125.

58 GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. Revista eletrônica de direito processual civil, UERJ, 1 ed. out/dez 2007. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657/16714>. Acessado em: 16 de abril de 2019.

59 Marinoni relata que no final do Século XIX, a jurisdição encontrava-se comprometida com os valores do Estado Liberal e do positivismo jurídico, asseverando que “os processualistas que definiram essa ideia de jurisdição estavam sob a influência ideológica do modelo do Estado Liberal de Direito e, por isso, submetidos aos valores da igualdade formal, da liberdade individual mediante a não interferência do Estado nas relações privadas e do princípio da separação de poderes como mecanismo de subordinação do executivo e do judiciário à lei”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo: curso de Processo civil**, v. 1. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013, p. 31.

60 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. São Paulo: RT, 2014, 1 ed e-book baseada na 7 ed impressa.

61 Bedaque entende que “as partes não podem influir no desenvolvimento do processo, visto ser ele o instrumento estatal de manutenção da ordem jurídica e, em última análise, de promoção da paz social. Ou seja, seu objetivo, sua finalidade é sempre pública e indisponível, qualquer que seja a natureza do direito em discussão. Se privadas, as partes terão plena disponibilidade, podendo praticar atos nesse sentido. Mas, enquanto não o fizerem, o poder de dizer o direito é monopólio do Estado e, para tanto, sua atividade deve desenvolver-se em colaboração com as partes, jamais sob o domínio destas.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. São Paulo: RT, 2014, 1 ed e-book baseada na 7 ed impressa..

62 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. São Paulo: RT, 2014, 1 ed e-book baseada na 7 ed impressa.

nos últimos vinte anos. O CPC/2015, entretanto, apresenta novas premissas que merecem especial análise.

5.1 CPC de 2015: Novas Premissas

O CPC tem premissas absolutamente diversas das que vigoraram sob a égide do Código de 1973, sendo que a cláusula geral da atipicidade de negócios processuais, a eficácia jurídica dos precedentes judiciais e o princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes são algumas novidades que romperam com a normatização anterior. Por isso, assevera Redondo que é essencial que o intérprete altere suas premissas, sob pena de esvaziar o potencial e o alcance dessa nova sistemática, o que resultaria numa interpretação claramente *contra legem*⁶³.

Por sua vez, Müller complementa que, no novo modelo processual, no qual convivem harmonicamente o publicismo e o privatismo, a eficácia jurídica prevista das convenções processuais independe de homologação judicial, exceto nos casos em que a lei expressamente exigir o prévio controle ou participação do juiz⁶⁴. Exigir a homologação da convenção, pelo juiz, é insistir no antigo modelo publicista, no qual todo e qualquer tipo de ato é controlado integralmente pelo magistrado.

Nesse contexto, ao interpretar o princípio do autorregramento da vontade das partes, rende-se à incidência da teoria da eficácia externa das normas preconizada por Ávila, para quem as normas jurídicas não atuam somente sobre a compreensão de outras normas, posto que atuam sobre a compreensão dos próprios fatos e provas⁶⁵.

O autor ressalta que sempre que se aplica uma norma jurídica é preciso decidir, dentre todos os fatos ocorridos, quais deles são pertinentes (exame da pertinência) e, dentre todos os pontos de vista, quais deles são os adequados para interpretar os fatos (exame da valoração).

Neste ponto, Ávila destaca a noção da eficácia externa, pois as normas jurídicas são decisivas para a interpretação dos próprios fatos. Assim, não se interpreta a norma e depois o fato, mas o fato de acordo com a norma e a norma de acordo com o fato, simultaneamente.

O mais importante cinge-se à eficácia externa que os princípios têm: como, indiretamente, eles estabelecem um valor pelo estabelecimento de um estado ideal de coisas a ser buscado, também de forma indireta eles fornecem um parâmetro para o exame da pertinência e da valoração⁶⁶.

Aplicando-se, pois, o princípio do autorregramento da vontade das partes, Barreto conclui que o controle previsto no parágrafo único do art. 190 do CPC permite que o juiz intervenha, podendo acionar as partes sobre defeitos do negócio e, assim, as partes podem corrigir os defeitos, num efetivo exercício de colaboração⁶⁷.

Entretanto, não se concebem poderes ilimitados às partes no autorregramento de suas

63 REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, n. 145, p. 9-16, ago./2015.

64 MÜLLER, Júlio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica**. São Paulo: RT, 2017. Coleção O Novo Processo Civil. E-book.

65 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 28-30.

66 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 33-35.

67 BARRETO, Adalberto Fulco F. P. O papel do juiz como gestor nos negócios processuais. In: PEIXOTO, Renata Cortez Vieira; SOUSA, Rosalina Freitas Martins de; ANDRADE, Sabrina Dourado França (coords.). **Temas relevantes de Direito Processual Civil:** elas escrevem. Recife: Armador, 2016. p. 95-111.

vontades, pois as regras de ordem pública representam obstáculo à autonomia da vontade das partes em todos os ramos do Direito, inclusive no processo.

Sem dúvidas, os contratos processuais são vedados se violarem os princípios do devido processo legal, porquanto acarretam na previsibilidade do procedimento alcançando a segurança jurídica, o contraditório e a ampla defesa, a busca da verdade, do juiz natural e da celeridade. Arbs destaca que as convenções processuais – que regulam os prazos e alteram o cronograma procedimental –, devem atentar para o interesse público de duração razoável do processo⁶⁸.

5.2 Novo Modelo de Colaboração Processual

No Estado Democrático de Direito, verifica-se a junção das características peculiares do processo liberal e do processo social a partir de um modelo no qual o juiz há de dialogar com as partes, sempre com base no critério participativo, sendo que o equilíbrio da posição e funções das partes e do juiz decorre do modelo colaborativo ou comparticipativo de organização do processo.

Nunes elucida que o modelo colaborativo comparticipativo de organização do processo, próprio do Estado Democrático de Direito, decorre de uma concepção conjunta entre o juiz e as partes⁶⁹. A colaboração no processo decorre do Estado Constitucional Democrático, que constitui a resposta à necessidade de participação equilibrada do juiz e das partes no processo civil, como lembra Mitidiero. No processo civil, o juiz se encontra a todo tempo em equilíbrio com as partes, sem, todavia, ignorar a imperatividade da jurisdição e a necessidade de submissão da parte ao seu comando à vista da assimetria inerente à atuação estatal⁷⁰.

Analisando o art. 266/1 do Código de Processo Civil Português, Paula Costa e Silva propugna a colaboração no processo civil como um princípio que repercute nas situações jurídicas dos atores processuais⁷¹, explicando que, como princípio, o escopo da colaboração é servir de elemento para organização de processo justo idôneo a alcançar, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Nesse contexto, aplica-se a teoria da autora portuguesa ao direito processual vigente no Brasil, consoante preconiza o art. 6.º do CPC⁷², pois o diálogo revela-se como instrumento essencial em toda a condução do processo, seja na apuração da verdade das alegações das partes, na fiel aplicação do direito e no emprego das técnicas executivas adequadas para a realização dos direitos.

Destaque-se, mais uma vez, a advertência de Mitidiero, para quem a colaboração no processo civil, não é uma colaboração entre as partes; no contexto de Estado Constitucional, trata-se de colaboração do juiz para com as partes⁷³. Pode ocorrer, explica Mitidiero, de uma

das partes ter de cooperar com o juiz com o escopo deste colaborar com a outra. No entanto, inexistir colaboração entre as partes justificada pela estrutura adversarial inerente ao processo contencioso que repele a ideia de colaboração entre as partes⁷⁴.

Assim, por força do contraditório, o juiz está obrigado ao debate, ao diálogo Judiciário, devendo dirigir o processo isonomicamente, a partir do dever de cooperação, dever este que, por sua vez, se desdobra em múltiplos outros deveres: (i) pedir esclarecimento; (ii) prevenção; (iii) auxílio; (iv) consultar⁷⁵.

Nas lições de Paula Costa e Silva, o dever de pedir esclarecimentos se consubstancia no dever de o juiz ouvir as partes, convidando-as a esclarecer determinadas matérias de facto ou de direito que sejam pertinentes ao desenrolar da marcha processual.

Entretanto, a autora chama a atenção para a diferença o entre o poder de convidar a parte a prestar esclarecimentos e o dever de o juiz indicar um caminho adequado à parte, explicitando, a título exemplificativo, que através da prestação destes esclarecimentos, a parte pode lograr convencer o tribunal de que a sua perspectiva quanto à matéria de direito é a adequada, razão pela qual seu pedido se revelará correto⁷⁶.

O dever de prevenção materializa-se no múnus imposto ao julgador de prevenir as partes sobre as deficiências ou insuficiências das suas argumentações ou pleitos. A esse dever, no direito português, dá-se o nome de “convite ao aperfeiçoamento”.⁷⁷ Como bem ensina Paula Costa Silva, esse dever de prevenção é previsto para situação específica de a parte ser instada a complementar ou esclarecer as matérias de fato deduzidas⁷⁸, competindo ao julgador advertir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos ser frustrado pelo uso inadequado do processo.

O julgador também deve auxiliar as partes a superar dificuldades que as impeçam de exercer direitos e prerrogativas, ou que inviabilizem o cumprimento de seus ônus e deveres processuais⁷⁹. Este é o dever de auxílio.

Observa-se, assim, que os poderes do juiz são aumentados (a partir do necessário caráter constitucional conferido ao processo), impondo-se ao julgador, por consequência, o dever de informar as partes as iniciativas que pretende exercer, de modo a permitir-lhes espaço ao debate, ao contraditório, como bem assinalado por Hermes Zaneti Jr. no item 1 deste estudo.

A partir dessas premissas, Auilo constroi uma ideia de que, para alcançar os escopos da jurisdição, todos os sujeitos do processo devem colaborar com o desenvolvimento do processo. O modelo cooperativo de estrutura do processo pode ser visualizado por diversos ângulos em todo o procedimento e, quando analisado sob a perspectiva do direito probatório, impõe uma

2015, e-book.

74 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2015, e-book.

75 Paula Costa e Silva enfatiza que de acordo com o art. 266/1 do CPC Português, o tribunal, as partes e seus mandatários devem cooperar entre si na condução e intervenção no processo, com vista à “obtenção, com brevidade e eficácia, da justa composição do litígio”. SILVA, Paula Costa. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 590-591.

76 SILVA, Paula Costa. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 590-591.

77 SILVA, Paula Costa. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 593.

78 SILVA, Paula Costa. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 593.

79 COSTA, Miguel do Nascimento. *Poderes do juiz e as relações entre direito material e processo: perspectivas para um processo qualitativa e hermeneuticamente efetivo e democrático*. Dissertação (Mestrado em Direito) 2011, UNISINOS. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3877> Acesso em 3 de janeiro de 2019.

68 ARBS, Paula Saleh. *Negócios jurídicos processuais: é necessária a homologação judicial?* In: PEIXOTO, Renata Cortez Vieira; SOUSA, Rosalina Freitas Martins de; ANDRADE, Sabrina Dourado França (coords.). *Temas relevantes de Direito Processual Civil: elas escrevem*. Recife: Armador, 2016. p. 113-125.

69 O autor esclarece que a denominada “comunidade de trabalho” (*arbeitsgemeinschaft*) entre juiz e partes (e seus advogados), idealizada pela doutrina tedesca e que, levada a sério, permitiu na Alemanha uma formação unitária dos futuros magistrados e advogados, impediu que a relação entre eles se transformasse em um conflito de categorias, além de delinear, na doutrina processual, a idealização do policentrismo processual, que afasta qualquer concepção de protagonismo e se estrutura a partir do modelo constitucional de processo.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215-216.

70 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2015, e-book.

71 SILVA, Paula Costa. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 590-591.

72 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 1º mar. 2019.

73 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT,

nova divisão de trabalho entre os sujeitos processuais. Não se verifica mais aquela rigidez na divisão de um juiz mais passivo e inerte e as partes, necessariamente, mais ativas, posto que passa a ocorrer um nivelamento pelo qual todos atuam em conjunto, de maneira ativa⁸⁰.

5.3 Limitação aos amplos Poderes Instrutórios do Juiz

O tema dos amplos poderes instrutórios do juiz no processo civil tão discutido por Bedaque⁸¹ navega, atualmente, em águas turbulentas entre a teoria do ativismo judicial e a teoria do garantismo processual, como também menciona Echandia em sua obra⁸².

Ramos destaca que, no centro do debate ativismo versus garantismo, orbitam enfoques sobre: a) os aspectos ideológicos do processo civil; (b) o sistema dispositivo, no qual cabem às partes a iniciativa probatória e o sistema inquisitivo e em que o juiz detém amplos poderes na atividade instrutória; c) a participação ativa das partes e do juiz no processo; d) a dimensão constitucional da jurisdição; e) o conteúdo e significado do devido processo legal, e f) a garantia constitucional da defesa e contraditório, dentre outros⁸³.

Entretanto, no atual modelo de processo compatível com o Estado Constitucional Democrático, no qual o autorregramento da vontade das partes sobreleva-se com nítida feição principiológica, a celebração de acordo entre as partes interfere na esfera dos poderes instrutórios do julgador.

Pensar diversamente é não dialogar harmonicamente com o novo modelo processual introduzido pelo CPC, no qual nitidamente se vislumbra o retorno ao respeito à autonomia das partes, coexistindo com a autoridade judicial, com fortes impactos e conseqüências em tema de ingerência da prova no processo, de acordo com Cipriani⁸⁴.

O autor comenta que, como único destinatário da prova, o convencimento do juiz acerca da verdade dos fatos controvertidos e a motivação do julgado foram fundamentos para os defensores da teoria da prova determinada *ex officio*⁸⁵.

Entretanto e em regra, atualmente, o juiz está vinculado ao quanto negociado pelas partes, salvo se macular as garantias constitucionais já aqui abordadas. Também, em regra, independe da adesão do magistrado, em razão do direito fundamental à prova titularizado pelas partes.

Examinando o § 2º do art. 357 do CPC, Theodoro Jr. e outros identificam uma faceta da autonomia privada lastreada pela boa-fé objetiva, dentro do perfil participativo do CPC, ao permitir aos litigantes a apresentação ao juiz de uma delimitação consensual das questões de fato e de direito (pontos controvertidos) a serem elucidadas processualmente, sendo que tal delimitação, se homologada, vincula as partes e o julgador⁸⁶.

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...]

80 AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 48-51.

81 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, e-book.

82 ECHANDIA, Hernando Devis Echandia. *Compendio de la prueba judicial, tomo I (anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso)*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000 p.187-190.

83 RAMOS, Glauco Gumerato. *Repensando a prova de ofício*. Revista de Processo, vol. 190/2010, p. 315 – 337, Dez / 2010.

84 CIPRIANI, Franco. *Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell'art. 187, 3 comma, CPC)*. *Rivista di Diritto Processuale*, [s.l.], ano 49, n. 1, p. 24-61, jan./mar. 1994.

85 CIPRIANI, Franco. *Il processo civile nello stato democratico: saggi*. Napoli: Scientifiche Italiane, 2006, p.93-94.

86 THEODORO JR., Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz⁸⁷.

O dispositivo analisado acompanha a tendência de valorização das negociações processuais (arts. 190 e 191, cláusula geral de negociação processual e calendarização), como dispõem Theodoro Jr. e outros⁸⁸.

Didier Jr., Braga e Oliveira defendem ser possível, por meio de convenção das partes, impôr-se a um ato jurídico (sentido amplo) uma forma específica, advogando a tese de que o poder instrutório do juiz tem limitação. A fundamentação reside na intelecção que fazem do art. 109 do Código Civil ao estatuir que, “no negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato.”⁸⁹ Desse modo, quando o instrumento público é a forma imposta por convenção das partes, somente ele poderá ser utilizado como prova, afastando-se todos os outros meios⁹⁰.

Com razão, sustentam os autores que, se as partes acordarem no sentido de não ser produzida prova pericial, o juiz não pode determinar a produção desse meio de prova. Elenam ainda outras hipóteses de limitação ao poder instrutório do juiz: se a parte renunciar a certo testemunho, o juiz não pode determinar a sua produção; e se houver convenção sobre o ônus da prova (art. 373, §3º e 4º) o juiz não pode decidir contra o que foi convencionado⁹¹.

Em suma, Gagno explica que são limites aos poderes instrutórios do juiz: a) a vedação de determinação de produção de meios de prova cuja fonte não tenha sido revelada por algum elemento da ação; b) a ausência do dever de provar cabalmente a ocorrência ou não de um fato afirmado, esgotando as fontes de provas, mas apenas o dever de conhecer os fatos alegados pelo autor ou réu (constitutivos, modificativos, extintivos ou impeditivos), haja vista o modelo de constatação de verossimilhança ou preponderância de provas, inerentes ao processo civil.⁹²

O negócio jurídico celebrado em tema de prova é a concretização do pleno exercício do autorregramento da vontade das partes, disciplinando *ex voluntate* os efeitos decorrentes de sua prática. Trata-se de negócio processual, pois fora regulado por norma de natureza processual, produzindo efeitos dentro de um procedimento jurisdicional, com manifestações de vontade coincidentes sobre o objeto, *in casu*, um determinado meio, ou atividade probatória.

Conquanto o art. 370 do CPC– “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. [...] O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”⁹³ –, tenha conteúdo similar

87 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 1º mar. 2019.

88 THEODORO JR., Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 259-261.

89 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 1º mar. 2019.

90 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

91 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

92 GAGNO, Luciano Picoli. O novo CPC e os poderes/deveres instrutórios do juiz. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 147, p. 65-78, 2015.

93 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em:

ao disposto no art. 130 do CPC de 1973– “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”⁹⁴ –, Godinho afirma que não se pode interpretá-los igualmente, como se fazia à época do Código pretérito, pois o exercício da atividade instrutória pelo juiz –além de subsidiária à conferida às partes –, deve, ainda, submeter-se às normas fundamentais do novo processo civil, com destaque especial para aquelas disciplinadas nos arts. 6º, 7º, 9º, 10º e 11º, sendo inegável que a celebração de negócios probatórios pelas partes afetará a atividade do juiz, em maior ou menor medida⁹⁵.

Ademais, Redondo assevera que os poderes instrutórios do juiz não são absolutos, sendo limitados por quatro aspectos, a saber:

a) elementos objetivos da demanda (causa de pedir e pedido), posto que o princípio da congruência (da correlação, da adstrição ou do dispositivo) entre pedido e sentença impede que o juiz busque provas relativas a fatos não submetidos ao contraditório;

b) elementos dos autos, pois somente os dados e elementos existentes nos autos devem ser determinantes para a conclusão no sentido da realização de demanda diligência instrutória;

c) submissão da providência realizada, ao contraditório (art. 5º, inciso LV da CF/88⁹⁶);

d) necessidade de fundamentação da decisão judicial que conclui pela produção da prova (art. 93, inciso IX da CF/88⁹⁷)⁹⁸.

Os poderes instrutórios do juiz têm um papel subsidiário e complementar às atividades das partes, sendo que os negócios processuais probatórios afetam estes poderes. Caso contrário, reduzir-se-ia significativamente a esfera de incidência dos negócios processuais, deixando-o a critério de um ato de vontade do estado-juiz. Todavia, essa não é a essência do novo modelo processual introduzido pelo CPC, posto que a admissão de acordos probatórios

1º mar. 2019.

94 BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869/imprensa.htm. Acesso em: 1º mar. 2019.

95 GODINHO, Robson Renault. Negócios jurídicos processuais e convenções das partes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coords.). *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. Coleção Leberman, E-book 1.

96 “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 [...]”

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1º mar. 2019.

97 “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 [...]”

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1º mar. 2019.

98 Para o autor, os argumentos utilizados pelos garantistas transitam em torno, basicamente, da necessidade de limites à atuação do juiz, a fim de que não sejam perpetrados abusos, e do respeito aos direitos de participação das partes (contraditório, ampla defesa e duplo grau), focando-se as críticas não apenas sobre os poderes instrutórios, como também sobre o impulso oficial e os poderes discricionários de direção processual, que são objetos de ácidos comentários, pois, no ordenamento italiano, muito dos atos jurisdicionais são considerados discricionários, não sendo desafiáveis mediante recurso. REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova e poderes instrutórios do juiz. *Revista Baiana de Direito*, n. 6, p. 78-92, 2015.

revela a concretização de um processo efetivamente participativo e democrático, respeitando-se a liberdade e a autonomia das partes, conforme Godinho⁹⁹.

6. Conclusão

Do acima exposto, pode-se concluir que o fenômeno da constitucionalização do processo civil apresenta uma metodologia incrementada pela nova teoria da interpretação das normas sob a perspectiva dos direitos fundamentais. Essa é a essência da força normativa da Constituição, teoria formulada por Hesse que produziu reflexos em todos os ramos do Direito¹⁰⁰.

A partir dessa teoria, o processo é o instrumento voltado a auxiliar na efetivação dos direitos constitucionais, ampliando-se sua noção, não mais examinado-o unicamente como garantia do direito de resposta. Com o novo e relevante princípio processual introduzido pelo art. 190 do CPC, consagra-se o direito fundamental à liberdade no processo, efetivada a partir do exercício do autorregramento da vontade das partes.

Nesse sentido, o ato jurídico processual consiste em todo ato humano que uma norma processual considere como apto para produzir efeitos jurídicos em uma relação jurídica processual. Para caracterizar um ato jurídico como negócio, é relevante a circunstância de a vontade estar direcionada não apenas à prática do ato, como também à produção de um determinado efeito jurídico com poder de autorregramento.

No plano da existência, o negócio jurídico processual deve conter a manifestação da vontade, o autorregramento dessa vontade e a referibilidade ao procedimento. No plano da validade, devem estar presentes a capacidade processual, a competência, a imparcialidade e a observância ao formalismo.

Quanto à eficácia, os negócios jurídicos processuais produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos, segundo a expressa vontade das partes, não se exigindo a homologação judicial, salvo quando o ordenamento jurídico limitar a eficácia do ato.

Revela-se ultrapassado o entendimento de que o ato judicial homologatório de desistência da demanda seria pressuposto de sua existência, e, ou requisito de sua validade, pois, no contexto atual, a homologação judicial tem a função de ato integrativo da eficácia de negócios jurídicos processuais¹⁰¹.

No autorregramento de suas vontades, os poderes conferidos às partes não são ilimitados, pois as regras de ordem pública são óbices à autonomia da vontade das partes. Nessa senda, no contexto do Estado Constitucional Democrático, a colaboração no processo civil não é entre as partes, posto que se configura como uma colaboração do juiz para com as partes e, por força do contraditório, o juiz está obrigado ao debate e ao diálogo judiciário, devendo dirigir o processo com isonomia. Por isso, o dever de cooperação se desdobra em outros relevantes deveres, como pedir esclarecimentos, prevenir, auxiliar e consultar as partes.

Sob o ângulo da ingerência do direito probatório, o novo modelo de processo cooperativo assume uma feição peculiar, valorizando a autonomia privada das partes, à medida que a celebração do negócio processual interfere na esfera dos poderes instrutórios do juiz,

99 GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In: MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Coleção novo CPC doutrina selecionada*: v. 3 – provas. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 343-368.

100 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

101 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e Poder Público*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/22520/1/LORENA%20MIRANDA%20SANTOS%20BARREIROS.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2017.

vinculando-o ao quanto negociado, sem, todavia, implicar no regresso à fase do privatismo processual, tampouco na redução do protagonismo judicial.

São limites aos poderes instrutórios do juiz: a) a vedação de determinação de produção de meios de prova cuja fonte não tenha sido revelada por algum elemento da ação; b) a ausência do dever de provar cabalmente a ocorrência ou não de um fato afirmado, esgotando as fontes de provas, mas apenas o dever de conhecer os fatos alegados pelo autor ou réu (constitutivos, modificativos, extintivos ou impeditivos), haja vista o modelo de constatação de verossimilhança ou preponderância de provas, inerentes ao processo civil¹⁰².

Os poderes instrutórios do juiz têm um papel subsidiário e complementar às atividades das partes, cabendo sublinhar que os negócios processuais probatórios afetam estes poderes judiciais, sem, todavia, implicar em retrocessos, vale dizer, sem retornar à fase do privatismo processual¹⁰³.

Pensar diversamente é não dialogar harmonicamente com o novo modelo processual introduzido pelo CPC, no qual se vislumbra o respeito à autonomia das partes, coexistindo com a autoridade judicial, com fortes impactos e conseqüências em tema de ingerência da prova no processo.

Referências

ALEX, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARBS, Paula Saleh. Negócios jurídicos processuais: é necessária a homologação judicial? In: PEIXOTO, Renata Cortez Vieira; SOUSA, Rosalina Freitas Martins de; ANDRADE, Sabrina Dourado França (coords.). Temas relevantes de Direito Processual Civil: elas escrevem. Recife: Armador, 2016. p. 113-125.

AUILO, Rafael Stefanini. O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2017.

AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais: já uma releitura. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). Coleção grandes temas do novo CPC: v. 1. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 367-390. Disponível em: https://www.academia.edu/31864549/A_posicao_do_magistrado_em_face_dos_negocios_juridicos_processuais_-_ja_uma_releitura. Acesso em: 02 jul. 2017.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Convenções processuais e Poder Público. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/22520/1/LORENA%20MIRANDA%20SANTOS%20BARREIROS.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2017.

¹⁰² GAGNO, Luciano Picoli. O novo CPC e os poderes/deveres instrutórios do juiz. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 147, p. 65-78, 2015.

¹⁰³ CIPRIANI, Franco. Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell'art. 187, 3 comma, CPC). *Rivista di Diritto Processuale*, [s.l.], ano 49, n. 1, p. 24-61, jan./mar. 1994.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e Poder Público*. Salvador: JusPodivm, 2016.

BARRETO, Adalberto Fulco F. P. O papel do juiz como gestor nos negócios processuais. In: PEIXOTO, Renata Cortez Vieira; SOUSA, Rosalina Freitas Martins de; ANDRADE, Sabrina Dourado França (coords.). Temas relevantes de Direito Processual Civil: elas escrevem. Recife: Armador, 2016. p. 95-111.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*, Doutrinas Essenciais de Processo Civil, Out./2011, vol. 3, p. 985-1003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 1 ed e-book baseada na 7 ed impressa. São Paulo: RT, 2014.

BRAGA, Paula Sarno. Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2015.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. *Revista de processo*, São Paulo, vol. 148/2007, jun./2007, p. 293-320.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1º mar. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 1º mar. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 1º mar. 2019.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em: 1º mar. 2019.

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais. 2 ed rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

CARDOSO, Oscar Valente. Normas fundamentais do novo Código de Processo Civil: o novo princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual Civil (RDDP)*, São Paulo, n. 151, p. 83-93, out./2015.

CIPRIANI, Franco. Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell'art. 187, 3 comma, CPC). *Rivista di Diritto Processuale*, [s.l.], ano 49, n. 1, p. 24-61, jan./mar. 1994.

CIPRIANI, Franco. Il processo civile nello stato democratico: saggi. Napoli: Scientifiche Italiane, 2006.

COSTA, Miguel do Nascimento. Poderes do juiz e as relações entre direito material e processo: perspectivas para um processo qualitativa e hermeneuticamente efetivo e democrático. Dissertação (Mestrado em Direito) 2011, UNISINOS. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3877> Acesso em 3 de janeiro de 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). Negócios processuais. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 39-74. Coleção Grandes Temas do novo CPC, v. 2.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. Revista eletrônica de direito processual civil, UERJ, 1 ed. out/dez 2007. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657/16714>. Acessado em: 16 de abril de 2019

DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: MARCATO, Ana et al (coords.). Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 161-186. Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro, v. 1.

DIDIER JR., Fredie. Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A promessa de recompensa judicial e o novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). Execução. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/31924226/A_promessa_de_recompensa_judicial_e_o_novo_CPC. Acesso em: 02 jul. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil: vol. I, 8ª ed., rev., atual. segundo o novo código de processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016.

ECHANDIA, Hernando Devis Echandi. Compendio de la prueba judicial, tomo I (anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000.

Enunciados FPPC – Fórum Permanente de processualistas Civis, organizados por assunto anotados e comentados. Organizador: Ravi Peixoto. Salvador: JusPodivm, 2018.

GAGNO, Luciano Picoli. O novo CPC e os poderes/deveres instrutórios do juiz. Revista Dialética de Direito Processual, n. 147, p. 65-78, 2015.

GODINHO, Robson Renault. Negócios jurídicos processuais e convenções das partes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coords.). Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015. Coleção Lebman, E-book. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. Revista eletrônica de direito processual civil, UERJ, 1 ed. out/dez 2007. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657/16714>. Acessado em: 16 de abril de 2019

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 68, p. 91-116, set./out. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo (Curso de Processo civil, v. 1). 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. São Paulo: Saraiva, 2003.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2015.

MÜLLER, Júlio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica. São Paulo: RT, 2017. Coleção O Novo Processo Civil.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa et al. É possível a resilição unilateral em negócios jurídicos bilaterais processuais? Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro), Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 257-269, out./dez. 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. Curitiba: Juruá, 2008.

RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. Revista de Processo, vol. 190/2010, p. 315 – 337, Dez / 2010.

REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova e poderes instrutórios do juiz. Revista Baiana de Direito, n. 6, p. 78-92, 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), n. 145, p. 9-16, ago./2015.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: RT, 2012.

SILVA, Paula Costa. Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra, 2003.

TARUFFO, Michelle. La prova dei fatti giuridici: nozioni generali. Milano: Giuffrè, 1992.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. In: RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (orgs.). Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil. Brasília, DF: ESMPU, 2016. p. 59-84. v. 2. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/reflexoes-sobre-o-novo-codigo-de-processo-civil-volume-2>. Acesso em: 02 jul. 2017.

THEODORO JR., Humberto et al. Novo CPC: fundamentos e sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ZANETI JR., Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MICROSSISTEMA DE TUTELA DOS DIREITOS PELA TÉCNICA MONITÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

MOACIR ANTÔNIO OLIVEIRA MIRANDA

Bacharel em Direito pela UFBA, Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de Direito, Analista Judiciário/Assessor de Juiz no TJBA, residente e domiciliado na Rua Cônego José Loreto, n. 51, Edf. Jambo, Salvador-BA, CEP n. 40.110-190, cel.: (71) 99237-1122, e-mail moacir.jus@gmail.com.

RESUMO

O presente artigo tem como objeto a análise contextualizada dos arts. 303 e 304 conjuntamente com os arts. 700 a 702 do Código de Processo Civil de 2015, que inauguram no direito processual civil brasileiro o microssistema de tutela dos direitos pela técnica monitoria. Visa obter um compêndio de conhecimentos destinados a informar aos intérpretes do direito as premissas teóricas e a aplicabilidade prática dos institutos referenciados, via análise de fontes de pesquisa primárias e secundárias, trazendo à tona discussões acerca da potencial aplicabilidade do instituto em variadas hipóteses. Pretende-se, ainda, avaliar as principais problemáticas com as quais o instituto se depara na prática forense. Encontra-se justificada porque as análises feitas até hoje sobre a temática são esparsas e geralmente se limitam a interpretação da legislação. A pesquisa tem como enfoque a análise bibliográfica e documental, compreendendo a legislação, a doutrina e a jurisprudência.

Palavras-chave: Processo civil. Tutela Provisória. Tutela Antecipada Satisfativa. Urgência. Decisão. Monitoria. Monitorização. Estabilização.

1. Introdução

A estabilização da tutela antecipada encontra raízes históricas na ação cominatória prevista na Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939, no Código de Processo Civil de 1939 (CPC/39), na ação monitoria da Lei n. 5.869, de 1973, no Código de Processo Civil de 1973 (doravante denominado CPC/73) e ainda nas medidas provisionais do CPC/73. Nos ordenamentos jurídicos de outros países pode-se citar como precedentes históricos o *référé* francês, a autonomia do provimento sumário italiano, e a disciplina da tutela de urgência belga.

As tentativas de introdução da estabilização da tutela antecipada no ordenamento jurídico pátrio foram, primordialmente, de iniciativa da processualista Ada Pellegrini Grinover, em 1997. Após, por intermédio do Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 186/2005, contendo propostas de modificação no CPC/73, e finalmente, no PLS n. 166/2010, que foi apresentado e, uma vez aprovado, foi enviado para a Câmara dos Deputados e registrado como Projeto de Lei da Câmara (PLC) n. 8.046/2011. Este último, aprovado e convertido na Lei n. 13.105/15, de 16 de março de 2015, instituiu o doravante designado CPC/15 e finalmente inaugurou o instituto no ordenamento jurídico pátrio.

O presente estudo visa analisar a aplicabilidade formal e prática dos artigos 303 e 304, correspondentes ao instituto jurídico inaugurado pelo CPC/15. De utilização ainda tímida pelos intérpretes do direito, sujeito a discussões doutrinárias, a codificação legal não exauriu as disposições atinentes à matéria, dando margem a inúmeras interpretações, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos tribunais brasileiros.

O estudo inicia-se pela análise do microsistema de tutela dos direitos pela técnica monitoria no CPC/15, com a apreciação conjunta que abrange os arts. 303 e 304, referentes à tutela antecipada requerida em caráter antecedente e os arts. 700 a 702, atinentes à ação monitoria, cujos dispositivos se complementam reciprocamente.

O art. 303 trata da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente e o art. 304 da sua estabilização. Tece-se uma análise histórica sucinta, seguido do estudo da diferenciação entre os fenômenos jurídicos da eficácia, da imutabilidade, da coisa julgada e da estabilidade.

Nas reflexões se almeja concluir, pelo confronto com alguns dos institutos da codificação e da doutrina processual civil, pela aplicabilidade ou não do instituto da ação monitoria e da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Busca-se alcançar também a análise quanto à aplicabilidade da monitorização do procedimento, sob a ótica do microsistema de tutela dos direitos pela técnica monitoria no CPC/15.

As tendências atuais, notadamente pelo estímulo ao acesso à justiça, fungibilidade na aplicação da tutela provisória requerida e a celeridade, são no sentido de ampliação do uso da técnica, haja vista a melhoria na prestação jurisdicional, sem configurar ofensa ao devido processo legal. Há, contudo, alguns pontos críticos anotados pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais, que também constam da revisão da literatura ou estado-da-arte expressos no corpo do texto. Estabelece-se, outrossim, relação com outros trabalhos específicos e correlacionados ao tema sob enfoque.

O estudo encontra justificativa na necessidade de se alcançar uma interpretação condizente com a lógica presente no CPC/15, atendendo também aos princípios constitucionais do acesso à justiça, do direito de ação, da ampla defesa e o contraditório. A hipótese é que o CPC/15 inaugura no sistema jurídico pátrio um verdadeiro microsistema de tutela dos direitos pela técnica monitoria, integrado pela conjugação dos artigos da estabilização da tutela antecipada requerida antecedente com os artigos da ação monitoria. O objeto do estudo delimita-se neste âmbito, muito embora também sejam tecidas explanações e reflexões sucintas quanto a temas correlatos, quando da sua abordagem contextualizada. Optou-se por uma pesquisa do tipo teórica, trazendo também alguns aspectos práticos apontados pela doutrina e precedentes dos tribunais pátrios.

A compreensão mais ampla possível do fenômeno inovador da monitorização do processo civil é a contribuição esperada à ciência jurídica pela iniciativa deste trabalho acadêmico.

2 Desenvolvimento

2.1 Microsistema de Tutela dos Direitos pela Técnica Monitoria no Código de Processo Civil de 2015

O tema das tutelas processuais diferenciadas parte do pressuposto da necessidade de diversidade das técnicas processuais diante da variação de tutelas do direito material perseguido. Essa tutela diferenciada pode significar as formas típicas de tutela sumária –

cautelar, satisfativa antecipatória ou específica – ou a predisposição de vários procedimentos de cognição, seja plena ou cautelar, modelados sobre categorias individuais de situações substanciais controversas – consignação de pagamento e prestações de contas, por exemplo. Também pode-se adicionar, neste íterim, a diferenciação procedimental oriunda da negociação processual, embasada nos acordos típicos ou nas cláusulas gerais previstas nos arts. 190 e 191 do CPC/15.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e as reformas pelas quais passou o CPC/73 foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro técnicas de tutela antecipada e foram idealizados procedimentos tanto em seu interior, a exemplo do procedimento monitorio, quanto fora, como o processo coletivo do Código de Defesa do Consumidor, dos Juizados Especiais, Lei de Locações e Mandado de Segurança. A intenção do legislador é alcançar uma tutela eficiente, adequada e tempestiva.

Com o CPC/15 essa questão de diferenciação processual se reforçou, como apontado *supra*, com técnicas delineadas nos procedimentos especiais, nas possibilidades mais amplas de negociação processual e nas tutelas provisórias.

No Brasil, a ação monitoria encampa a técnica monitoria. Por esta, inverte-se a provocação do contraditório no âmbito do processo: o debate dependerá da provocação da parte ré, não da parte autora. Assim, o autor postula a medida, o juiz a concede e, a depender do comportamento do réu – se apresenta defesa ou não – haverá o debate.

Para Fredie Didier Jr. (2016, p. 617) “a estabilização da tutela antecipada é uma generalização da técnica monitoria para situações de urgência e para a tutela satisfativa, na medida em que viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu”. Ao mesmo tempo que mantém e amplia a ação monitoria, o legislador generaliza a técnica monitoria. A partir de então, ela passa a abarcar todos os direitos prováveis e em perigo que tenham sido objeto de tutela satisfativa provisória antecedente.

Érico Andrade e Dierle Nunes (2017) salientam que a estabilização da tutela antecipada se trata de uma técnica de monitorização genérica, além da monitoria típica. Nesta técnica a cognição sumária não impugnada torna-se estável.

Assim, o CPC/15, além de trazer a ação monitoria, já delineada, também utiliza esta técnica monitoria e generaliza para todos os procedimentos. Daí a afirmação de que o CPC/15 “monitorizou” o processo, foco central deste estudo.

Neste viés, o art. 304 do CPC/15 é compreendido a partir da premissa apontada. Há um microsistema de tutela de direitos pela técnica monitoria, que abrange os arts. 303 e 304, referentes à tutela antecipada requerida em caráter antecedente, e os arts. 700 a 702 do CPC/15, atinentes à ação monitoria, cujos dispositivos se complementam reciprocamente.

Essas discussões, por se alinharem ao estudo da estabilização, serão mais pormenorizadas *infra*, após cumprida a tarefa de delinear a tutela antecipada de urgência requerida em caráter antecedente e a sua estabilização.

2.2 A Tutela de Urgência Antecipada requerida em caráter antecedente e sua estabilização: Arts. 303 e 304 do CPC/2015

A tutela de urgência satisfativa – no CPC/15, antecipada – requerida em caráter antecedente “é aquela requerida dentro do processo em que se pretende pedir a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos, mas antes da formulação do pedido de tutela final”, conforme conceitua Fredie Didier Jr. (2016, p. 615).

Há uma urgência já no momento da propositura da demanda. Precisa-se demonstrar o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, pois se está diante de uma tutela de urgência. Sua disciplina peculiar encontra-se no art. 303 do CPC/15.

A situação de urgência, discutida outrora, já existente quando da propositura da ação pela parte autora, justifica que na petição inicial ela se limite a requerer a tutela antecipada indicando o pedido de tutela definitiva, que será formulado no prazo previsto em lei para o aditamento. Nesta peça incoativa a parte autora deverá expor a lide, o direito que se busca realizar e o perigo da demora. Também deverá indicar o valor da causa, tomando como parâmetro o pedido de tutela definitiva que pretende formular. Aqui é imprescindível que a parte autora explicitamente que pretende valer-se do benefício da formulação do requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente nos moldes do art. 303 do CPC/15.

A partir de então segue-se dois caminhos possíveis para o trâmite processual, a depender de o juiz ter concedido ou não a tutela antecipada postulada.

Não concedida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, situação em que o juiz não verificou na petição inicial elementos que evidenciem o preenchimento de seus pressupostos, será intimado o autor para que promova a emenda da petição inicial no prazo de 05 (cinco) dias. Caso não emende a inicial, esta será indeferida e o processo será extinto sem resolução de mérito. Esta emenda é necessária a fim de que o autor complemente sua causa de pedir, confirme seu pedido de tutela definitiva e traga aos autos documentos indispensáveis à propositura da ação.

Por outro viés, caso seja concedida a tutela provisória conforme postulada, o juiz deverá adotar providências distintas. Inicialmente, deverá intimar o autor para que promova o aditamento da petição inicial nos mesmos autos, sem incidência de novo pagamento de custas processuais. Nesta ocasião, a parte autora deverá complementar a sua causa de pedir, confirmar o pedido de tutela definitiva e juntar novos documentos indispensáveis ou úteis para a apreciação da demanda. O prazo para esta providência é de 15 (quinze) dias, ou outro fixado pelo juiz. Caso a parte autora assim não proceda, a inicial será indeferida e o processo será extinto sem resolução do mérito. Em semelhante contexto, Luiz Rodrigues Wambier e Tereza Arruda Alvim Wambier (2016, p. 202) apontam a impossibilidade de a parte autora alterar o pedido principal na ocasião do aditamento da petição inicial:

Percebe-se que não se permite ao autor mudar o pedido principal no aditamento, mas sim, confirmá-lo, até porque, esse mesmo pedido já deve ter sido anteriormente explicitado na “petição inicial” que serviu para o requerimento da tutela antecipada. Além disso, permite-se ao autor juntar documentos que comprovem suas alegações, mesmo aqueles incidentes ao tempo do ajuizamento, que ainda não tenham sido juntados quando da propositura da ação. Não há, pois, necessidade de se juntar todos os documentos necessários à comprovação dos fatos e do direito, com a petição inicial.

Posteriormente o juiz determinará a citação e intimação do réu para cumprimento da providência deferida e para que compareça à audiência de conciliação e mediação, conforme o art. 334 do CPC/15. Caso inexistir composição o prazo para contestação deverá ser contado conforme o art. 335 do CPC/15.

Fredie Didier Jr.(2016, p. 616) alerta que o prazo de resposta do réu não poderá ser computado antes da ciência inequívoca deste quanto ao aditamento da inicial. Isso visa ga-

rantir o lapso temporal mínimo de 15 (quinze) dias para apresentação de defesa em sua completude. Assim, se a causa não admitir autocomposição – incabível a audiência inicial –, o réu será citado de imediato, mas o prazo de resposta somente começará a correr da data que foi intimado do aditamento da petição inicial.

Na hipótese de o réu responder à demanda ou recorrer da decisão que a concede o procedimento comum segue normalmente. Se o réu se mantém inerte o procedimento pode tomar outros rumos, com a possibilidade de estabilização da decisão da tutela antecipada em caráter antecedente e extinção do feito.

A doutrina de Mirna Cianci (2015, p. 04) considera o instituto ora estudado de discutível utilidade:

Mais produtivo, todavia, evitar tal querela e ir direto ao assunto, demonstrando a total despreocupação com a inserção dessa novidade no sistema processual vindouro, a ponto de tornar-se tema isolado e de duvidosa eficácia no terreno da celeridade.[...]

Diante desse quadro, difícil imaginar situação na qual, pendente da completa instrução documental e fática da causa, a ser complementada em momento posterior, sob alegação de eventual impossibilidade, possa ser antecipada a tutela, senão por conta de situações excepcionais e raras, o que torna o instituto, já em seus pressupostos primários, de discutível utilidade.

Contudo, a grande maioria dos doutrinadores, a serem indicados no decorrer deste trabalho, acolhem com bons olhos a nova sistemática jurídico-processual inaugurada pelo *novel Codex*.

Segundo o art. 304 do CPC/15, a tutela antecipada concedida nos ditames outrora expostos torna-se estável se a parte ré, o litisconsorte ou assistente simples, não recorrerem da decisão que a concede. Diante deste cenário, a decisão continuará produzindo efeitos enquanto não houver ajuizamento de ação autônoma para revisá-la, reformá-la ou invalidá-la.

Este artigo *supra* trata-se de uma das maiores novidades do CPC/15. Em seu caput ele encampa a técnica monitoria, invertendo o contraditório. A codificação utiliza-se da técnica monitoria e generaliza para os casos de tutela satisfativa antecedente. Deve, portanto, ser interpretado conjuntamente com os artigos que versam sobre a ação monitoria (arts. 700 a 702 do CPC/15).

2.3 Eficácia, Imunidade, Estabilidade e Coisa Julgada

A eficácia não se confunde com a imutabilidade. Tampouco se confunde com a estabilidade. É o que aponta Heitor Vitor Mendonça Sica(2017, p. 91):

Primeiramente, baseio-me na ideia de Liebman segundo a qual eficácia não se confunde com imutabilidade. Uma decisão pode perfeitamente produzir efeitos independentemente de ainda não ter se tornado imune a modificações ou revogações posteriores. Da mesma maneira eficácia não se confunde com estabilidade. Sob esse ponto de vista, não há dúvidas de que a decisão que concede a tutela provisória urgente satisfativa antecedente é plenamente eficaz mesmo antes de se estabilizar.

A tutela antecipada ainda não estabilizada enseja execução provisória, observando-se as normas referentes ao cumprimento provisório de sentença, no que couber. Aqui reside o poder geral de efetivação das medidas concessivas de tutela provisória sob a égide do CPC/15, *ex vi* do disposto no art. 297, parágrafo único c/c art. 536 do CPC/15. Por outro viés, a tutela estabilizada enseja execução definitiva, com supedâneo no art. 304, §1º, CPC/15.

Não faria sentido algum idealizar o regime de estabilização da tutela provisória e impedir o autor, beneficiado pelo provimento jurisdicional, de efetivar medidas irreversíveis ante as exigências do cumprimento provisório de sentença, pois isso restringiria sobremaneira a eficácia pretendida pela medida.

Heitor Vitor Mendonça Sica (2017, p. 92) traz a seguinte questão: há diferença entre imutabilidade e estabilidade? Tratam-se de fenômenos distintos. O termo imutabilidade é típico da coisa julgada material, apenas. Inclusive o CPC/15 utiliza-se do termo estável, sem emprego de imutável ou coisa julgada no que tange à tutela antecipada requerida em caráter antecedente e a sua estabilização. A imutabilidade é ainda reservada às sentenças de mérito.

Na sistemática do CPC/15 a coisa julgada foi reconstruída. Contemplam-se dois regimes distintos de coisa julgada: uma coisa julgada relativa às questões principais e uma coisa julgada relativa às questões prejudiciais e incidentais. Trata-se de um estudo de elevado grau de complexidade, o qual somente em alguns pontos tangencia este trabalho, ao qual não haverá aprofundamento.

Conforme visualizado no tópico anterior, a imutabilidade resguardada à coisa julgada não se confunde com a estabilização da tutela. O próprio CPC/15, em seu art. 304, §6º, destaca que “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada”, artigo sem correspondência no CPC/73. Desta sorte, mesmo depois de ultrapassado o prazo decadencial previsto no §5º, não se pode falar em coisa julgada, mas somente em estabilização irreversível dos efeitos da tutela, nas palavras de Elpidio Donizetti (2017, p. 571).

Três distinções podem ser aplicadas entre a estabilização da tutela antecipada e a coisa julgada: a) a primeira recai sobre os efeitos da decisão (os efeitos se estabilizam), enquanto a segunda sobre o conteúdo da mesma (o conteúdo da decisão se torna imutável); b) na estabilização da tutela antecipada, por não haver declaração, inexistente efeito positivo, ou seja, houve somente uma ordem, enquanto que na coisa julgada houve uma decisão, pela qual é gerado o efeito positivo; c) por fim, para a desconstituição da estabilização da tutela antecipada é necessária ação autônoma de revisão, reforma e invalidação, enquanto para a desconstituição da coisa julgada é imperioso o ajuizamento de ação rescisória.

A lição de Mirna Cianci (2015, p. 04) é ilustrativa a respeito da temática ora suscitada, uma vez que aponta que a coisa julgada não guarda compatibilidade com a provisoriedade da tutela antecipada, ainda que esta esteja estabilizada:

Essa fórmula tem sido denominada na doutrina de técnica monitória e gera o contraditório diferido (mas não ausente, ou seria inconstitucional). Não induz formação de coisa julgada material, a ponto de poder ser revista, mediante a propositura da demanda ali prevista, inclusive porque a doutrina considera que a coisa julgada não guarda compatibilidade com a provisoriedade da tutela antecipada, ainda que estabilizada.

O art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), diz que coisa julgada é “a decisão judicial de que não caiba recurso”. No art. 502 do CPC/15 concei-

tua-se coisa julgada como “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. Vê-se, portanto, que o conceito legal de coisa julgada está atrelado a decisão judicial e sua imutabilidade. Neste diapasão, resta evidente que se não gera coisa julgada não é cabível ação rescisória. Esta, inclusive, é a conclusão do enunciado de n. 33 do FPPC: “Não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência”.

2.4 Objetivo da Estabilização

É cediço que o objetivo precípua da estabilização é desvincular a tutela sumária à decisão final obtida por cognição exauriente. Evitam-se gastos dispensáveis de tempo e de valores para pôr fim a controvérsias que prescindem de uma decisão final típica de cognição exauriente. Ao autor torna-se desnecessário dar seguimento a um processo em que a mera tutela concedida já satisfaz a sua pretensão resistida, com a efetivação da prestação jurisdicional. Estes são alguns dos benefícios mencionados por Eduardo de Avelar Lamy e Fernando Vieira Luiz (2016, p. 03).

Conforme entendimento *supra* ilustrado, Desirê Bauermann (2013, p. 441) defende que as razões que justificariam a adoção da estabilização da tutela antecipada satisfativa seriam duas: retirar do autor o ônus de propor ação somente para ver confirmada a tutela concedida, para que a sua eficácia seja mantida e a diminuição potencial do número de processos.

Freddie Didier Jr. (2016, p. 618) comungando dos elogios ao instituto, aponta em sua obra o que entende como objetivos primordiais da estabilização: afastar o perigo da demora com a tutela de urgência e oferecer resultados efetivos e imediatos diante da inércia do réu. Alguns exemplos servem para bem ilustrar a utilidade da tutela provisória requerida em caráter antecedente e a sua estabilização. Em sua obra, o referenciado autor traz o seguinte:

Imagine um caso em que um estudante, que ainda não havia concluído o ensino médio, tenha sido aprovado no vestibular para um curso superior. A instituição de ensino, seguindo determinação do Ministério da Educação, não realizou a matrícula. O estudante vai a juízo e obtém uma tutela satisfativa liminar, ordenando a matrícula. Para a instituição de ensino, pode ser que não haja qualquer interesse em contestar a medida – ela somente não matriculara o aluno porque o Ministério da Educação proibia.

Desta feita, com a estabilização da tutela prestigia-se a segurança jurídica, de forma que o aluno, uma vez matriculado, poderá permanecer cursando na instituição de ensino sem que seja necessário novo ajuizamento de ação judicial ou mesmo o aditamento da petição inicial previsto no art. 303, §1º, inciso I, do CPC/15. Caso não haja interposição de qualquer recurso e diante da revelia do réu, verifica-se que o caso é de extinção do processo sem julgamento do mérito, *ex vi* do art. 304, §1º do CPC/15.

Suponha que a parte autora esteja numa situação em que se contente apenas com a tutela de urgência e não exija que o processo tenha trâmite integral em busca da certificação de seu direito. Outro exemplo é a parte autora ingressar em juízo visando obter ordem judicial para determinar que a parte ré, instituição de ensino particular regularmente registrada no Ministério da Educação e Cultura, emita histórico escolar que lhe foi negado administrativamente. A parte autora se contenta unicamente com o documento, dada a título provisório. Se

a parte autora disser isso e o réu for informado de antemão da especificidade do trâmite (*i. e.*, fazer constar “estou me valendo do benefício do art. 303 do CPC/15”), bastará cumprir a providência antecipatória deferida pelo juiz, numa decisão com cognição meramente sumária, e não interpor recurso para que o processo seja extinto sem a resolução do mérito. Não haverá continuidade. O réu não será considerado revel. Nesta hipótese, nem a parte autora vai obter a certificação de seu direito de obter o citado documento nem a parte contrária vai ter certificação da inexistência do direito de obtenção do histórico escolar. Vai haver unicamente a expedição do mesmo, com ambos satisfeitos com a tutela jurisdicional oferecida pelo Poder Judiciário, em cognição meramente sumária.

A falta da interposição do recurso de agravo de instrumento, tendo em vista a forma em que foi estruturado o procedimento, permitirá que se chegue ao prazo de apresentação da defesa se o réu, tão logo que intimado da existência da decisão, não se insurgir à decisão da instância de piso. O momento para defesa se dará posteriormente ao do recurso, uma especificidade do trâmite nos moldes dos arts. 303 e 304 do CPC/15. Basta a mera circunstância de o réu não recorrer para se chegue à estabilização dos efeitos dessa tutela provisória de natureza satisfativa (que o legislador chama de tutela antecipada). A partir de então, a decisão continua produzindo os seus devidos efeitos e o processo será extinto sem resolução do mérito.

O prazo de defesa do réu começará a correr quando ele tomar ciência do aditamento da petição inicial, nos moldes do art. 303, §1º, II, CPC/15, sob pena de cerceamento do seu direito de defesa.

Caso a parte autora realize o aditamento, será nos mesmos autos. Não nasce um novo processo, conforme art. 303, §3º do CPC/15.

Na hipótese prevista no art. 303, §6º, do CPC/15, não há o que ser estabilizado, tendo em vista que a parte autora não obteve a tutela de urgência de caráter satisfativo almejada. Como o autor não emendou – leia-se, complementou – a petição inicial, então o processo será extinto sem resolução do mérito.

Em hipótese suscitada por Eduardo Talamini (2015, p. 21-22), o juiz pode conceder liminarmente a tutela satisfativa sustando o protesto de um título de crédito. Diante da citação e ausência de impugnação pela parte ré (o pretensão credor), o processo será extinto depois de efetivada a medida urgente. A sustação, por seu turno, permanecerá por tempo indefinido, uma vez que houve estabilização dos efeitos da decisão. Não haverá decisão declarando que a dívida não existe. Mas o suposto credor não poderá protestar o título. Para superar esse obstáculo terá o réu de promover uma ação comum de conhecimento a fim de obter a declaração da existência e exigibilidade do crédito.

Outro exemplo trazido por Fredie Didier Jr. (2016, p. 618) em sua obra: “Imagine, agora, o caso de um consumidor que vai a juízo pleiteando a retirada de seu nome de um cadastro de proteção de crédito. Apenas isso. É muito provável que o réu não queira mais discutir o assunto e deixe a decisão estabilizar-se”. Portanto, a estabilização dos efeitos da tutela tranquiliza o autor quanto à impossibilidade de o réu incluir novamente a parte autora nos cadastros de proteção de crédito pelos mesmos fundamentos jurídicos.

Diante da necessidade latente para realização de uma cirurgia emergencial não autorizada pelo plano de saúde contratado pela parte autora, pode esta ingressar em juízo valendo-se da sistemática ora estudada para obter autorização antecipada. Em tal caso, como tutela final, poderá indicar a condenação do plano de saúde a custear a dita cirurgia. Esta hipótese de aplicação é trazida por Elpidio Donizetti (2017, p. 567).

Outra aplicação concreta do instituto pode ser visualizada no seguinte caso: a parte autora precisa com urgência ter acesso a uma coisa, bem da vida, que foi objeto de um contrato

de compra e venda, a exemplo de uma cadeira de dentista, a qual lhe é negada pelo réu. A demora poderá causar danos ao equipamento que não pode ficar parado, bem como o autor não poderá adimplir o crédito se não puder trabalhar com a cadeira, indispensável ao exercício profissional. Então é postulada a obrigação de dar para entrega da coisa e, uma vez cumprida pelo réu e não interposto o recurso, a entrega da coisa se estabilizará e a parte autora poderá laborar até juntar quantia suficiente para a satisfação de seu crédito.

Ainda outro exemplo mencionado por Eduardo Talamini (2015, p. 21-22), envolvendo providência inequivocamente satisfativa: concede-se a tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente determinando prestação pecuniária mensal de natureza alimentar e o réu não impugna. Diante da posterior estabilização, sem que exista qualquer declaração de existência do direito aos alimentos, a ordem judicial de pagamento das prestações alimentícias permanecerá em vigor indeterminadamente. Para se eximir do comando a parte ré terá o ônus de ajuizar ação de cognição exauriente e, no bojo desta nova demanda, obter o reconhecimento da inexistência do dever de prestar alimentos.

Como vislumbrado, o art. 304, *caput* e §1º do CPC/15 prevê que os efeitos da decisão antecipatória (satisfativa) da tutela antecipada concedida em caráter antecedente serão estabilizados se a aludida decisão não for impugnada pelo réu com a interposição do recurso cabível. Embora o processo seja extinto, a decisão já estabilizada conserva os seus efeitos.

2.5 Natureza da Decisão que concede A Tutela Antecipada

Alcançar a natureza de um fenômeno é a tarefa de defini-lo precisamente e encaixá-lo no conjunto de figuras próximas, classificando-o no universo de figuras preexistentes. Para tanto, identifica-se os seus elementos constitutivos fundamentais e encontra-se o seu lugar de maior afinidade. A meta ao se buscar a natureza jurídica de um dado instituto é encontrar a sua essência e adotar um posicionamento comparativo. Muitas vezes ocorre que o instituto não é espécie de nada, não encontra local específico, pelo fato de ser um gênero, depreendendo-se, então, como *sui generis*.

Sob este prisma, a decisão que concede a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, uma vez estabilizada, não se confunde com coisa julgada.

Para J. E. Carreira Alvim (2016, p. 21) trata-se de decisão interlocutória que faz coisa julgada formal, uma vez que concede a tutela antecipada. No entendimento de Bruno Garcia Redondo, a estabilização da tutela antecedente é sanção pela inércia do réu (2015).

Aponta Carlos Eduardo Jorge Bernardini (2016, p. 123) que a estabilização da tutela antecipada trata-se de “modalidade de tutela jurisdicional diferenciada, a qual possui, em decorrência de sua própria natureza, traço típico das tutelas provisórias (provisoriedade)”. Para o autor o fundamento básico da medida é a urgência.

A partir da análise dos entendimentos mencionados, a natureza de decisão interlocutória é a mais adequada, uma vez cabível justamente o recurso de agravo de instrumento, específico para aquelas, em rol constante no art. 1.015 do CPC/15. Este artigo, em seu inciso I, expressa que é cabível agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que versarem sobre tutelas provisórias. Para recorrer da decisão de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, que está contida no âmbito das tutelas provisórias, cabe o agravo de instrumento, então é lógico se concluir que sua natureza jurídica é de decisão interlocutória, nos moldes do art. 203, §2º do CPC/15, pois se trata de pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadra no §1º do mesmo artigo, a qual faz coisa julgada formal.

2.6 Pressupostos para a Estabilização

Para que ocorra a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente é necessário que estejam presentes determinados pressupostos, apontados pela doutrina de Fredie Didier Jr (2016, p. 618-624): a) requerimento de tutela provisória satisfativa antecedente; b) ausência de manifestação do autor pelo prosseguimento do processo para a tutela definitiva; c) decisão que concede a tutela provisória satisfativa antecedente; d) inércia do réu.

Em estudo aos pressupostos delineados pela doutrina, Luiz Eduardo Galvão Machado Cardoso (2017) aponta, quando aos dois últimos pressupostos, de compreensão intuitiva, que somente a decisão deferindo a tutela antecipada antecedente pode ser objeto de estabilização e que a apresentação de impugnação pelo réu prorroga a litispendência e leva o procedimento à fase de cognição exauriente.

É imperioso que a parte autora tenha requerido a concessão de tutela provisória satisfativa em caráter antecedente nos termos do art. 303 do CPC/15. Elpídio Donizetti (2017, p. 566) rememora que a peça também deverá conter os requisitos do art. 319 do CPC/15, pois será esta a petição que instaurará a relação processual:

O aditamento se restringirá à complementação da argumentação, à juntada de novos documentos à confirmação do pedido de tutela final (art. 303, § 1º, I). Assim, embora de antemão se preveja o aditamento, a petição deve ser a mais completa possível, com indicação dos requisitos do art. 319. O valor da causa deve levar em consideração o pedido de tutela final (art. 303, § 4º) e o pagamento das custas, na sua integralidade, deve ser efetivado no ato da distribuição (art. 303, § 3º, *a contrario sensu*).

Destarte, leciona Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, p. 528-529) que “o pedido de tutela antecipada antecedente dispensa o autor de elaborar o seu pedido principal, o que só será dele exigido se o pedido de tutela antecipada for convertido em processo principal”.

Além dos requisitos genéricos do art. 319, a petição inicial também deve conter os requisitos específicos, transcritos da obra de Elpídio Donizetti (2017, p. 566-567): exposição da lide, probabilidade do direito afirmado e o perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, indicação de que pretende se valer do benefício previsto no caput do art. 303 e requerimento da tutela antecipada, com a indicação da tutela final.

Neste viés, insta salientar que somente a tutela antecipada antecedente tem o condão de estabilizar-se, uma vez concedida com *supedâneo* no art. 304, *caput*, do CPC/15. A tutela antecipada incidental, deferida no curso do processo judicial, não está apta à estabilização, muito embora a decisão incidental continue como provisória e ainda não haja a cognição exauriente.

Alertando a diferença entre a tutela antecipada incidental e a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, segue a ementa do Agravo de Instrumento n. 2157687-50.2016.8.26.0000, oriundo da 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2016):

AGRAVO DE INSTRUMENTO - LIMINAR - LEVANTAMENTO DE GRAVAME - ASTREINTES - PRAZO RAZOÁVEL - DILAÇÃO SUPERADA - EFEITO INIBITÓRIO - VALOR RAZOÁVEL - LIMITAÇÃO PECUNIÁRIA - TUTELA DE URGÊNCIA MANTIDA.

- Recurso adstrito à tutela de urgência, requerida nos termos do artigo 300, do Código de Processo Civil suficientes os elementos que denotam a “probabilidade do direito” e o “perigo de dano”, ínsito ao gravame imposto (restrição ao direito de propriedade); - Tutela antecipada incidental que não se confunde com a tutela antecipada em caráter antecedente, hipótese, portanto, não sujeita à estabilização da tutela de urgência (artigos 303 e 304, do Novo Código de Processo Civil) singela dilação do prazo, já superada, inclusive; - Multa diária imposta na hipótese do descumprimento de ordem judicial valor compatível com a natureza das astreintes, a fim de impor o cumprimento de ordem judicial art. 537, NCPC. Limitação no valor do bem, sem prejuízo de eventual revisão (art. 537, §1º, do Novo Código de Processo Civil); Agravo de Instrumento Parcialmente Provido.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2016), em julgamento do Agravo de Instrumento oriundo da Comarca de Franco da Rocha, analisou a temática ora *sub examine* no que tange à impossibilidade de deferimento *ex officio* pelo órgão julgador. Trata-se de uma ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de antecipação de tutela proposta por portadora de esclerose múltipla, pela qual busca o fornecimento de medicamento denominado Fampridina 10 mg pelo Estado de São Paulo. O Juízo de piso concedeu a tutela antecipada em caráter antecedente e o Ente Público recorreu da decisão, via agravo de instrumento, atacando apenas o seu revestimento nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/15. Entendeu a 9ª Câmara de Direito Público do TJ/SP que o benefício do art. 303 do CPC não pode ser concedido *ex officio* pelo magistrado.

No mesmo julgado, a 9ª Câmara de Direito Público do TJ/SP constatou que a petição inicial não se limitou ao requerimento da antecipação de tutela, uma vez que a peça incoativa havia sido instruída com documentos pertinentes ao deslinde da demanda:

Desse modo, verifica-se que a petição inicial apresentada pela agravada não tem caráter preparatório, pois já se encontra revestida de natureza principal. E, inobstante a possibilidade da ampla fungibilidade entre as tutelas provisórias, tal instituto não se sobrepõe ao princípio da demanda, que exige requerimento expresso da parte pela concessão em caráter antecedente, tal como exige o § 5º, do art. 303, do CPC.

O órgão julgador deu provimento ao recurso para afastar as regras dos arts. 303 e 304 do CPC/15. Entretanto, manteve o deferimento da tutela provisória quanto ao fornecimento do medicamento, alterando o fundamento legal para o art. 300 do CPC/15:

Agravo de Instrumento - Obrigação de fazer - Prestação de serviço público - Fornecimento de medicamento para portadora de esclerose múltipla - Juízo singular que concedeu, de ofício, a tutela antecipada em caráter antecedente Inadmissibilidade, no caso. Necessidade da parte autora requerer expressamente o benefício do art. 303, do CPC, consoante determinado em seu § 5º - Petição inicial que não se limita ao requerimento de antecipação de tutela - Pedido principal, instruído com documentos pertinentes para o deslinde da demanda.

De rigor o afastamento das regras dos arts. 303 e 304 do CPC/15, mantido o deferimento da tutela provisória quanto ao fornecimento do medicamento em favor da agravada, cujo fundamento legal fica alterado para o art. 300, do CPC/15. Precedente desta Corte de Justiça. R. decisão reformada. Recurso provido.

Seguindo entendimento semelhante, aponta-se o seguinte julgado, oriundo da 5ª Câmara de Direito Público do TJ/SP, de relatoria da Desembargadora Maria Laura Tavares (2016):

Agravo de Instrumento - Fornecedor gratuito de medicamento - Decisão atacada que deferiu a tutela provisória nos termos do art. 303 do NCPC, determinando a intimação da Fazenda Estadual com a advertência do disposto no artigo 304 do NCPC, de que a ausência de recurso importará na estabilização da decisão - Impossibilidade - Hipótese dos autos que não se amolda à concessão de tutela de urgência antecedente, segundo o art. 303 do NCPC - A tutela requerida não precedeu o pedido principal, eis que postulada na própria petição inicial da ação principal, ocasião em que a autora juntou toda a documentação necessária a comprovar o direito que alega fazer “jus” na inicial - Presentes a demonstração de probabilidade do direito invocado na demanda e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, além da urgência, a tutela provisória deve adequar-se aos termos do disposto no “caput” do artigo 300 do NCPC - Decisão reformada apenas para afastar as hipóteses previstas nos artigos 303 e artigo 304 do NCPC - Recurso provido.

Em sua obra, Fredie Didier Jr.(2016, p. 619) aponta que os arts. 303 e 304 formam uma amálgama. Assim, tão logo que a parte autora requer a tutela antecipada antecedente nos moldes do art. 303, §5º do CPC/15, também se depreende seu intento de ver a decisão estabilizada, se preenchido o suporte fático do art. 304 do CPC/15.

Como visto, a falta de clareza quanto à espécie de tutela provisória requerida pode acarretar violação aos postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa. A análise desses julgados recentes demonstra a dificuldade dos intérpretes do direito em lidar com o novo instituto processual e a nova sistemática de aplicação da tutela de urgência.

A 23ª Câmara Cível/Consumidor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro(2017),em julgamento de agravo de instrumento, deparou-se com uma dúvida em torno de qual espécie de tutela provisória que foi concedida à agravada, diante da existência de efeitos distintos entre elas. A transcrição da ementa do citado acórdão encontra-se a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Tutela Provisória. Referência nas decisões de que estaria sendo concedida tutela de urgência, e não tutela antecipada em caráter antecedente. Necessidade de se oportunizar prazo para que a parte ré (agravante) apresente aditamento à sua peça defensiva. Contrato que possui expressa cláusula permitindo a cobrança de coparticipação, a qual não se revela, a princípio, abusiva ou ilegal. Manutenção da possibilidade de cobrança de referida rubrica. A inadimplência é justa causa para a suspensão e o cancelamento do plano de saúde, devendo ser observadas as regras contidas no art. 13,

da Lei n. 9.656/98. Reforma parcial da decisão agravada. Provimento parcial do recurso.

A hipótese dos autos versava sobre discordância na interpretação de cláusulas contratuais que culminava na negativa de internação de menor, parte autora, pelo plano de saúde, ora réu. O Juízo de 1ª instância deferiu o pedido de tutela de urgência para determinar que a ré promova a internação da parte autora em unidade de tratamento intensivo pediátrica, uma vez que esta não poderia aguardar o desfecho do processo.

Na petição inicial a parte autora postulou a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, em conformidade com o art. 303 do CPC/15. No entanto a decisão inicial, de cunho positivo, não observou a melhor técnica, uma vez que trouxe fundadas dúvidas sobre qual espécie de tutela provisória foi concedida, pois, sendo a prevista no art. 303, do CPC/15, estaria estável diante da ausência de impugnação recursal. Adiante, ao aditar a petição inicial, a parte autora não se limitou ao requerimento da tutela antecipada.

A melhor solução encontrada pela 23ª Câmara Cível/Consumidor do TJ/RJ foi declarar que o provimento jurisdicional concedido foi de tutela de urgência (art. 300 do CPC/15), e não de tutela antecipada em caráter antecedente (art. 303 do CPC/15). Como consectário lógico, o aditamento apresentado no curso do processo pela parte autora deve ser entendido como emenda à petição inicial (art. 321, caput, CPC/15), devendo ser oportunizado novo prazo para que a parte ré possa aditar sua peça defensiva. Por unanimidade de votos, deu-se parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Retomando aos pressupostos, ainda é necessário o pressuposto negativo de que, em sua peça incoativa, a parte autora não tenha manifestado a sua intenção de dar prosseguimento ao feito após a obtenção da tutela antecipada. Permite-se que uma tutela estável seja oferecida de modo mais célere e que o réu saiba de antemão da intenção da parte autora, em resguardo à segurança jurídica. Não se pode admitir que somente na ocasião de aditamento da petição inicial a parte autora manifeste a opção pelo prosseguimento do feito, pois isso prejudicaria sobremaneira o réu que, confiante na possibilidade de estabilização, deixou de recorrer.

Outro pressuposto apontado por Fredie Didier Jr.(2016, p. 620) é que haja decisão positiva concessiva de tutela provisória satisfativa em caráter antecedente, pois somente os seus efeitos podem tornar-se estáveis. Pode ser a decisão concessiva proferida pelo juiz de primeiro grau como também a decisão unipessoal ou colegiada concessiva proferida em recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão singular denegatória. Também é possível a estabilização dos efeitos no caso de decisão proferida em processo de competência originária de tribunal.

Por fim, o art. 304 do CPC/15 traz como pressuposto para estabilização a inércia do réu diante da decisão que concede tutela antecipada antecedente. É necessário que a parte ré não tenha se valido do recurso de agravo de instrumento nem de qualquer outro meio de impugnação da decisão, a exemplo de pedido de reconsideração ou suspensão de segurança. Para Fredie Didier Jr.(2016, p. 621) a revelia não se trata de um pressuposto para a estabilização. Deverá haver ausência de impugnação do réu, litisconsorte passivo ou assistente simples que tenha sido citado por via não ficta (real), que não esteja preso ou, sendo incapaz, esteja devidamente representado.

Segundo o entendimento oriundo do Enunciado 22, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais(2017), referente ao art. 304 do CPC/15, “o réu absolutamente incapaz não se submete ao regime de estabilização da tutela antecipada”.

A 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (2017), em julgamento ao agravo de Instrumentonegou provimento ao recurso do Estado da Bahia no caso em que o

Ministério Público do Estado da Bahia, atuando em favor de pessoa física hipossuficiente, requereu que o Estado da Bahia e o Município de Itabuna disponibilizassem ao assistido avaliação médica, exames pré-operatórios e demais procedimentos relacionados à causa de pedir que se faziam porventura necessários. Segundo o acórdão do TJ/BA, inexistia dúvidas quanto à urgência e a necessidade para realização de procedimento cirúrgico indicado por médico assistente, revelando-se descabido o pedido para modificação da decisão interlocutória impugnada, a qual concedeu tutela antecipada em caráter antecedente nos autos de Ação Civil Pública.

Apontou o TJ/BA que, caso o réu tenha apresentado prematuramente sua contestação logo após o ajuizamento da demanda da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, o prazo para contestar a demanda deve ser renovado quando ocorrer o aditamento à inicial, para que haja manifestação quando apresentado o referido aditamento. Assim, inexistente prejuízo ao exercício do direito de defesa do réu, até mesmo porque a interposição do recurso de agravo de instrumento impede a ocorrência da estabilização.

2.7 A estabilização como técnica de estrutura monitoria

O art. 304 do CPC/15 trata-se de uma das maiores novidades do *novel Codex* processual. Em seu *caput* ele encampa a técnica monitoria, invertendo o contraditório. Assim, utiliza-se da técnica monitoria e generaliza para os variados casos de tutela satisfativa antecedente. Deve, portanto, ser interpretado conjuntamente com os artigos que versam sobre a ação monitoria (arts. 700 a 702 do CPC/15).

Nas palavras de Fredie Didier Jr. (2016, p. 616), “a estabilização da decisão concessiva de tutela antecipada é uma técnica de monitorização do processo civil brasileiro”.

Sobre a monitorização do CPC/15, aponta J. E. Carreira Alvim (2016, p. 21):

Esta norma [art. 304, §6º, do CPC/15] é uma decorrência do sistema de tutela urgente agasalhado pelo novo Código, nos moldes do adotado para a ação monitoria, em que, não sendo oferecidos embargos monitorios, forma-se o título executivo, passando-se, de imediato, ao cumprimento da sentença (art. 701, § 2.º).

Desta sorte, ao mesmo tempo em que o legislador infraconstitucional mantém e amplia a ação monitoria – em seus arts. 700 a 702 do CPC/15 – abarcando agora também os direitos a uma prestação de fazer e não fazer, ele vai além e a generaliza. A partir do CPC/15 a técnica monitoria é “introduzida no procedimento comum para todos os direitos prováveis e em perigo que tenham sido objeto de tutela satisfativa provisória antecedente”, aplicável a analogia, como bem aponta Fredie Didier Jr. (2016, p. 617):

O modelo da ação monitoria (arts. 700 a 702, CPC) deve ser considerado o geral – é possível, inclusive, pensar em um microsistema de técnica monitoria, formado pelas regras da ação monitoria e pelos arts. 303 a 304 do CPC, cujos dispositivos se complementam reciprocamente.

É estimulado ao réu silenciar-se com vistas à estabilização dos efeitos da decisão proferida em sede de tutela de urgência antecipada. Para tanto, é proporcionado alguns benefícios que estão dispostos na sistemática da ação monitoria, o que realça a monitorização do processo civil. No art. 701, parte final do *caput* e §1º, consta que o réu terá a redução de honorários ad-

vocatícios para o importe de 5% (cinco por cento) do valor da causa, assim como será isento do pagamento de custas processuais se cumprir o mandado no prazo. Isso também é aplicável, por analogia, à estabilização da tutela de urgência provisória deferida em caráter antecedente (satisfativa), harmonizando-se com o preceito aplicável à ação monitoria. Tanto os arts. 303 e 304 e os arts. 701 a 702 versam sobre espécie de monitorização do processo de conhecimento. Há a aplicação do procedimento monitorio em ambas as situações. O que se aplica a um também encontra guarida no outro caso, sendo uma hipótese de aplicabilidade da analogia.

Não há que se falar em eventual inconstitucionalidade, pois a sumariedade convive pacificamente com o contraditório diferido, nos dizeres de Mirna Cianci (2015, p. 03):

Destaca-se desde logo, que a crítica que se faz ao instituto não procede da análise de sua eventual inconstitucionalidade, por comprometer eventualmente o direito de defesa em sua amplitude, pois a sumariedade, fruto da introdução, em nosso sistema, das tutelas diferenciadas, convive sem problemas com o contraditório diferido, situação que se repete em várias ocasiões no atual ordenamento, muito embora a definitividade operada pela estabilização operada após o biênio decadencial possa colocar em dúvida essa condição, em confronto com a falta de cognição exauriente.

Urge alertar que a estabilização somente é cabível em caso de tutela provisória de urgência satisfativa. O enunciado n. 420 do FPPC dispõe sobre a temática, ao dizer que “não cabe estabilização de tutela cautelar”, pelo que não há de se aplicar a analogia com os artigos que versam sobre a ação monitoria em sede de tutela cautelar.

Em entendimento apontado por Weber Luiz de Oliveira (2015, p. 06), que referencia a doutrina de Donaldo Armelin (2011, p. 852) e Marinoni (2006, p. 45), a estabilização da tutela antecipada satisfativa segue a técnica da cognição exauriente *secundum eventum defensionis*, também empregada no procedimento monitorio. Neste, se o réu não apresentar a defesa competente via embargos monitorios, forma-se em definitivo o título executivo, sem as delongas do processo de conhecimento. Parte-se, então, para a execução fundada em título executivo judicial. Naquela, da mesma sorte, se o réu não apresentar o recurso competente conserva-se os efeitos da decisão satisfativa até que sobrevenha decisão em contrário, caso proposta no prazo decadencial de 02 (dois) anos.

Leonardo Carneiro da Cunha (2016, p. 311) é outro doutrinador pátrio que também defende a existência de uma monitorização do procedimento:

Embora a cognição seja sumária ou incompleta, a parte obtém, em caráter definitivo, decisão mandamental ou executiva *secundum eventum defensionis*. Em outras palavras, a decisão, fruto de cognição sumária ou incompleta, é proferida, invertendo-se o ônus da iniciativa do contraditório, em manifesta concretização da técnica monitoria.

Assim, a estabilização da tutela provisória de urgência satisfativa e ação monitoria formam um regime único ou um microsistema. Em ambas há a obtenção de mandamento ou execução *secundum eventum defensionis*, ou seja, não havendo manifestação da parte demandada, obtém-se satisfação definitiva adiantada.

2.8 Aspectos gerais da estabilização da Tutela Antecipada antecedente objeto de controvérsia

Assim como empregado no âmbito recursal, o princípio da fungibilidade pode ser utilizada nas tutelas de urgência, notadamente quando houver dúvida e inexistir erro grosseiro. Em relação às tutelas de urgência, apesar das diferenças existentes e delineadas no CPC/15, algumas situações permanecem numa zona cinzenta, de complexa distinção, o que dificulta a atuação dos aplicadores do Direito.

Voltando-se o olhar ao CPC/15, o art. 305, parágrafo único, prevê que caso se entenda que o pedido de procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente tem natureza antecipada (satisfativa), o juiz observará o disposto no art. 303, estabelecendo expressamente uma fungibilidade para tais casos. Sobre a fungibilidade no âmbito da tutela satisfativa, leciona Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 213) destacando que o CPC/15 deixou evidente a possibilidade de se aplicar a regra da fungibilidade entre os pedidos de tutelas provisórias de maneira mais ampla possível.

Realmente, há uma tendência atual de abandono da técnica, do formalismo, em prol da efetividade e da celeridade processual, nos dizeres de Maria Lúcia Baptista Moraes (2017). Assim, o legislador incluiu a possibilidade de fungibilidade porque o que importa não é o nome daquilo que foi postulado, mas a concreta necessidade da tutela jurisdicional pretendida. Desta sorte, o juiz não poderá se ater a tecnicismos de forma a prejudicar a parte autora, porque esta realizou um pedido ao invés do outro.

Abraçando a tendência hodierna ao abandono da técnica e do formalismo em prol da efetividade e da celeridade na prestação jurisdicional, diante das hipóteses de dúvida fundada ou erro grosseiro é possível a utilização do princípio da fungibilidade quanto à aplicação das tutelas de urgência.

Diante de um litisconsórcio passivo é possível que apenas um ou algum dos réus se insurja contra a decisão. O assistente simples pode se insurgir da decisão concessiva, salvo se o réu tenha manifestado concordância com a estabilização, expressamente.

A decisão judicial, uma vez que seja concedida a tutela antecipada e o mesmo tenha se tornado estável, trata-se de uma decisão sem resolução de mérito quanto ao pedido definitivo. Da mesma sorte, caso a parte autora, devidamente intimada, não efetue a emenda da petição inicial em até 05 (cinco) dias, o processo será extinto sem resolução do mérito por intermédio de sentença.

A aplicação das normas que regulam a perempção à tutela antecipada requerida em caráter antecedente é defendida pela doutrina. Trata-se de uma reprimenda de ordem processual que visa impedir o abuso ao direito fundamental de ação, constitucionalmente assegurado. Destarte, diante do indeferimento por três vezes da tutela provisória requerida em caráter antecedente, visando a estabilização da tutela antecipada, estará consumada a perempção do direito de demandar por tal via, ressalvada a possibilidade de a parte autora alegar em sua defesa o direito vindicado.

Uma vez que a tutela antecipada requerida em caráter antecedente for concedida, tornando-se estáveis seus efeitos, quaisquer das partes poderá ajuizar outra demanda visando rever, reformar ou invalidar a tutela satisfativa já estabilizada. Enquanto não houver ajuizamento desta ação a tutela deferida, já estabilizada, conservará seus efeitos. O juiz que enfrentou a matéria se torna preveno para processar e julgar o novo processo. Para o exercício deste mister, as partes têm um prazo decadencial de 02 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o feito.

A superveniência de ação autônoma de impugnação da tutela antecipada que culmina em nova estabilização de tutela antecipada requerida em caráter antecedente é alvo de debates

doutrinários. A aplicabilidade desta teoria encontra guarida na estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, desde que respeite, se existentes, direitos de terceiros, individuais, coletivos e públicos.

Há discussão doutrinária relevante, também, quanto à compreensão a ser empregada ao termo recurso, apontado no art. 304, *caput*, do CPC/15. Para alguns doutrinadores somente o recurso de agravo de instrumento no âmbito de processo em trâmite na primeira instância ou do agravo interno, caso seja de competência originária dos tribunais, são capazes de impedir a estabilização da tutela de urgência antecipada deferida em caráter antecedente. Para outros, deve-se entender o termo recurso como impugnação em grau recursal, abrangendo, além dos recursos em sentido estrito, também os sucedâneos recursais e, de modo mais amplo, as impugnações lato sensu pelo que, apesar da não interposição de recurso, o simples protocolo de contestação ou reconvenção, no prazo do agravo de instrumento, já seria capaz de afastar a estabilização.

A tutela provisória, liminarmente ou incidentalmente deferida, conserva sua eficácia na pendência do processo de conhecimento. Contudo, a qualquer momento ela pode ser revogada ou modificada. A execução da decisão que concede a tutela antecipada antecedente deve seguir o regime previsto para o cumprimento da sentença, com as adaptações necessárias. Entretanto, a execução da decisão antecipatória já estabilizada dá-se em caráter definitivo.

O CPC/15, em seu art. 302, positivou o entendimento de que o autor da ação tem a responsabilidade objetiva de indenizar a parte ré quanto aos prejuízos oriundos do deferimento de tutela antecipada deferida em caráter antecedente que seja posteriormente revogada na prolação da sentença. Ao juiz não é permitido, *ex officio*, conceder a tutela antecipada, cabendo à parte autora sua postulação.

Não é possível ao réu postular antecipação dos efeitos da tutela em caráter diverso do incidental. Assim, nem mesmo em sede de reconvenção ou pedido contraposto haveria tal possibilidade, notadamente por afrontar a lógica do sistema proposto pela *novel* legislação. O procedimento específico somente é possível se a parte estiver investida na condição de autor da demanda.

O CPC/15 permite que o juiz profira julgamento parcial de mérito, conforme o art. 356. Quanto a possibilidade de os efeitos da decisão que concedem a tutela antecipada serem parcialmente estabilizados, a doutrina majoritária posiciona-se favorável. A estabilização, destarte, será analisada individualmente, em homenagem à sistemática dos capítulos de sentença, sendo cada um deles, materialmente, uma decisão distinta. Aos capítulos concedidos e não impugnados aplica-se a estabilização dos correspondentes efeitos práticos. Aos demais, o processo seguirá regularmente seu curso.

Na sistemática no CPC/15 permite-se que as partes firmem entre si negócio jurídico processual, com vistas à estabilização da tutela provisória satisfativa requerida em caráter antecedente. A estabilização expressamente negociada é possível, e o negócio jurídico processual que a estatui pode ser firmado antes ou no decorrer do trâmite processual.

No que diz respeito às causas que envolvem direitos indisponíveis, entende-se impossibilitada a estabilização da tutela antecipada, afastando a incidência da técnica. Quando se tratar de direito indisponível ou for o caso de situação em que, ainda que inexistisse contestação, ficaria impedida a produção do efeito material da revelia, a estabilização não encontra compatibilidade.

As partes, capazes, podem firmar convenção de arbitragem no âmbito do processo jurisdicional e levá-lo para o juízo arbitral, buscando esta via heterocompositiva, utilizando-se do sistema multiportas. Há compatibilidade, na órbita do sistema, com a postulação conforme

os arts. 303 e 304 do CPC/15 visando o deferimento da tutela antecipada para, posteriormente, partir para a instituição da arbitragem. A Convenção Arbitral adotada pelo árbitro pode empregar sistemática semelhante à tutela antecipada requerida em caráter antecedente e sua estabilização, disposta no CPC/15. Contudo, não é possível a utilização de poderes de competência executiva para a efetivação do direito material, pois o árbitro não os possui, cabendo às partes, caso necessário, recorrer ao Poder Judiciário para executar a sentença arbitral.

Ao Ministério Público, no que tange à sua destinação orgânica, incumbe a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Nos casos específicos em que seja obrigatória a intervenção como *custus legis*, o juiz deverá oportunizar vistas ao *Parquet* para manifestação antes que haja a estabilização da tutela antecipada antecedente, sob pena de nulidade.

A Defensoria Pública, por sua vez, tem a natureza de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado. A ela foi constitucionalmente instituída a incumbência da orientação jurídica, da promoção dos direitos humanos e da defesa dos interesses individuais e coletivos dos necessitados. Pode, certamente, no exercício de suas atribuições, ajuizar ações com o pedido de tutela provisória de urgência requerida em caráter antecedente, com vistas à sua posterior estabilização em prol dos interesses individuais dos necessitados em todos os graus, de forma integral e gratuita. Assim como o Ministério Público, a Defensoria Pública disporá de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e na graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. O procedimento da tutela antecipada de forma antecedente não é aplicável à lei de improbidade administrativa. Isso porque a Lei n. 8.429/1992 é especial e não possui previsão legal quanto a essa medida de caráter antecedente.

O novo Código somente terá aplicação ao Sistema dos Juizados Especiais nos casos de expressa e específica remissão ou na hipótese de compatibilidade com os critérios previstos no art. 2º da Lei de Juizados. Os arts. 303 e 304 do CPC/15, neste sentido, não se afinam com os princípios norteadores, tampouco com o procedimento previsto na Lei n. 9.099/95, pelo que são incompatíveis com o sistema de Juizados Especiais. Como se não bastasse, os tribunais pátrios possuem o entendimento majoritário pela inadmissibilidade da ação monitória no âmbito dos Juizados Especiais, pelo que, inclusive, a monitorização do procedimento também se depara inaplicável.

É vedado, nos Juizados Especiais, qualquer procedimento especial disposto no CPC/15, diante do rito especial já firmado pela lei específica. Outrossim, somente as pessoas constantes no rol restrito previsto no art. 8º da Lei n. 9.099/95 poderiam ajuizar a ação com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, consistindo noutra problemática verificada.

Não houve mudanças, no CPC/15, no que tange à tutela provisória contra o Poder Público. Admite-se a estabilização da tutela antecipada deferida em face da Fazenda Pública. Também é admissível a ação monitória em face da Fazenda Pública, ou mesmo que esta seja ajuizada pelo próprio Ente Público contra seu devedor.

Como exemplo de providência utilizando-se da sistemática dos arts. 303 e 304 do CPC/15 em face do Poder Público, Alexandre Freitas Câmara(2017, p. 152) traz o caso em que se defere tutela antecipada contra o Ente Público para outorga de bens de valor econômico irrisório (como uma decisão que determina ao Município que fornecesse a parte autora o medicamento ácido acetilsalicílico, em quantidade suficiente para que ele tomasse dois comprimidos diários). Outrossim, explana a situação fática na qual seja deferida tutela antecipada

contra o Município para que se outorgue a parte autora uma certidão positiva com efeito de negativa (o que se dá quando o contribuinte deixou de recolher algum tributo, mas o discute judicialmente, com exigibilidade suspensa). Em tal hipótese, pode não haver interesse de qualquer das partes no prosseguimento regular do processo, sendo a tutela antecipada deferida liminarmente plenamente suficiente para resolver o problema prático que o autor busca solucionar. O Poder Público pode não ter qualquer razão para prosseguir com uma discussão que provavelmente não lhe traria qualquer proveito.

É possível a obtenção de tutelas de urgência em face do Poder Público, salvo naquelas matérias que tratam de compensação de créditos tributários, entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

A estabilização não depende de remessa necessária para ocorrer. A decisão concessiva de tutela de urgência ajuizada contra o Ente Público não é passível de remessa necessária, até mesmo porque houve dispensa do legislador em inserir no texto legal a exceção expressa. A decisão que antecipa a tutela não é sentença e a remessa necessária somente encontra guarida no tocante a sentenças, como bem delimita, expressamente, a literalidade do art. 496, *caput*, do CPC/15.

O mandado de segurança, procedimento especial disciplinado pela Lei n. 12.016/2009, visa a proteção dos interesses individuais do impetrante. É cabível para proteção de direito individual próprio, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, em face de ato judicial proferido por autoridade pública, quando houver ato tachado de ilegal ou arbitrário. Não há como compatibilizar as normas do procedimento previstas para caso de insucesso da estabilização com o rito da ação mandamental, pelo que se depreende incabível a estabilização em sede de mandado de segurança.

A ação rescisória visa desconstituir a coisa julgada em decorrência de algum vício do processo originário ou de alguma causa que autorize a conclusão de que a decisão anterior foi flagrantemente injusta. É possível se falar em ação rescisória em face de uma sentença em ação monitória, mas não é cabível a ação rescisória de decisão provisória estabilizada, haja vista que nesta última inexistia coisa julgada. Outrossim, é incabível a estabilização da tutela antecipada quando da propositura da ação rescisória nos tribunais.

A *querela nullitatis* trata-se de uma queixa de nulidade insanável. No âmbito da tutela provisória deferida em caráter antecedente é cabível, uma vez que há processamento de citação e o processo poderá correr à revelia.

A tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, prevista no art. 303 do CPC/15, ocorre no processo em que se pretende pedir a tutela definitiva, com vistas a adiantar seus efeitos práticos. A urgência se demonstra logo na propositura da demanda.

O pedido de tutela final será formulado no prazo de lei para o aditamento da peça vestibular. Se o réu responde à demanda ou recorre da decisão que a concede o procedimento comum segue normalmente. Por outro lado, caso o réu se mantenha inerte o procedimento pode tomar outros rumos, com a possibilidade de estabilização da decisão da tutela antecipada em caráter antecedente, conforme o art. 304 do CPC/15, e a posterior extinção do processo.

Não se trata, portanto, de coisa julgada incidente sobre o conteúdo da decisão, uma vez que não comporta ajuizamento de ação rescisória. Não há o efeito positivo da coisa julgada sobre o conteúdo da decisão (art. 304, §6º, do CPC/15), não se trata de algo que foi definitivamente decidido pelo Poder Judiciário que não possa ser contrariado posteriormente. A coisa julgada verifica-se no conteúdo da decisão judicial. São os efeitos que se estabilizam, unicamente, mas o conteúdo da decisão não fica estabilizado.

O principal objetivo da estabilização é desvincular a tutela sumária à decisão final obtida por cognição exauriente. Há uma diminuição do número de processos em trâmite e retira-se do autor o ônus de propor ação somente para ver uma tutela antecipada ser concedida. Além disso, são oferecidos efeitos imediatos diante da inércia do réu. Prestigia-se a tutela jurisdicional célere sem ferir o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Referências

ALVIM, J. E. Carreira. **Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e sua estabilização no novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, São Paulo, v. 259/2016, p. 177-207, set. 2016.

ARMELIN, Donaldo. **Tutela jurisdicional diferenciada**, 2011. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (orgs.). **Princípios e temas gerais de processo civil**. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT. vol. 1, 2012.

BAUERMANN, Desirê. **As tutelas de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 224. p. 425-445. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BERNARDINI, Carlos Eduardo Jorge. **Tutela jurisdicional que concede a tutela antecipada antecedente estabilizada e seus efeitos**. 2016. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARDOSO, Luiz Eduardo Galvão Machado. **Estabilização da tutela antecipada**. 2017. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2017.

CIANCI, Mirna. **A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica)**. Revista de Processo, São Paulo, v. 247/2015, p. 249-261, set. 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: o processo nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal** - 13 ed. reform. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. **Estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil**. Revista de processo, v. 260/2016, p. 105-129, out. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAIS, Maria Lúcia Baptista. **As tutelas de urgência e as de evidência: especificidades e efeitos**. Disponível em <www.agu.gov.br/page/download/index/id/6064407>. Acesso em 23 de junho de 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. vol. único. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. **Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada**. Disponível em <http://www.tjmg.jus.br/data/files/D9/E6/05/4D/8D17D410B7C917D-40D4E08A8/Tutela_Provisoria_e_estabilizacao.pdf>. Acesso em 21 de maio de 2017.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado**. Estabilização da estabilização? Revista de processo, São Paulo, v. 242/2015, p. 225-250, abr. 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. Revista de Processo, São Paulo, v. 244/2015, p. 167/192, jun. 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, v. 55, p. 85-102, jan./mar. 2015, Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/96668/doze_problemas_onze_sica.pdf>. Acesso em 22 de junho de 2017.

TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e a tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015**. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 46/2015, p. 287-313, jul./set. 2015, p. 21-22.

TJBA. Agravo de Instrumento: 0014225-54.2016.8.05.0001. Relator: Desembargadora Lígia Maria Ramos Cunha Lima. DJ: 22/03/2017. **Sistema de Publicação de Jurisprudência**, 2017. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpo/sg/open.do>>. Acesso em: 22 jun 2017.

TJRJ. Agravo de Instrumento: 0066091-14.2016.8.19.0000. Relator: Desembargador Celso Silva Filho. DJ: 08/03/2017. **Sistema de Publicação de Jurisprudência**, 2017. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ConsultaUnificada/consulta.do>>. Acesso em: 22 jun 2017.

TJSP. Agravo de Instrumento: 2201002-31.2016.8.26.0000. Relator: Carlos Eduardo Pachi. DJ: 09/11/2016. **Sistema de Publicação de Jurisprudência**, 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>>. Acesso em: 22 jun 2017.

TJSP.Agravo de Instrumento: 2105200-06.2016.8.26.0000. Relator: Maria Laura Tavares. DJ: 29/08/2016. **Sistema de Publicação de Jurisprudência**, 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>>. Acesso em: 22 jun 2017.

TJSP. Agravo de Instrumento: 2157687-50.2016.8.26.0000. Relator: Desembargadora Maria Lúcia Pizzotti. DJ: 14/12/2016. **Sistema de Publicação de Jurisprudência**, 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>>. Acesso em: 22 jun 2017.

TJMG. EJEJ. **Enunciados sobre o Código de Processo Civil/2015**. Disponível em <<http://ejef.tjmg.jus.br/enunciados-sobre-o-codigo-de-processo-civil2015/>>. Acesso em 15 de julho de 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Temas essenciais no Novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DE ORIGEM NEGOCIAL

DJANEIDE CARDOSO DA SILVA¹

RESUMO

Artigo destinado à análise da possibilidade de ocorrência da legitimação extraordinária de origem negocial, visto que o Código de Processo Civil de 2015 promoveu sensíveis modificações no sistema processual, consagrando novos valores e fundamentos procedimentais. O novel Código admite expressamente a realização de negócios processuais atípicos e, oportunamente, ampliou o espaço de promoção do autorregramento da vontade, bem como reformulou o conceito normativo que previa o instituto da legitimação ad causam, promovendo, desse modo, uma abertura sistêmica.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Neoconstitucionalismo. Direito Constitucional Processual. Negócio Jurídico Processual. Autorregramento da Vontade. Legitimação Processual.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL 1.1 NEOCONSTITUCIONALISMO E O PRINCÍPIO DO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE NO PROCESSO CIVIL 1.2 FATO, ATO, ATO-FATO E NEGÓCIO JURÍDICOS 1.3 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL - A PRIVATIZAÇÃO DO PROCESSO 2 LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DE ORIGEM NEGOCIAL 2.1 LEGITIMIDADE AD CAUSAM ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA 2.2 SUBSTRATO NORMATIVO DA LEGITIMAÇÃO AD CAUSAM – O ALCANCE DO ART. 18 DO CPC/2015 2.3 LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DE ORIGEM NEGOCIAL NOS DIFERENTES POLOS DA DEMANDA 2.4 IRRADIAÇÃO DA LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA NA CLÁUSULA GERAL DO ART. 190 DO CPC 3 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

1. Introdução

O Código de Processo Civil de 2015 inaugurou significativas mudanças no sistema processual pátrio ao romper com a concepção clássica de um processo adversarial/inquisidor, consagrando expressamente novos valores e fundamentos procedimentais, a saber: (i) princípio da adequação procedimental – especialmente a negocial, ao permitir que os sujeitos da relação jurídica promovam adequações no procedimento; (ii) cláusula geral de atipicidade de negócios processuais – liberdade ampla conferida às partes para convencionarem sobre

¹ Advogada. Assessora Parlamentar. Bacharela em Direito pela UFBA (Universidade Federal da Bahia). Especialista em Direito Processual Civil pela UCSAL (Universidade Católica do Salvador). Endereço: Rua Professor Amílcar Falcão, nº 125, ap. 401, Barra, Salvador – BA, CEP: 40.140-480. Tel.: (71) 3011.2667/ 99100.3613. E-mail: cardoso.djaneide@gmail.com

algumas regras do procedimento, tais como ônus, deveres, poderes e faculdades processuais; (iii) princípio do respeito ao autorregramento da vontade – aqui entendido como a eficácia imediata da declaração da vontade das partes, capazes de produzir, de imediato, a constituição, modificação e extinção de direitos processuais, prescindindo de homologação do Estado-juiz, o qual deve se sujeitar a autonomia da vontade, podendo exercer o controle, somente a posteriori, dos defeitos ocorridos no plano da existência e validade dos negócios processuais.

Assegura o novel Código que é lícito às partes disporem livremente sobre regras de direito material, quando estas comportarem autocomposição. O mesmo ocorre no plano processual, incluindo-se neste a possibilidade de transação inclusive de direitos indisponíveis, ao menos no aspecto da satisfação do direito, ao consagrar a negociação processual atípica em seu art. 190.

Ao tratar da legitimidade de origem negocial está a se falar da correspectividade entre a situação jurídica afirmada e os sujeitos que titularizam os polos da transação processual. A legitimidade *ad causam* ordinária ou extraordinária nada mais é que o elemento subjetivo do processo e representa a pertinência entre os sujeitos e o conteúdo da demanda.

O art. 18 do CPC/2015 trouxe uma inovação legislativa em relação ao elemento subjetivo do processo, nesse ponto, mais que uma substituição do vernáculo ‘lei’ por ‘ordenamento jurídico’ houve uma abertura interpretativa, pautada na nova ideologia da sistemática processual, ao possibilitar a irradiação da legitimação extraordinária para o negócio processual.

É nesse sentir que deve ser repensada a legitimidade extraordinária, interpretando-a no contexto de um código que consagra novos valores, notadamente o princípio do autorregramento da vontade e da atipicidade do negócio jurídico.

Contudo, as novidades instauradas na ordem processual brasileira ainda reclamam estudos e discussões para o aperfeiçoamento e compreensão dessas inovações, que é o que se pretende fazer com esse trabalho, como será visto doravante.

1 Negócio Jurídico Processual

1.1 Neoconstitucionalismo e o princípio do Autorregramento da vontade no Processo Civil.

A Constituição Federal de 1988 introduziu no ordenamento jurídico pátrio um rol significativo de direitos e garantias fundamentais, fazendo-se necessária uma revisão de todo o sistema jurídico, reinterpretando-o à luz dessa base constitucional².

No âmbito do Processo Civil não poderia ser de outro modo, vez que os princípios fundamentais contidos na Carta Magna de 1988 são determinantes para existência de um Direito Constitucional Processual, ou seja, para uma releitura do processo com vistas a dar efetividade aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, concebendo-se o processo como um instrumento produtor de resultados útil e satisfativo da tutela pretendida³⁴.

2 “O Direito Processual Civil brasileiro passou por diversas mudanças de pensamento iniciadas na segunda metade do século XX, dentre as quais é fundamental destacar o fenômeno da constitucionalização do direito, originado a partir do surgimento de uma nova corrente de pensamento jurídico conhecida como Neoconstitucionalismo”. (MACÊDO; PEIXOTO, 2016, p. 25).

3 “(...) é impensável falar-se em uma ‘teoria geral do direito processual civil’ que não parta da Constituição Federal, que não seja diretamente vinculada e extraída dela (...). O primeiro contato com o direito processual civil se dá no plano constitucional e não no do Código de Processo Civil que, nessa perspectiva, deve se amoldar, necessariamente, às diretrizes constitucionais.” (BUENO, 2016, p. 17).

4 Trecho da ‘Exposição de motivos do CPC/2015’ que expressa a intenção do legislador ao trazer para o processo civil os

Nesse contexto, assumem posição de relevo os princípios da igualdade, da liberdade (art. 5º, caput, CF/88)⁵ e do devido processo legal (art. 5º LIV, CF/88)⁶, o primeiro entendido como direito a paridade de armas, ao contraditório e a ampla defesa; o segundo compreendido pelo seu conteúdo eficaz do direito ao autorregramento; e o terceiro visto como um processo justo, equânime, efetivo e alinhado com o Direito como um todo.

Os princípios constitucionalmente estruturantes possuem posição de destaque na aplicabilidade normativa, sobrepondo-se às regras infraconstitucionais, “resultando numa mudança de perspectiva por meio de uma compreensão mais maleável do processo” (OLIVEIRA, 2006, p. 14).

Na lição de Humberto Theodoro Júnior (2012, p. 04), “um dos grandes entrelaçamentos (e talvez o maior) do direito constitucional com o direito processual registra-se na presença atuante, e sempre crescente, dos princípios constitucionais como orientadores da hermenêutica e aplicação do direito em juízo”. Nessa toada afere-se que quando os fundamentos e garantias constitucionais são aplicados de modo imediato ao caso concreto, esses princípios recebem tratamento de normas jurídicas.

Alinhados a esse ideário, Macêdo & Peixoto (2016, p. 28) afirmam que “é necessária a construção de um novo modelo de processo capaz de absorver a concepção de um direito que seja ao mesmo tempo problemático e dirigido à busca de soluções condizentes com os direitos fundamentais”. É nesse binômio jurídico-democrático que surge para o Direito Processual Civil o princípio do respeito ao autorregramento da vontade, este como corolário do princípio da liberdade.

A liberdade é um dos pilares dos direitos fundamentais, tendo o seu conteúdo natureza complexa, porquanto se apresenta em variadas vertentes; há liberdade de locomoção, expressão, crença etc. O direito ao autorregramento da vontade nada mais é que o aspecto volitivo do princípio da liberdade e, por via oblíqua, “expressão da dignidade da pessoa humana; dizendo de outro modo, é a autonomia jurídica que o sujeito possui de dirigir os seus interesses, a possibilidade de se autorregular” (DIDIER JR, 2015, p. 132).

Certo é que a autonomia privada ou autorregramento da vontade, quando analisada sob a ótica do Processo Civil, não possui idêntica dimensão como vista no plano do Direito Civil, isso porque o processo rege a função jurisdicional do Estado (exercício de atividade pública), mas não por isso a negociação processual perde sua expressividade; ao revés, “caminha no sentido de ampliação endoprocessual da autonomia privada, porquanto a liberdade no processo é sinônima de um processo devido e fundamento de um Estado Democrático de Direito” (DIDIER JR, 2015, p. 132/133).

Acresce dizer que “a autonomia da vontade no âmbito processual, como em qualquer outro ramo do Direito, possui limitações, como se vê no § único do art. 190 do novo CPC⁷, para que autorregramento e órgãos jurisdicionais convivam harmonicamente” (DIDIER JR, 2015, p. 132/133).

princípios constitucionais: “Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; (...).

5 Art. 5º, caput, CF/88 - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

6 Art. 5º, LIV, CF/88 - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

7 Art. 190. Art. 190 - Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

§ único - De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

2.2 Fato, Ato, Ato-Fato e Negócio Jurídicos

Partindo-se do pressuposto da existência dos negócios jurídicos processuais no CPC/15, faz-se curial uma primeira distinção entre fato, ato, ato-fato e negócio jurídicos, para uma melhor compreensão do tema ora apresentado.

Os fatos revestem-se de juridicidade quando há sobre eles incidência normativa, ou seja, existe previsão normativa quando da sua ocorrência, fazendo surgir, desse modo, os fatos jurídicos.

O fato jurídico, por sua vez, divide-se em fato jurídico *lato sensu e stricto sensu*; o primeiro ocorre quando há um fato da natureza e/ou um ato humano previstos em um preceito normativo; quando os fatos da natureza possuem tal previsão, dizemos que ele é um fato jurídico *stricto sensu* (cf. CUNHA, 2016).

Ao tratar dos fatos jurídicos, insta fazer uma breve análise dos planos da existência, validade e eficácia que os compõem. De proêmio, tem-se que todos os fatos jurídicos, em sentido lato, devem passar pelo plano da existência, bastando à subsunção da norma ao suporte fático para que o fato passe a existir juridicamente, ou seja, passe a integrar o universo do Direito.

Os fatos jurídicos *stricto sensu* e os atos-fatos não possuem aspecto volitivo, por essa razão não passam pelo plano da validade, neste plano é imprescindível a vontade humana cujo aspecto é encontrado tão somente nos atos jurídicos *stricto sensu* e nos negócios jurídicos. Ademais, é no plano da validade que se opera o sistema de invalidades, porquanto decorre do vício de vontade/consentimento a anulação ou anulabilidade dos atos e negócios jurídicos.

A eficácia, por seu turno, nada mais é que uma qualidade da norma, diz respeito à produção de efeitos pelos fatos jurídicos, isto é, relações e situações jurídicas. Nas palavras de Pontes de Miranda, “só após a incidência de regra jurídica é que os suportes fáticos entram no mundo jurídico, tornando-se fatos jurídicos. Os direitos subjetivos e todos os demais efeitos são eficácia do fato jurídico”. (MIRANDA, 1999, p.51)

Ressalve-se que nem todo fato jurídico produz efeitos, quando os gerar poderemos compreendê-los como “um plexo de comportamentos modalizados pelas normas, vale dizer, as situações jurídicas correspondem ao conjunto de efeitos produzidos pelos fatos jurídicos”. (PIMENTA, 2010, 503)

Passando-se à apreciação dos atos jurídicos, vê-se que os atos que apresentam vontade humana e que são passíveis de aplicação da norma que os prevê são ditos atos jurídicos, esses atos podem ser lícitos, em consonância com o Direito, ou ilícitos, contrários ao Direito. Nota-se que o aspecto volitivo é de suma importância para a incidência normativa. (CUNHA, 2016)

Os atos-fatos jurídicos nada mais são que “atos humanos, em que não houve vontade, ou dos quais se não leva em conta o conteúdo de vontade, aptos, ou não, a serem suportes fáticos de regras jurídicas” (cf. MIRANDA, 1999). Quando o aspecto volitivo do ato humano *stricto sensu* e do negócio jurídico são desconsiderados pela norma, tem-se os atos-fatos jurídicos.

Já os negócios jurídicos são comumente identificados como ato de expressão da autonomia privada, esta, por sua vez, pode ser vista pelo prisma do autorregramento da vontade, porquanto é o poder conferido aos indivíduos para que possam reger juridicamente suas próprias relações.

Parte significativa da doutrina considera o traço marcante do negócio jurídico como sendo o seu aspecto volitivo, produzindo-se os efeitos jurídicos a partir da declaração da vontade. Na definição de Marcos Bernardes de Mellone negócio jurídico é:

O fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o

sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico. (2013, p. 233)

Por meio da realização do negócio jurídico é que se materializa a autonomia privada, visto que essa relação “é o meio posto pela ordem jurídica à disposição da pessoa privada (singular ou coletiva) para modelar como lhe aprouver as suas relações jurídicas, pondo-as de acordo com os seus interesses, tais como os entende ou aprecia”. (ANDRADE. 1998, p. 27)

Apresentadas tais noções, passa-se à análise da possibilidade negocial dentro do processo civil.

2.3 Negócio Jurídico Processual - A Privatização do Processo

Preambularmente, esclarece-se que é da fenomenologia dos fatos jurídicos (*lato sensu*), estudada no campo do direito privado, que se extrai o modelo teórico também tratado pelo Processo Civil, isto é, os fatos jurídicos assim considerados pela teoria geral do direito privado são os mesmos que possuem relevância para o processo, com o diferencial de que no processo esses fatos possuem *locus* próprio, podendo ou não surgir da vontade dos sujeitos, porém nascem na lide e ao mesmo tempo a influencia.

É pacífico na doutrina que o fenômeno diferenciador entre ato jurídico simples (*stricto sensu*) e negócio jurídico está situado no plano da eficácia, pois tratam de tipos de efeitos pretendidos quando da realização desses atos; o primeiro possui vontade dirigida à produção de efeitos *ex lege*, enquanto o segundo dirige sua vontade à produção de efeitos *ex voluntate*.

Baseando-se no pensamento acima explicitado e no dogma da irrelevância da vontade no processo foi que os opositores à existência do negócio jurídico processual afirmaram que “a vontade não tem nenhuma importância para o processo, pois os efeitos *ex voluntate* não guardam correspondência com os atos processuais, estes não seriam passíveis de modulação, porquanto seus efeitos já estariam tabelados em lei.” (CUNHA, 2016, p. 52).

De outra banda, os defensores da existência dos negócios jurídicos de origem negocial advogam a tese de que esses negócios são avenças firmadas com a finalidade de ordenar alguns pontos procedimentais (ALMEIDA, 2015) para os quais os sujeitos processuais devem estar atentos, a exemplo das disposições legais.

Significa dizer que a cláusula geral trazida no art. 190 do CPC/2015- autorizadora do pacto negocial com efeitos processuais- confere as partes “poderes para promover adaptações no procedimento” (REDONDO, 2015, p. 272), de sorte a normatizar parte da atividade judicante.

O Código de Processo Civil de 2015 alargou a possibilidade de celebração de pactos processuais típicos já existentes no CPC de 1973, como erameleição de foro, ônus da prova, convenção para suspensão do processo, transação judicial etc.; ao lado dessas espécies pontualmente verificadas, o CPC/2015 em seu art. 190 admite que as partes plenamente capazes possam, criando modulações procedimentais, antes ou durante o processo.⁸ (SPIRITO, 2015).

⁸ Enunciado nº 403 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: A validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

A cláusula geral trazida no artigo 190, notadamente quando conjugada com o art. 200⁹, ambos do CPC/2015, autorizam a constituição, modificação ou extinção de garantias mediante avenças processuais, independentemente de homologação judicial, permitindo-se, desse modo, uma adaptação às peculiaridades da causa (SPIRITO, 2015), tornando-se admissíveis, até mesmo, negócios processuais atípicos¹⁰, contanto que estes não colidam com normas cogentes.

À evidência, “a cláusula geral encampada no art. 190/CPC possui uma linguagem de tessitura aberta e vaga, favorecendo a abertura do sistema” (NOGUEIRA, 2016, p. 226). Somado a isso está o dever geral de fomento à autocomposição trazida no art. 3º, § 3º¹¹ do mesmo código, constituindo-se a negociação sobre o processo uma ferramenta para a solução consensual da lide.

Conferiu-se, então, às partes autonomia negocial endoprocessual, dando-lhes a possibilidade de convencionarem negócios atípicos, para além dos expressamente permitidos, *ex vi*, convenção sobre o procedimento e negociação sobre faculdades, direitos e deveres processuais¹².

O acordo, entre as partes, sobre o procedimento “trata-se do que alguns denominam de flexibilização procedimental voluntária” (NOGUEIRA, 2016, p. 227) e caracteriza-se por valorizar o diálogo entre os sujeitos processuais, pois possibilita a feitura de adaptações ao procedimento adequando-o às especificidades da causa.

A *latere* dos acordos procedimentais, estão as convenções que tenham por objeto ônus, faculdades, poderes e deveres processuais, sem que desses, necessariamente, façam alterações no procedimento (v.g. pacto prévio de não execução provisória). Aqui, as partes transacionam livremente como serão adimplidos os deveres e como serão suportados os ônus, numa clara efetividade do princípio do autorregramento da vontade¹³ (NOGUEIRA, 2016).

Ante a autonomia privada lastreada no art. 200 do CPC/2015 inexistente a necessidade de homologação judicial para que as avenças firmadas pelas partes passem a surtir seus legais efeitos, uma vez que “os atos firmados se materializam com a manifestação da vontade, dispensando-se o ato homologatório, vinculando, dessa maneira, o juiz diretamente aos negócios processuais¹⁵” (NOGUEIRA, 2016).

De mais a mais, faz-se imperioso trazer à baila o evidenciado no *caput* do art. 190 do CPC/2015, o qual aduz que serão admissíveis negócios processuais quando estiverem em tela

9 Art. 200, CPC/2015: Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

10 Negócio jurídico atípico é aquele que é possível às partes pactuarem negócios que não se encaixam nos tipos legais, estruturando-os de modo a atender às suas conveniências e necessidades.

11 Art. 3º, CPC/2015: Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

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

12 Enunciado nº 257 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

13 Enunciado nº 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si.

14 Enunciado nº 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais.

15 Enunciado nº 133 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial.

“direitos que admitam autocomposição”. Nesse particular, é essencial que se distinga direitos patrimoniais disponíveis-passíveis do uso da arbitragem - de direitos que admitam autocomposição - esta é mais ampla - denotando que os direitos ditos indisponíveis também são objetos de negociação (NOGUEIRA, 2016).

Os direitos irrenunciáveis comportam transação, a exemplo do direito subjetivo a alimentos, no qual é possível transacionar valor, vencimento e forma de satisfação, bem como o direito ao meio ambiente equilibrado - direito difuso - como sucede nos compromissos de ajustamento de conduta, não repelem a realização do negócio processual, não sendo possível negociar o direito em si mesmo, mas admitem, no mínimo, sobre o modo de satisfação (NOGUEIRA, 2016). Logo, é possível sim haver negócio processual tendo por objeto direito indisponível¹⁶.

3 Legitimação Extraordinária de Origem Negocial

3.1 Legitimidade *Ad Causam* ordinária e Extraordinária

A legitimidade *ad causam* divide-se em legitimação ordinária e extraordinária, classificação extraída do elo existente entre o legitimado e o objeto litigioso.

Há legitimação ordinária (ativa ou passiva) quando a situação fática que legitima o sujeito a postular possui correspondência com a situação jurídica submetida à apreciação do juiz. “Coincidem as figuras das partes com os polos da relação jurídica material ou processual, real ou apenas afirmada, retratada no pedido inicial”. (ARMELIM, 1991, p. 94). O legitimado ordinário é o sujeito que vai a juízo defender os seus próprios interesses. “A regra geral da legitimação somente poderia residir na correspondência dos figurantes do processo com os sujeitos da lide” (ASSIS, 2003, p. 10).

Diz-se legitimidade extraordinária quando um terceiro vai a juízo em nome próprio defender interesse de outrem (como autor, réu ou terceiro interveniente) e por isso não há uma total correspondência entre a situação legitimante e a situação apresentada ao órgão julgador. Por tal razão, essa legitimidade é também chamada de substituição processual ou legitimação anômala.

Na lição de Edson Ferreira da Silva, “o fenômeno da substituição processual verifica-se, portanto, com a descoincidência, autorizada por lei, das partes do processo com os sujeitos da relação de direito material controvertida” (SILVA, 1993, p. 66).

A legitimação extraordinária pode ainda ser analisada como autônoma ou subordinada; na primeira hipótese, tem-se que “qualquer dos legitimados extraordinários tem qualidade para desde logo instaurar autonomamente o processo, sem que lhes imponha esperar, durante certo tempo, pela iniciativa do legitimado ordinário” (MOREIRA, 2015, p. 1139). No segundo caso, “enquanto não esgotado *in albis* o prazo de lei, não se lhes faculta o acesso à via judicial; a rigor eles somente se legitimam após o termo *ad quem*, se a legitimidade ordinária permaneceu omissa, e caso, antes disso, algum proponha a demanda, o contraditório não será regular”. (MOREIRA, 2015, p. 1139)

Em outras palavras, o legitimado extraordinário autônomo possui poderes para gerir o processo com ou sem a participação do titular do direito controvertido; já o legitimado extraordinário subordinado não possui essa mesma liberdade, porquanto é coadjuvante processual, sendo imprescindível a presença do titular do direito, sob pena de irregularidade na formação do contraditório.

16 Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.

3.2 Substrato Normativo da Legitimação *Ad Causam* – O Alcance do Art. 18 do CPC/2015

O CPC/2015 encampou em seu art. 18¹⁷ a cláusula de legitimidade processual, conferindo ao ordenamento jurídico, e não mais a lei, a atribuição de autorizar alguém a dirigir validamente um processo, isso significa dizer que “a legitimação extraordinária deve estar autorizada em norma do ordenamento jurídico”. (BOMFIM, 2016, p. 458).

Para melhor compreender a modificação perpetrada pelo legislador, acima referida, insta tecer breves considerações acerca do que se entende por ‘lei’ e ‘ordenamento jurídico’ para que se possa ter uma real dimensão da proposta trazida no artigo 18 do CPC/2015.

Inicialmente, não se pode perder de vista que a noção de ordenamento jurídico é complexa, visto que é um conjunto/sistema que inclui e classifica os diferentes tipos de normas – constituição, leis, regulamentos, decretos, contratos, sentenças, atos administrativos etc. – as quais não estão soltas, mas sim entrelaçadas mutuamente. “A forma ou o modo desse enlace é uma forma tipicamente normativa a que se chama de fundamentação e derivação”. (MACHADO NETO, 1963, p. 193)

Ademais, esclarece Tércio Sampaio Ferraz Júnior que um ordenamento “além de ser um conjunto de elementos normativos (normas) e não normativos (definições, preâmbulos etc.) é também uma estrutura, isto é, um conjunto de regras que determinam as relações entre os elementos” (FERRAZ JR, 2013, p. 145).

Em relação aos elementos que compõem o ordenamento divergem a filosofia e a teoria do direito, fazendo surgir doutrinas que apenas aceitam como elementos as normas (Kelsen), outras que consideram como sendo fato, valor e norma (Reale). Por outro lado, o ponto comum é a concepção de sistema uno, “marcado por um princípio que organiza e mantém o conjunto como um todo homogêneo” (FERRAZ JR, 2013, p. 146).

Já a lei, vistasob um conceito amplo, é uma espécie de norma jurídica, produzida legislação, que possui características de imperatividade, heteronomia e generalidade. Isto é, “norma geral de conduta que define e disciplina as relações de fato incidentesno direito e cuja observância é imposta pelo poder do Estado”. (DINIZ, 2014, p. 307)

Por conseguinte, norma jurídica se caracteriza, para Goffredo Telles Jr., como “imperativo-autorizante”, porquanto prescreve comportamentos devidos e proibidos e, ao mesmo tempo, autoriza ao sujeito lesado buscar, em face de outrem, a devida reparação pela violação sofrida (DINIZ, 2014 apud TELLES JR, p. 406).

Dessa brevíssima distinção de conceitos, percebe-se que em tempo algum a lei e ordenamento jurídico foram conceitualmente tratados como expressões sinônimas. Ordenamento jurídico é o todo que contém, dentre as várias espécies normativas, as leis. Disso se vê que a alteração trazida pelo art. 18 do CPC/2015 não significa, apenas, uma alteração vernácula, mais que isso, opera uma sensível alteração semântico-normativa, ao passo em que rompe com a restrição legal anteriormente exigida para ocorrência da legitimidade extraordinária e amplia tal possibilidade ao lastreá-la ao sistema como um todo¹⁸.

Longo, contrariando o antigo entendimento do artigo 6º do CPC/1973,¹⁹ o qual afirmava que só mediante lei seria possível ocorrer tal legitimação, o artigo 18 do novel código de processocivil amplia a referida possibilidade, fazendo surgir para nós acontecimentos outros

17 Art. 18, CPC/15 - Ninguém poderá pleitear direto alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

18 Enunciado nº 380 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: (arts. 8º, 926, 927) A expressão “ordenamento jurídico”, empregada pelo Código de Processo Civil, contempla os precedentes vinculantes.

19 Art. 6º, CPC/73 - Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

de substituição processual²⁰ que não as trazidas taxativamente em lei, *ex vi*, legitimação para as ações coletivas (art. 5º da lei 7.347), legitimação do Ministério Público para ações de investigação de paternidade (art. 2º § 4º da lei 8.560/92), legitimação para impetração de *habeas corpus* (art. 654 do CPP/41) etc.

Dessa nova possibilidade apresentada pelo art. 18 do CPC/15, na qual a legitimidade extraordinária deve ser possível não mais por uma previsão legislativa, mas sim “por uma interpretação sistêmica do ordenamento, somado a possibilidade de realização de negócios jurídicos atípicos, consagrada no art. 190 do mesmo código, é que se torna possível conceber uma legitimidade extraordinária de origem negocial” (DIDIER JR, 2015, p.350/351).

Nas lições de Fredie Didier Jr. “negócio jurídico é fonte normativa que compõe o ordenamento jurídico; logo, negócio jurídico pode ser fonte normativa da legitimação extraordinária” (2015, p. 350/351). Disso decorre que não há óbice ao Direito Processual Civil pátrio admitir a existência da legitimação extraordinária atípica, visto que o negócio jurídico processual daria ao indivíduo legitimidade para conduzir validamente o processo, refletindo neste o princípio do autorregramento da vontade.

Ante a possibilidade acima afirmada, válido é lembrar que há peculiaridades quanto ao objeto e à eficácia do negócio processual concernente à legitimação extraordinária *ad causamativa* e passiva.

3.3 Legitimação Extraordinária de Origem Negocial nos Diferentes Polos da Demanda

Para Fredie Didier Jr (2015), a legitimação extraordinária de origem negocial quando vista sob o prisma do polo (ativo ou passivo) da demanda reclama solução diversa da legitimação extraordinária genérica.

“A legitimação extraordinária negociada ativa reclama os mesmos requisitos dos negócios processuais em geral, por isso considerada mais simples, podendo a parte transferir ou estender a outrem essa legitimidade.” (DIDIER JR., 2015, p. 350/351)

A legitimação ativa também é passível de ampliação, porquanto não existem impedimentos ao detentor da legitimidade originária quanto à transferência a outrem do direito de ir a juízo afirmar e defender a relação processual estabelecida. Em tal ocorrência, estar-se-ia criando uma legitimação extraordinária exclusiva pela via do negócio processual, ou seja, só o terceiro legitimado poderia propor a demanda, retirando a legitimação *ad causam* da parte material, ocasionando uma fiel renúncia dessa posição jurídica (DIDIER JR, 2015).

No entender de Daniela Santos Bomfim, “não se transfere o direito material, situação jurídica diversa da legitimidade para agir. O que se transfere é apenas o poder de defender aquela relação material em juízo, situação jurídica processual” (2015, p. 462).

Em havendo mera extensão da legitimação extraordinária ativa ter-se-ia uma legitimação concorrente, caso em que os legitimados ordinários e extraordináriospossuiriam aptidão processual para estar na demanda.

Note-se quetanto na legitimidade transferida quanto na concorrente o terceiro legitimado possui esta qualidade apenas no viés da relação jurídica substancial, porém processualmente ele é parte da demanda. Daí se vê que “a irradiação da legitimidade extraordinária negocial depende não apenas da exteriorização de vontade daquele que transfere ou estende, mas também da exteriorização da vontade de quem a recebe. Cuida-se de negócio jurídico bilateral, portanto”. (BOMFIM, 2015, p. 462)

20 Termo aqui empregado como sinônimo de legitimidade extraordinária.

Frise-se, ainda, que nas duas situações acima apresentadas, “apenas o legitimado ordinário pode transferir ou estender a outrem a situação jurídica da legitimidade. Um legitimado que já é extraordinário não pode transferir a outrem a situação jurídica que já lhe foi atribuída por incidência normativa”.(BOMFIM, 2015, p. 462)

Frise-se, ainda, que nas duas situações acima apresentadas, “apenas o legitimado ordinário pode transferir ou estender a outrem a situação jurídica da legitimidade. Um legitimado que já é extraordinário não pode transferir a outrem a situação jurídica que já lhe foi atribuída por incidência normativa”.(BOMFIM, 2015, p. 462)

Em relação à legitimação extraordinária passiva a permissão negocial é bastante diferente, porquanto não é permitido ao réu transferir sua legitimação a outrem; assim sendo, “não pode o réu permanecendo titular de uma situação jurídica passiva atribuir a um terceiro a legitimação para defender seus interesses em juízo, seria uma espécie de fuga do processo, ilícita por prejudicar o titular da situação jurídica ativa”.²¹ (DIDIER JR., 2015, p. 353/354)

Não há óbice, porém, para que o legitimado ativo consinta com a transferência da legitimidade extraordinária passiva, em uma relação negocial, para um terceiro, pois se salvaguardou o interesse do titular do direito, aplicando-se nesse caso, por analogia, a regra da assunção de dívida, mediante permissão expressa do credor, conforme regra esculpida no art. 229 do Código Civil Brasileiro. (DIDIER JR., 2015, p. 353/354)

Entretanto, tendo o negócio processual a finalidade de estender ou ampliar a legitimidade passiva, ou seja, conferir a terceiro a legitimação para ser réu em defesa dos interesses do demandado originário, seria desnecessário o consentimento do autor, vez que este não teria seu direito prejudicado; ao revés, receberia o autor um plus processual, podendo escolher contra quem demandar, pois nasce dessa ampliação uma legitimação passiva concorrente. (DIDIER JR., 2015, p. 354)

3.4 Irradiação da Legitimidade Extraordinária na Cláusula Geral do Art. 190 do CPC/2015

O Código de Processo Civil de 2015 expressamente permitiu o exercício do autorregramento em relação à escolha de categorias processuais ao instituir a cláusula geral de autorização específica para realização de negócios processuais atípicos.

Ademais, tal permissão se deu através de cláusula geral, a qual se identifica por possuir abertura semântica tanto em termos fáticos quanto em consequências jurídicas. De outro modo, “trata-se de técnica legislativa que permite uma abertura do sistema jurídico, compatível com a noção de ductibilidade dos sistemas jurídicos contemporâneos para apreensão dos dados plurais e multifacetados da sociedade”.(ZAGREBELSKY, 2008, p. 132)

Existe agora no ordenamento jurídico o permissivo expresso e específico autorizador da utilização do autorregramento de modo atípico em relação à escolha de classes processuais. Há, portanto, além do lastro constitucional expresso no conteúdo do princípio da liberdade, fundamento normativo próprio, instituidor do negócio atípico ante uma situação processual.

Em contrapartida, não há no novel CPC norma cogente que proíba o exercício do autorregramento quanto à situação jurídica da legitimidade *ad causam* extraordinária; pelo contrário, o texto do art. 18 do mesmo código afirma ser a legitimidade extraordinária permitida quando irradiada pelo ordenamento de forma sistêmica. Isso porque a legitimidade extraordinária irradiada não pode se opor a norma, mas sim ser permitida pelo ordenamento (BOMFIM, 2015).

²¹ Art. 299 do CC/02: É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava.

Ora, se o art. 18 do CPC/2015 admite a legitimação *ad causam* extraordinária desde que permitida pelo ordenamento e o art. 190 do mesmo código é a autorização dada pelo sistema jurídico, conclui-se que o sistema jurídico permite o exercício da autonomia privada na escolha da categoria de eficácia processual em face da legitimidade *ad causam*. (BOMFIM, 2015).

Até porque legitimidade *ad causam* é situação jurídica, negócio jurídico, por sua vez, é fato jurídico que necessita de autuação normativa, sendo que o aspecto volitivo fica reservado ao sujeito para a feitura das escolhas eficaciais já previstas pelo sistema, e não para a criação de novos efeitos, porquanto “não nos parece possível a criação voluntária de efeitos que não estejam previstos ou, ao menos, admitidos pelo sistema”(MELLO, 2003, p. 172).

Vê-se assim que é possível a realização de negócio processual que tem por objeto a irradiação da legitimidade extraordinária.

5 Conclusão

Considerando-se todo o exposto, observa-se que o neoconstitucionalismo permeou de modo irrevogável o ordenamento jurídico brasileiro com direitos e garantias fundamentais, passando estes a embasar toda atividade jurisdicional.

Com o Processo Civil não poderia ser diferente, pois sua base hermenêutica também se situa nos fundamentos constitucionais e a ele está vinculado, tanto é assim que o CPC/2015 traz em seu art. 1º a normatização desse entendimento ao esculpir que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil (...)”.

Desse viés constitucional foi que nasceu a necessidade de uma reestruturação do processo, ganhando espaço o direito ao autorregramento da vontade como conteúdo eficaz do princípio da liberdade.

Nesse contexto, em que a vontade ganhou relevo no processo, é que surgiu o negócio jurídico processual, permitindo aos sujeitos o diálogo processual e afastando a concepção adversarial/inquisidor do mesmo, vez que a autonomia da vontade concede às partes a solução dos seus conflitos da maneira que melhor lhes aprouver, tendo em vista as peculiaridades da causa, prescindindo da homologação do Estado-juiz para a validade dessas escolhas, porquanto estas se validam com a exteriorização da vontade, quando não forem contrárias às normas cogentes.

Tem-se, então, que os negócios jurídicos processuais encampados em uma cláusula geral possuidora de abertura semântica permitem a feitura de negócios processuais atípicos, admitindo a transação até mesmo sobre direitos indisponíveis, não havendo possibilidade de negociação sobre o direito em si mesmo considerado, mas se permitindo, no mínimo, sobre o modo de satisfação.

Como se percebe, o sistema jurídico deixou expressamente um espaço endoprocessual para a realização do autorregramento da vontade, conferindo aos sujeitos a possibilidade de escolhas de categorias eficaciais, bem como de estrutura e conteúdo das relações jurídicas, no que for cabível.

Outrossim, a legitimidade *ad causam* extraordinária é situação jurídica, sendo sua ocorrência estabelecida no Código de Processo Civil como possível, desde que autorizada pelo ordenamento jurídico. Desse modo, a expressão ‘autorizada pelo ordenamento jurídico’ revela a importância de uma interpretação sistêmica, literal e finalística.

Até porque, como alhures demonstrado, ordenamento jurídico em nada se confunde com lei, aquele é um sistema uno que comporta também as leis, esta é apenas uma dos elementos que o compõe. Por tal razão, resta cristalina a intenção do legislador, trazida no art. 18

do CPC/2015, ao atribuir ao sistema, e não mais a um elemento deste, a condição de substrato normativo da legitimação extraordinária.

Logo, ao diferenciar conceitualmente os vernáculos 'lei' e 'ordenamento', afere-se a intenção do legislador em alargar o campo de incidência da legitimação extraordinária, notadamente quando contextualizado com os princípios neoconstitucionais e os valores trazidos no CPC/2015. Conclui-se, então, que há no espaço atribuído ao autorregramento da vontade a possibilidade da irradiação da legitimidade *ad causam* extraordinária para os negócios processuais, vez que o mesmo está contido no sistema jurídico e por isso possui aptidão para ser fonte da referida legitimidade.

Referências

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **As convenções processuais na experiência francesa e o novo código de processo civil** In Negócios processuais. Salvador, Juspodivm, 1ª edição, 2015.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Ed. Coimbra. v. 2, 1998.

ARMELIM, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**, p.94-100; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. Justitia. São Paulo: s/Ed. out-dez, n. 53.1991.

ASSIS, Araken de. **Substituição processual** In Revista dialética de direito processual. São Paulo: dialética, n. 09, 2003.

BONFIM, Daniela Santos. **A legitimidade extraordinária de origem negocial** In Negócios Processuais. Juspodivm, 2ª edição, v. 1, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **O “modelo constitucional do direito processual civil”: Um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações**. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/images/textos-pdf/016.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2016.

Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em 16 out. 2016.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 16 out. 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios Processuais** In Negócios jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. Juspodivm, 2ª ed, v. 1, Salvador, 2016.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Juspodivm. 17ª ed, v.1, Salvador. 2015.

Enunciados do Fórum de Processualistas Cíveis. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>> Acesso em 08 nov. 2016.

Exposição de Motivos do CPC/2015. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/novo-codigo-de-processo-civil>> Acesso em 08 nov. 2016.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil**. 2ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 25. Terminologia neoconstitucionalismo definida por Susanna Pozzolo (POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidade de la interpretación constitucional. Disponível em: http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/vol.II/DOXA21Vo.II_25.pdf>. Acesso em: 02 out. 2016

_____. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 12 ed. São Paulo. Saraiva, 2003.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 19ª ed, São Paulo: Saraiva 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Bookseller, t. 1.1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Apontamento para um estudo sistemático da legitimidade extraordinária** In Revista do Ministério público- edição comemorativa. Rio de Janeiro. 2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Alegitimidade processual no novo código de processo civil** In Coleção novo CPC – doutrina selecionada – Parte geral, Juspodivm, v. 1, 2ª ed, 2016.

_____. **Negócios jurídicos processuais** In Negócios Processuais, 2ª ed, v. 1, Juspodivm, Salvador, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **O formalismo-valorativo no confronto como o formalismo excessivo**, Revista de Processo, São Paulo, v. 137, jul 2006.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Sobre a eficácia das regras, dos fatos e dos princípios jurídicos** In Revisitando a teoria do fato jurídico. Saraiva. 2010.

REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios processuais: necessidade de rompimento com o sistema do código de processo civil de 1973 para a adequada compreensão da inovação do código de processo civil de 2015** In *Negócios processuais*, Salvador, Juspodivm, 1ª ed, 2015.

SILVA, Edson Ferreira da. **Da legitimação extraordinária, inclusive na constituição federal de 1988** In Revista dos Tribunais. Ano 82. v 689. março de 1993.

SPIRITO, Marco Paulo Denucci Di. **Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual**. Revista de Processo, ano 40, v 247, set/2015.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 53. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. I.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Traducción de Marina Gascón. 8ª ed. Editorial Trotta: Madri, 2008.

ASPECTOS RELEVANTES ACERCA DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: O QUE MUDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO COM A RECEPÇÃO DESSE INSTITUTO JURÍDICO.

LUÍS EDUARDO SIMÕES DOS SANTOS¹

RESUMO

O presente estudo pretende discutir sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Instituto Processual, por excelência, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas está previsto no atual Código de Processo Civil entre os artigos 976 a 987 e foi introduzido para combater a litigiosidade de massa. Investigamos o instituto a partir das suas origens no Direito Comparado. Em seguida, destacamos a existência de outros mecanismos jurídicos presentes em nossa ordem jurídica, precedentes do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Buscamos apontar a finalidade precípua do Incidente em análise, evidenciando o seu fundamento, a base legal e apontando os propósitos diante da atual conjuntura da Justiça Brasileira. Evidenciamos os requisitos que autorizam a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, apresentando quem são os legitimados, quem é o órgão que julgará o incidente e expondo toda a forma procedimental à luz do Novo CPC. Por fim, buscamos refletir se a inserção do Novo Incidente representou avanço ou retrocesso para a legislação processual.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Litigiosidade de massa. Procedimento.

Introdução

O objeto de estudo tratado no presente trabalho é “O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”. O referido instituto é um tema que pela sua importância possui um repertório de reflexões que interessa a todo o ordenamento vigente, mais precisamente ao Direito Processual Civil.

O trabalho em comento pretende analisar as novidades no ordenamento jurídico com a recepção desse novo instrumento. Trata-se, no entanto, de revelar a sua finalidade precípua, investigando a sua origem e escopo, assim como para demonstrar os pressupostos que autorizam a sua instauração e quem são os legitimados. Além disso, buscamos também evidenciar a funcionalidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, apontando como o contexto da atualidade foi essencial para que o referido instituto fosse inserido no Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

A pesquisa em análise examina se este novo instituto jurídico pode ser utilizado como um mecanismo capaz de garantir o direito à igualdade das partes, especialmente nas ações de massa em que se discutem questões de direito idênticas. A intenção primordial é entender sua potencialidade, refletindo se o instituto pode ser útil ou não para a Justiça Brasileira. E é neste particular que a relevância do estudo pode revelar um novo olhar para os pesquisadores e operadores do Direito.

O presente trabalho está dividido em quatro seções. Na primeira, procuramos apresentar um estudo da origem do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, destacando as características e pontos relevantes acerca do Procedimento-Modelo Alemão. Na segunda, apresentamos os principais instrumentos jurídicos presentes no ordenamento jurídico pátrio que são precedentes do Incidente em análise. Em seguida, apontamos o propósito do Incidente em questão. E, na quarta, demonstramos o modo de instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, destacando o modelo procedimental à luz do Novo CPC, apontando os requisitos autorizadores para sua instauração, legitimados e demais destaques.

1. Um Passeio no Estudo da Origem do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

É de conhecimento de toda a comunidade jurídica que o Poder Judiciário está congestionado com o aumento exponencial de demandas levadas à apreciação, o que tem causado descontentamento geral, pois a solução de um processo pode levar décadas. Ao longo dos anos foram surgindo diversas reclamações de setores importantes da sociedade que, insatisfeitos com o serviço prestado pela justiça, passaram a criticar a lentidão e ineficiência da justiça.

Ocorre que o crescimento de ações similares na justiça não ocorre só no Brasil. Outras nações também sofrem com a ocorrência do referido fenômeno. Por conta disso, países como Alemanha, Suíça, Portugal, Inglaterra, Itália, Japão, Argentina, Canadá e Austrália, com o objetivo voltado para diminuir o número de demandas nos corredores da justiça, com o intuito de garantir que as ações similares tivessem respostas iguais para todos os litigantes, começaram a desenvolver novos mecanismos para combater o processamento de demandas massificadas, seja por meio de filtros de acesso, seja por meio de procedimento de resolução coletiva de demandas.

O presente estudo se propõe a apresentar o modelo Alemão, uma vez que foi o que mais influenciou para que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas fosse inserido no Código de Processo Civil Brasileiro.

1.1 O Procedimento-Modelo *Musterverfahren*: origem e escopo.

Autor que brilhantemente discutiu o *Musterverfahren* (Procedimento-Modelo Alemão) foi o professor titular de Direito Processual Civil, Antônio do Passo Cabral (2007). Para ele, os procedimentos de grupos de formato não representativos, nos quais são estabelecidos incidentes de coletivização de questões comuns a inúmeras pretensões individuais, permitem a solução conjunta de temas idênticos e visam a evitar distorções de legitimidade extraordinária e coisa julgada coletiva. Ele enfatiza que esse tipo de procedimento pode revelar-se como instrumento que funciona como alternativa para as ações coletivas.

O *Musterverfahren* é de origem Alemã e afigura-se como um instrumento inovador, devendo ser destacado que a sua aplicabilidade tem motivado o estudo para desvendar a

¹ Pós-Graduando em Direito Constitucional pela Estácio de Sá/CERS. Graduado do Curso de Direito da Faculdade Anísio Teixeira. Digitador. Rua Deusdeth de Queiroz, 32, Centro, Queimadas-Bahia. (75) 9-9991-5034. lessantos@tjba.jus.br.

razão de ser desse procedimento. O respectivo mecanismo busca a resolução de demandas repetitivas, sendo denominado *Musterverfahren*, que significa Processos-Modelo (“*muster*”= modelo ou padrão; “*verfahren*”= processo).

Nessa linha de criação de instrumentos não representativos, positivou-se o procedimento-modelo ou procedimento-padrão (*Musterverfahren*) pela lei de introdução do Procedimento-Modelo para os investidores em mercado de capitais, ficando claro que, inicialmente, o *Musterverfahren* foi criado por uma norma restrita e específica que buscou proteger os investidores, afigurando-se como um mecanismo de resolução coletivo de conflitos comuns a inúmeros processos em que se debatem pretensões iguais.

No caso do procedimento Alemão, o fim colimado foi de estabelecer coerência das decisões tomadas em relação a diversas questões individuais semelhantes. O escopo do respectivo procedimento é justamente possibilitar que seja estabelecida uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais, objetivando a atuação unívoca do Poder Judiciário em sua decisão que pode abranger várias demandas iguais.

1.2 A instauração e Julgamento do Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*)

O procedimento em discussão se inicia com um pedido de instauração do incidente-padrão pelo autor ou pelo réu, perante o juízo que tramita o processo individual, indicando como requisito de admissibilidade do pedido o escopo de tratativa coletiva, valendo-se apontar que esse instituto alemão não admite instauração de ofício pelo juízo.

Convém destacar ainda que a parte que requerer a instauração do incidente deve apontar os pontos litigiosos que deseja ver resolvidos através do incidente coletivo, devendo ainda demonstrar os meios de prova que pretende produzir quando da análise do mérito. Acrescente-se que o requerente deve alegar e demonstrar que o pedido formulado no incidente tem repercussão extraprocessual, ou seja, tem o condão de interferir diretamente na solução de outros processos similares.

Noutro giro, enfatizamos que há situações em que não se admite a instauração do incidente-modelo. De acordo com os ensinamentos de Antônio do Passo Cabral (2007, p.133-134):

Não é admitido requerimento para instauração de Procedimento-Modelo, quando a causa estiver pronta para julgamento, quando se evidenciar a possibilidade da instauração prolongar/postergar injustificadamente o desfecho das demandas, quando o meio de prova indicado for insuficiente, inadequado ou descabido, quando as alegações não se justifiquem dentro do procedimento, ou ainda quando o ponto controvertido não aparentar necessário ser resolvido com o procedimento coletivo.

Desse modo, sendo admitido o pedido de instauração do procedimento, imediatamente ocorrerá a remessa do mesmo ao Tribunal hierarquicamente superior para decidir as questões coletivas elencadas no pedido inaugural do incidente no *Musterverfahren*. O juízo julgador observará o conteúdo dos pontos litigiosos suscitados, juntamente com o conjunto de provas apresentadas, a fim de garantir a aplicabilidade da real função do procedimento na solução dos conflitos, sem perder de vista os meios de defesa apresentados.

2. Um Realce Acerca dos Principais Instrumentos Jurídicos Existentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro que São Precedentes do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas:

No Brasil, há institutos jurídicos semelhantes ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas existentes em nosso ordenamento jurídico. Como precedentes podemos apontar os seguintes institutos que serão destacados a seguir: Julgamento Liminar de Improcedência, a Repercussão Geral das questões constitucionais, Julgamentos de Recursos Extraordinários e Especiais Repetitivos e Súmula Vinculante.

Cumpra apontar que tais institutos caminham no sentido de se buscar a tão sonhada uniformização da jurisprudência, com o fito de garantir a segurança jurídica necessária para conferir racionalidade, justeza nas decisões proferidas pelos órgãos da justiça, bem como o respeito aos precedentes firmados pelos Tribunais Superiores.

2.1. Do Julgamento Liminar de Improcedência

Instituto precedente do IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) que merece destaque é o Julgamento Liminar de Improcedência, cuja prescrição foi dada pelo Art. 285-A da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (revogado pelo Art. 332 do Novo CPC), incluído no Código de Processo Civil em 07 de fevereiro de 2006 pela Lei 11.277, a seguir disposto:

Art. 2º. A Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 285-A:

“Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso” (BRASIL, 2006).

Da leitura da disposição do Art. 332 do atual Código de Processo Civil, observa-se que o magistrado nas causas que dispensem a fase instrutória, independentemente da citação do réu, pode julgar liminarmente improcedente o pedido formulado pela parte promovente:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. (BRASIL, 2015 – Grifos nossos).

Esse artigo apresenta nos seus incisos os requisitos legais que autorizam o julgador a proferir julgamento liminar de improcedência. Assim, basta que o pedido da parte contrarie enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça (inciso I), acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de Recursos Repetitivos (inciso II), Entendimento firmado em incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ou de Assunção de Competência (inciso III) e enunciado de súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local (inciso IV).

Deve ser acrescentado que o juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição, conforme preconiza o art. 332, § 1º do novo CPC.

Observa-se que o dispositivo em análise busca fortalecer os precedentes judiciais, bem como padronizar as decisões proferidas pelo Judiciário Brasileiro de modo a evitar as aventuras das partes em questões que já tiveram pronunciamento no mesmo juízo, em Tribunais Superiores, em julgamentos de recursos repetitivos no Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça sobre temas pacificados em decisões reiteradas em outros casos idênticos.

2.2 Da Repercussão Geral das questões constitucionais;

Podemos apontar também a disposição contida no Art. 102, parágrafo 3º da CRFB/1988, que disciplina o requisito da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e implantado no ano de 2007, a partir de normas regimentais. A repercussão geral da questão constitucional discutida no caso constitui-se como um requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário (Art. 102, § 3º da CRFB/88, e art. 1.035 do CPC) e exige que o recorrente na sua peça de recurso demonstre, preliminarmente, a existência “de questões relevantes do ponto de vista econômico político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos do processo” (BRASIL, 2015), sob pena de não conhecimento do Recurso Extraordinário interposto pelo recorrente, conforme preconizam os parágrafos 1º e 2º do Art. 1.035 do CPC.

Com base nas lições de Elpídio Donizete (2013, p. 781) “para que seja cabível o RE (Recurso Extraordinário), faz-se necessário que a questão discutida tenha relevância além dos limites ou interesses subjetivos do caso concreto, como, por exemplo, ocorre em demanda em que se discute a constitucionalidade da cobrança de determinado tributo”.

Feitas as considerações acima expostas, passamos à análise de outro instituto previsto no artigo 1.036 do Novo CPC (arts. 543 B e 543-C do Código de Processo Civil revogado), que é também precedente do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

2.3 Julgamentos de Recursos Extraordinários e Especiais Repetitivos

O julgamento de Recursos Extraordinários e Especiais Repetitivos está previsto no Art. 1.036 do CPC e permite que, sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento. O referido artigo foi incluído no Código de Processo Civil pelas leis 11.418/06 e 11.672/08, respectivamente, através dos quais o legislador buscou reduzir o número de recursos repetitivos para serem apreciados pela Suprema Corte e pelo Tribunal da Cidadania.

O objetivo colimado foi de conferir maior celeridade à prestação jurisdicional para que na análise de recursos repetitivos com fundamento em idêntica controvérsia apenas um ou alguns processos serão admitidos, os quais são denominados de *representativos da controvérsia*, ficando suspensos os demais processos até o pronunciamento definitivo pelo Tribunal Superior.

2.4 Súmulas Vinculantes

As súmulas vinculantes foram instituídas pela Emenda Constitucional 45/04. A inserção da súmula vinculante no Ordenamento Jurídico Nacional representa tentativa do legislador constituinte derivado de adaptar o modelo *Common Law* para o nosso sistema Romano-Germânico (*Civil law*).

Neste diapasão, observa-se a o intento de uniformizar a interpretação jurídica para que os órgãos do Poder Judiciário decidam as controvérsias de modo célere, garantindo-se a segurança jurídica e evitando as desigualdades decorrentes de diferentes interpretações.

O referido instituto jurídico está previsto no Art. 103-A da Constituição Federal de 1988 e permite que:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir da sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal estadual e municipal, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (BRASIL, 1988).

3. O que é o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas? Qual seu propósito? Em que se fundamenta?

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é a “menina dos olhos” do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. O referido instituto já é considerado pela doutrina como a principal inovação contida na atual Legislação Processual Civil. O instituto em questão, se bem aplicado, pode ajudar a combater o aumento de demandas repetitivas.

O incidente em questão tem sua origem no modelo alemão de processos repetitivos, denominado *Musterverfahren*, objeto de estudo do primeiro capítulo. Essa inspiração é afirmada na exposição de motivos do anteprojeto, com as seguintes palavras:

Com os mesmos objetivos de [evitar a dispersão excessiva da Jurisprudência], 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. (BRASIL, 2010, p.28.)

O incidente de Resolução de demandas repetitivas tem a natureza de incidente processual. A sua inserção no Novo Código de Processo Civil decorreu de constantes pesquisas por parte dos processualistas, mas também da necessidade de criação de um mecanismo jurídico voltado para a coletivização das decisões, ou seja, a resolução de processos similares em bloco, com o fito de evitar decisões incoerentes e conflitantes em situações juridicamente idênticas.

De acordo com Theodoro Júnior, era chegado o momento de pôr em prática as lições extraídas da doutrina acerca da efetividade e do processo. São essas as suas palavras: “É, enfim, a hora de dar vida à lição doutrinária sobre a efetividade e instrumentalidade do processo, de tornar realidade a vontade política proclamada na carta magna, asseguradora da paz social e aplacadora da natural sede de justiça da sociedade” (THEODORO JÚNIOR, 2005, p.78).

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas está previsto no Novo CPC (Lei 13.105/2015) entre os artigos 976 a 987. O citado mecanismo tem a proposta de resolver inúmeras demandas repetitivas, o que significa dizer que haverá, em longo prazo, descarga de trabalho repetitivo, pois a solução de processos em bloco, a partir da tese firmada, irá contribuir no andamento e julgamento das ações semelhantes.

Cumpra ainda apontar que o Incidente de Resolução de Demandas

Repetitivas possui como fundamento basilar o respeito aos precedentes dos Tribunais Locais em nome do tratamento isonômico das partes, celebrando o princípio da segurança jurídica, visando a garantir a tão sonhada previsibilidade das decisões para pautar as condutas à luz de uma solidificada jurisprudência.

Passamos à análise dos requisitos que autorizam a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, apresentando quem são os legitimados, quem é o órgão que julgará o incidente e expondo todo o modelo procedimental à luz do Novo CPC.

4. Desvendando o modo de instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: O modelo procedimental à luz do novo CPC;

Nesta oportunidade, faz-se necessário abordar o modelo procedimental para se instaurar o incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no Novo Código de Processo Civil.

4.1 Do Cabimento: os requisitos/pressupostos autorizadores para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e demais questões.

O incidente tem cabimento quando houver o preenchimento simultâneo dos seguintes requisitos autorizadores para ensejar a sua instauração: I) Efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II) Risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

A primeira observação que fazemos é que para se instaurar o incidente em questão é preciso que se demonstrem os dois requisitos acima apontados, *simultaneamente*, devendo ser ressaltado que a questão suscitada deve ser unicamente de direito, ou seja, o dispositivo aponta que o julgamento das questões repetitivas independe de produção probatória. Nesta oportunidade, destacamos uma distinção referente ao Incidente Brasileiro e o Procedimento-Modelo-Alemão. No mecanismo alemão há possibilidade de análises de fatos, diferentemente do nosso incidente que se presta a examinar tão-somente questão de direito.

Vale ressaltar que a desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente, conforme preconiza o art. 976, parágrafo 1º do CPC.

Interessante destacar também o papel do Ministério Público no Incidente. Além de legitimado para requerer a instauração do novo procedimento, o órgão ministerial intervirá, obrigatoriamente, atuando como fiscal da lei e, assumindo a titularidade do Incidente em caso de abandono ou desistência, de acordo com o parágrafo 2º do Art. 976. Já a Defensoria Pública, por sua vez, somente pode suscitar o incidente.

Aponte-se que a inadmissão do incidente por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado. (art. 976, parágrafo 3º do CPC). Ademais, quando um dos Tribunais Superiores já tiver afetado recurso para definir a tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva não será cabível a instauração do incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, nos termos do Art. 976, parágrafo 4º do CPC. Outra característica do incidente em estudo é que para sua instauração não serão exigidas custas processuais ou emolumentos, ou seja, é um procedimento gratuito à disposição dos legitimados, sem cobrança de nenhuma despesa relativa ao procedimento.

4.2 Da Legitimidade ativa para suscitar o Incidente

Quanto à legitimidade para suscitar o incidente, podem fazê-lo: 1) O juiz ou o relator, por ofício; 2) Pelas partes, por petição; 3) Pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. Deve ser registrado que é por dois modos que se solicita a instauração do incidente. A primeira é por ofício, do qual se utilizam o Juiz e o Relator. E a segunda por petição, destinada às partes, Ministério Público e Defensoria Pública. (art. 977 do CPC).

Apontamento interessante e relativo à formalidade é o disposto no parágrafo único do Art. 977 do CPC, *in verbis*: “O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente” (BRASIL, 2015).

Assim, merecem ser destacados os requisitos iniciais para admissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: I) Ter Legitimidade Ativa para suscitar o incidente; II) Efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica; III) Instruir o ofício ou a petição com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente. Passamos à análise sobre quem julgará o incidente.

4.3 Do Julgamento do Incidente

O Julgamento do Incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização da Jurisprudência do Tribunal (art. 978 do CPC).

Além disso, o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

O incidente é distribuído normalmente, sendo certo que o órgão colegiado competente para julgá-lo realizará o juízo de admissibilidade, examinando o preenchimento dos pressupostos legais, de acordo com o disposto no Art. 981 do CPC.

Com a admissão do incidente, o relator poderá tomar as seguintes providências: I) Suspende os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na Região, conforme o caso, comunicando a suspensão aos órgãos jurisdicionais competentes; II) Requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita o processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestará em quinze dias; III) Intimará o Ministério Público para querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias.

Dispositivo interessante é o que dispõe sobre a possibilidade de suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado. Tal preceito visa a garantir a segurança jurídica, sendo que qualquer dos legitimados pode requerer ao Tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial a suspensão dos referidos feitos (art. 982, parágrafo 3º do CPC).

Em celebração ao princípio do devido processo legal, o julgamento do incidente possibilita que sejam ouvidas as partes e todos os interessados na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos e diligências necessárias para a elucidação da lide e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo, de acordo com o disposto no art. 983 do CPC.

O relator ainda poderá designar data para realização de audiência pública para ouvir depoimento de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. Observamos que os preceitos que regulamentam o processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas visam a democratizar o debate da questão suscitada, possibilitando o amadurecimento da controvérsia por meio da participação dos interessados na controvérsia, os quais podem auxiliar para que o Tribunal competente decida da melhor forma.

Insta salientar a importância da figura do *AmicusCuriae* no julgamento do incidente, pois sendo ouvidos, poderão ampliar o debate e consolidar o entendimento acerca do objeto do incidente com o escopo de fornecer subsídios robustos para que o julgamento seja adequado.

Com o julgamento do incidente, a tese jurídica será aplicada: I) 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; II) Aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do Tribunal, salvo revisão da tese jurídica.

Assim, fica claro que o efeito da decisão firmada incidente é vinculativo (a decisão dada no incidente deve ser obedecida por todos os órgãos subordinados do juízo prolator) e prospectivo, uma vez que atingirá os casos futuros que versem sobre a mesma questão objeto do incidente. É importante ressaltar que caberá reclamação para o Tribunal competente, caso seja descumprida a tese adotada no incidente, conforme se infere do artigo 986, parágrafo 1º do CPC.

4.4 Do prazo do julgamento do Incidente

O prazo para julgamento do incidente é de um ano, salientando que o procedimento em análise ostenta preferência sobre os demais feitos, com exceção dos que envolvam réu pre-

so e habeas corpus. O intuito do legislador foi possibilitar que o incidente tivesse um processo célere e regular.

Convém destacar também que havendo superação do prazo acima indicado cessará a suspensão dos processos, salvo se o relator, por decisão fundamentada, estabelecer o contrário, nos termos do parágrafo único do artigo 980 do CPC.

4.5 Dos recursos contra tese firmada no Incidente

Em relação ao julgamento do incidente, cabe asseverar a possibilidade, por qualquer das partes, de interposição do Recurso Extraordinário ou Especial, conforme o caso. (art. 987 do CPC).

Convém destacar, por oportuno, que o efeito do Recurso é suspensivo, diferentemente da regra geral, destacando-se que no Extraordinário presume-se a repercussão geral da questão constitucional eventualmente discutida, de acordo com a disposição do art. 987, parágrafo 1º do CPC.

Por derradeiro, devemos apontar que para que a tese jurídica seja aplicada em todos os processos individuais ou coletivos que tramitam em território nacional e que versem sobre idêntica questão de direito, é necessário que ocorra o julgamento do mérito do Recurso (Especial ou Extraordinário) eventualmente interposto, bem como seja firmada a tese jurídica a ser aplicada para todos os processos similares em âmbito nacional.

Conclusão

Fica claro que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é a grande novidade do Novo Código de Processo civil. Como incidente processual que é, o referido instrumento jurídico tem a função precípua de resolver a problemática das demandas repetitivas, pois voltado para a coletivização das decisões para possibilitar que os litigantes sejam tratados da mesma forma, evitando-se a ocorrência de decisões incoerentes e conflitantes em situações juridicamente idênticas, em homenagem ao princípio da isonomia.

Nessa toada, apontou-se, no presente estudo, que o incidente em questão tem o propósito de promover a segurança jurídica, fundamento primordial que lhe dá sustentação para que os jurisdicionados tenham previsibilidade do que vai ser decidido, pois o que se espera é que as demandas repetitivas tenham respostas racionais, objetivas e coerentes.

Contudo, deve ser destacado que o primeiro objetivo prático do incidente será com certeza de amadurecer o debate das questões massificadas nos Tribunais com vistas à padronização da tese jurídica a ser firmada no incidente instaurado. Após confirmação do entendimento decidido no incidente é que serão julgados os processos individuais e coletivos suspensos.

Assim sendo, afirmo que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não é um retrocesso, mas um avanço na Legislação Processual Civil Brasileira, pois representa um novo instrumento necessário para combater os litígios repetitivos levando justiça para os litigantes. Os propósitos do incidente são louváveis, uma vez que uniformizar a jurisprudência, evitar decisões contraditórias, garantir que todos tenham o mesmo tratamento em suas demandas para que tenham decisões judiciais seguras e justas são anseios de toda sociedade que precisam ser alcançados para que a verdadeira justiça seja aplicada.

Aprimorar o novo instituto através de debate é necessário, pois se abre caminho para obediência aos precedentes judiciais, garantindo-se isonomia, segurança jurídica, tratamento igualitário, previsibilidade dos julgamentos, alcançados pela uniformização da jurisprudência que somente serão atingidos se o instituto for bem aplicado, pois como bem apontou Luiz Antônio Ferrari Neto (2012, p. 253) “se mal aplicado, poderá trazer a injustiça inversa (tratar de modo igual situações distintas)”.

Referências

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil: *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, DF, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1>> Acesso em: 19 Nov. 2018.

_____. Artigo 102, parágrafo 3º e Artigo 103-A da Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei n. 11.277, 07 de Fevereiro de 2006. Lei que acresce o art. 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973 (Lei que instituiu o Código de Processo Civil). *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 07 Fev. 2006. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/96000/lei-11277-06>>. Acesso em 04 Set. 2016.

_____. Lei n. 11.418, 19 de Dezembro de 2006. Dispositivo que regulamenta o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 19 Dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm>. Acesso em 04 Set. 2016.

_____. Lei n. 11.672, 08 de Maio de 2008. Lei que estabelece o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 09 Maio. 2008. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/93775/lei-de-recursos-repetitivos-lei-11672-08>>. Acesso em 04 Set. 2016.

_____. Lei n. 13.105, 16 de Março de 2015. Norma que institui o Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 04 Set. 2016.

_____. Artigo 332 da Lei n. 13.105, 16 de Março de 2015. Norma que institui o Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 10 mar. 2016.

_____. Artigos 1.035 e 1.036 da Lei n. 13.105, 16 de Março de 2015. Norma que institui o Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*.

Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 04 set. 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (musterverfahren) Alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de processo*. São Paulo: RT, v. 147, maio, 2007, p.123-145.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 17.ed.rev., ampl.e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRARI NETO, Luiz Antônio. *Incidente de Resolução de Demandas repetitivas: Meios de Uniformização da Jurisprudência no Direito Processual Civil Brasileiro*. 2012. 267 f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-(PUC-SP). São Paulo, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação Jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de Processo*. Vol. 125. P. 61-78. São Paulo: Ed. RT, 2005.

O EMPREGO DO PRÉ-PROCESSO PARA O ESCLARECIMENTO DA ASCENDÊNCIA PATERNA *POST MORTEM* NOS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS.

SILVIO MAIA DA SILVA¹

RESUMO

O esclarecimento da ascendência paterna nos casos *post mortem* tem sido uma experiência exitosa nos Centros Judiciários Pré-processuais da cidade de Salvador que ocorre de forma simples, juridicamente segura, célere, com modestos recursos econômicos e de baixo custo emocional. Em torno desse direito fundamental orbitam outras questões que podem ser tratadas, preservando-se os laços afetivos entre familiares. O exame de código genético é um elemento relevante, assim como a evolução da jurisprudência dos tribunais. Ocorre que, no julgamento do Recurso Especial nº 832330/PR, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o direito de reconhecer voluntariamente a prole é personalíssimo e intransmissível aos herdeiros, não sendo juridicamente admitido aquele realizado por irmãos, se o pai não o fez em vida. Entretanto, tal decisão está em descompasso com a legislação vigente e com a própria jurisprudência recente.

Palavras-chave: reconhecimento de relação avoenga, reconhecimento *post mortem* de paternidade, relação de parentesco, ascendência paterna, filhos havidos fora do casamento, Centro Judiciário, Cejusc.

1. Introdução

Depois do direito à vida, talvez nada mais importante do que o direito à família, lugar idealizado onde é possível, um cada um, integrar sentimentos, esperanças e valores para realização do projeto pessoal de felicidade (GISELDA HIRONAKA, 2000, *apud* DIAS, 2017, p. 687). Por isso, a busca de identificação da ascendência genética não pode ser negada nunca, mesmo quando existem pais registraes ou pais afetivos, pois ela atende a um punhado de princípios fundamentais que dizem com o respeito à dignidade e os direitos de personalidade (DIAS, 2017, p. 136).

Tomando por base essa premissa principiológica, o presente artigo pretende analisar a possibilidade de reconhecimento da ascendência paterna *post mortem* (avoenga, isto é, aquele que se dá diretamente entre o neto e avós), nos Centros Judiciários Pré-processuais da cidade de Salvador.

¹ Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, pós-graduado em Direito Civil e Direito Civil e Direito Processual Civil pela Escola de Magistrados da Bahia (Emab). Email: silviomaia1@gmail.com.

O tema parece exigir uma abordagem mais ampla e por isso algumas passagens deste trabalho parecerão resumidas. Mesmo assim, será realizada uma breve análise da legislação, jurisprudência e doutrina em torno do reconhecimento judicial de filiação nos próximos dois capítulos. Com base nas premissas neles fixadas, o reconhecimento da ascendência paterna *post mortem* nos Centros Judiciários Pré-processuais da cidade de Salvador será tratado em capítulo específico, com um enfoque jurídico e social.

Assim, espera-se contribuir com a manutenção, ampliação e desenvolvimento de um serviço eficaz, seguro e célere, no que tange ao reconhecimento de parentesco.

2. O Reconhecimento Judicial de Filiação perante os Herdeiros.

O reconhecimento de filiação deve ser efetuado de forma espontânea pelos pais logo após o nascimento. Entretanto, havendo algum óbice para o reconhecimento natural daquele que não nasceu do casamento, como a morte do genitor, existe a possibilidade legal do filho buscar a declaração de parentalidade por meio de tutelas exercidas em face dos herdeiros do *de cujus*. Entretanto, o reconhecimento judicial da filiação perante os herdeiros não teve um tratamento único ao longo dos anos. Ao contrário, ocorreram modificações legais e no entendimento jurisprudencial.

A priori, vale destacar que o Código Civil de 1916, no seu art. 363, já admitia a possibilidade do filho “ilegítimo” obter o reconhecimento judicial de filiação perante os herdeiros do suposto pai, uma vez verificada uma das situações descritas nos seus incisos I a III.

Com a evolução legislativa ao longo dos anos, a solução de determinadas questões, inclusive quando relacionadas com o direito de personalidade, no qual se insere a busca a ancestralidade, passou a ser também matéria de índole constitucional. Além disso, em favor da criança e do adolescente sobressai o art. 227 da Constituição Federal de 1988, que atribui à sociedade, à família e ao Estado o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o exercício de direitos fundamentais, entre os quais o reconhecimento da filiação deve estar compreendido.

A Constituição Federal também realizou a primeira e verdadeira revolução no Direito de Família brasileiro, a partir de três eixos, sendo um deles o da igualdade no enfoque jurídico da filiação (MADALENO, 2019, p. 4), princípio constitucional dos mais relevantes e que ganha especiais contornos na seara de família. Nesse sentido, no Recurso Extraordinário nº 898.060 (publicado no DJE nº 187, de 23/08/2017) afirmou-se que “a disciplina jurídica da filiação constituiu preocupação central do texto constitucional que informa a democracia em que hoje vivemos. O eixo central do sistema se deslocou do Código Civil para a Constituição, cujo conjunto axiológico-normativo deve informar a interpretação dos institutos que regem o Direito de Família”. Nesse assunto, a premissa básica de qualquer discussão, como referencial que deve nortear nosso estudo, é o princípio da igualdade dos filhos. Esse princípio, independente da forma como concebidos os filhos, culmina por se desdobrar na importante noção de veracidade da filiação, regra principiológica fundamental (GAGLIANO e PAMPLONA, 2016, p. 1351/1352).

Nessa esteira, sobreveio a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) que, em seu art. 27, estabelece que o reconhecimento do estado de filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível do filho, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição — tal como havia no já citado Código Civil de 1916.

Por sua vez, o Código Civil de 2002 foi além ao estabelecer no seu art. 1.606 que a ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer

menor ou incapaz. O seu parágrafo único estabelece que “se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo”, de modo que o referido parágrafo permite ao avô reconhecer o filho que faleceu capaz e conseqüentemente, a relação avoenga com os netos (CARVALHO, 2017, p. 622). Entretanto, vale registrar que essa evolução foi tímida, como bem registrado por Valter Kenji Ishida:

O Estatuto da Criança e do Adolescente limitava a legitimidade *ad cuasam* apenas ao filho. Todavia, o novo Código no art. 1.606 e em seu parágrafo único permitiu que a ação de prova de filiação fosse iniciada pelo herdeiro se o filho morrer menor e incapaz ou se a iniciada a ação pelo filho, a continuação pelo herdeiro. Anota-se aí a crítica feita por Garrido de Paula (2004; 428) de que o art. 1.606 deveria também permitir o exercício pelo herdeiro do filho maior e capaz, pois essas seriam a hipótese mais comum: o neto, na morte do filho, exerceria o direito à investigação contra o avô (ISHIDA, 2016, p. 52).

É possível perceber que os dispositivos (vigentes) antes mencionados abordam situações distintas, uma relativa ao filho não reconhecido que falece, cujo herdeiro pode sucedê-lo no polo ativo da ação de investigação de paternidade (art. 1.606 do CC); a outra situação, tratada no art. 27 do ECA, que se refere ao filho não reconhecido ao qual a lei atribui legitimação para demandar contra o herdeiro do suposto pai falecido.

No primeiro caso, faculta-se o prosseguimento ou ajuizamento de uma ação em que se busca o reconhecimento de um direito do pai não reconhecido que faleceu, mas com reflexo em relação ao filho (aqui o herdeiro passa a figurar no polo ativo da ação). No segundo caso, busca-se o direito próprio do filho não reconhecido, oponível aos sucessores do pai falecido (aqui o herdeiro é o demandado), situação que interessa mais de perto ao presente trabalho.

Apesar de não existir dúvida acerca legitimação passiva dos herdeiros do suposto pai falecido para o exercício da ação de investigação de paternidade, porquanto estabelecida em norma, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 832330/PR (2006/0065280), não validou o reconhecimento de parentesco efetuado por instrumento público subscrito por todos os herdeiros e a viúva meeira, ao argumento de que, apesar do artigo 1.609 do Código Civil não especificar quem subscreverá o ato de reconhecimento, o art. 1.607 do mesmo estatuto estabelece que “o filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente”. A partir dessa interpretação sistemática, a referida decisão conclui que “o direito de reconhecer voluntariamente a prole é personalíssimo e, portanto, intransmissível aos herdeiros, não existindo no direito positivo pátrio norma que atribua efeitos jurídicos ao ato pelo qual aqueles reconhecem a condição de irmão, se o pai não o fez em vida”.

O parentesco é um fato jurídico ordinário que surge com o nascimento e que é formalizado pelo registro civil, mas que se revela pelo reconhecimento (nos seus variados modos) e pela presunção (art. 1.597, do Código Civil, e parágrafo único, do art. 2º-A, da Lei nº 8.069/1990), ao qual a lei atribui consequência jurídica, independente vontade humana. Pode-se afirmar que a filiação paterna é também revelada pela prova admitida como fundamento da sentença proferida no procedimento judicial litigioso (quando houver pretensão resistida) e no procedimento de jurisdição voluntária (não havendo controvérsia), procedimento esse que proporciona a solução do objeto do processo de maneira substancial-cooperativa e promove a tutela do direito que dispensa o litígio (CASTRO, 2019, p. 17).

O reconhecimento da paternidade é um direito oponível contra o pai ou seus herdeiros, como determina o art. 27, da Lei nº 8.069/1990, de sorte que esse direito não é afetado pelo falecimento do genitor. Se assim não fosse, as ações de investigação de paternidade *post mortem* teriam objeto juridicamente impossível, em face da extinção do direito causada pela morte do suposto pai.

Assim, em que pese os argumentos da decisão Recurso Especial nº 832330/PR, que por certo influenciou outros julgamentos ao longo do tempo, há uma patente incoerência do seu conteúdo, que se revela na afirmação de que “o direito de reconhecer voluntariamente a prole é personalíssimo e, portanto, intransmissível”, quando, na verdade, o reconhecimento constitui um direito personalíssimo do filho e uma obrigação dos pais.

Logo, existe um erro de perspectiva no julgamento do Recurso Especial nº 832330/PR (2006/0065280), pois só se considerou o direito do pai (direito-dever) em reconhecer o filho excluindo da análise o direito do indivíduo em ser reconhecimento como filho e de buscar o reconhecimento do parentesco, mesmo que *post mortem*. Afinal, “é certo e incontroverso que, dentre as múltiplas relações de parentesco, a mais relevante, dada a proximidade do vínculo estabelecido e a sólida afetividade decorrente, é a filiação” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 570), e é por meio do reconhecimento da filiação que se estabelece a relação de parentesco, que torna possível o desenvolvimento e formação de um (novo) vínculo familiar.

Ao se analisar o art. 27 do ECA e o art. 1.606 do Código Civil, bem como jurisprudência relacionada ao tema, fica claro que, apesar da legislação em vigor prever expressamente reconhecimento judicial de filiação perante os herdeiros, o faz de uma forma tímida, restrita a hipóteses delimitadas, causando até mesmo confusões e má interpretação, quando comparadas com a relevância jurídica e moral do reconhecimento da relação de parentesco. É preciso, portanto, ir mais longe do que as hipóteses aventadas nos referidos dispositivos legais.

Neste contexto, se insere a questão em torno da legitimidade ativa *ad causam* dos netos para promover a investigação contra os seus avós, tema analisado no capítulo seguinte.

3. A Legitimação Processual dos Avós e a Ação de Investigação da Relação de Paternidade como um Direito Próprio do Neto.

A admissibilidade da legitimação dos avós paternos, para fins de reconhecimento de paternidade e vínculo familiar, começou a ser admitida ainda na vigência do Código Civil de 1916, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 269 (Registro nº 890008570-0), do Estado do Rio Grande do Sul, pela 3ª Turma, ocorrido em 3 de abril de 1990, com a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - AÇÃO DECLARATORIA - RELAÇÃO AVOENGA.

I - Conquanto sabido ser a investigação de paternidade do art. 363 do Código Civil ação personalíssima, admissível a ação declaratória para que diga o Judiciário existir ou não a relação material de parentesco com o suposto avô que, como testemunha, firmou na certidão de nascimento dos autores a declaração que fizera seu pai ser este, em verdade seu avô, caminho que lhes apontara o Supremo Tribunal Federal quando, excluídos do inventário, julgou o recurso que interpuseram.

II - Recurso conhecido e provido.

(DJ 07/05/1990. p.3829, Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 40 p. 231).

No ano de 2005, o tema voltou a ser discutido em mais de um julgamento, o primeiro no REsp 603.885-RS, cujo acórdão tem a seguinte ementa:

ACÇÃO DOS NETOS PARA IDENTIFICAR A RELAÇÃO AVOENGA. PRECEDENTE DA TERCEIRA TURMA.

1. Precedente da Terceira Turma reconheceu a possibilidade da ação declaratória para que diga o Judiciário existir ou não a relação material de parentesco com o suposto avô (REsp nº 269/RS, Relator o Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 7/5/90).
2. Recursos especiais conhecidos e providos. (DJ 11/04/2005, p. 291).

Em seguida veio o julgamento do REsp 604.154-RS, segundo o qual “é juridicamente possível o pedido dos netos formulado contra o avô, os herdeiros deste, visando o reconhecimento judicial da relação avoenga”. Ainda no mesmo ano ocorreu a decisão AR 336/RS-AÇÃO RESCISÓRIA, em que afirma ser “legítima a pretensão dos netos em obter, mediante ação declaratória, o reconhecimento de relação avoenga e petição de herança, se já então falecido seu pai, que em vida não vindicava a investigação sobre a sua origem paterna” e conclui pela inexistência de ofensa do art. 363, do então vigente Código Civil.

Também no mesmo ano (2005), ocorreu julgamento no REsp 326136-MG, pela 3ª turma, no qual a Ministra Nancy Andrighi foi relatora, do qual se extrai os seguintes trechos da ementa:

Processual civil e civil. Família. Viabilidade de reconhecimento da relação de parentesco por terceiro. Impossibilidade jurídica do pedido não caracterizada.

- Possibilidade jurídica do pedido é a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico.
 - A ausência de vedação à pretensão autoriza a propositura da ação, a fim de que se examine o mérito e se proclame a existência ou inexistência de determinado direito.
 - O STJ ampliou a possibilidade de reconhecimento de relação de parentesco, nos moldes da moderna concepção de direito de família.
 - A pretensão dos autores de, através da via declaratória, buscar estabelecer, com provas hábeis, a legitimidade e certeza da relação de parentesco não caracteriza hipótese de impossibilidade jurídica do pedido.
- Recurso especial conhecido e provido. (DJ 20/06/2005 p. 265).

Já no ano de 2010, no Recurso Especial nº 807.849-RJ (também sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi), o tema volta à discussão em importante julgamento pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no qual se reafirmou a legitimação dos avós para o reconhecimento da relação de parentesco. Segundo a ementa dessa decisão, “o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*”. Afirmou-se ainda:

- Os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear declaratória de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aquele, porque o direito ao nome, à identidade e à origem genética está intimamente ligado ao conceito de dignidade da pessoa humana.

- O direito à busca da ancestralidade é personalíssimo e, dessa forma, possui tutela jurídica integral e especial, nos moldes dos arts. 5º e 226, da CF/88.

- O art. 1.591 do CC/02, ao regular as relações de parentesco em linha reta, não estipula limitação, dada a sua infinitude, de modo que todas as pessoas oriundas de um tronco ancestral comum, sempre serão consideradas parentes entre si, por mais afastadas que estejam as gerações; dessa forma, uma vez declarada a existência de relação de parentesco na linha reta a partir do segundo grau, esta gerará todos os efeitos que o parentesco em primeiro grau (filiação) faria nascer (REsp. nº 807.849-RJ, DJe de 06/08/2010).

Igualmente relevante, pelos seus fundamentos, foi o julgamento da Apelação Cível nº 1.0024.09.744299-0/001, em que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais considerou que o “reconhecimento da busca à ancestralidade como um direito da personalidade, corolário da cláusula maior da dignidade da pessoa humana”, afirmando mais que:

- Em que pese à aparente limitação oferecida pelo Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.606, à propositura, pelos netos, de ação declaratória de relação de parentesco em face do avô, mesmo quando já falecido o seu genitor, a interpretação mais adequada e atenta ao fenômeno da constitucionalização do Direito Civil é no sentido de que a investigação da ancestralidade é direito da personalidade, decorrente da cláusula maior da dignidade da pessoa humana, não podendo seu exercício ser restrito apenas às relações de filiação, daí por que não se pode negar aos netos - não tendo o seu pai, em vida, vindicado a sua paternidade - o direito próprio e personalíssimo de pleitear o reconhecimento da relação avoenga, em face do avô (ou de seus herdeiros, quando já falecido). [...] no Direito brasileiro, não há limitação à configuração de relações de parentesco na linha reta, tenho que não se pode negar aos netos - não tendo o seu pai, em vida, vindicado a sua paternidade - o direito próprio e personalíssimo de pleitear o reconhecimento da relação avoenga, em face do avô (ou de seus herdeiros, quando já falecido). (Jurisp. Mineira, nº 195, 2010, p. 197/200).

No mesmo sentido do TJ-MG, o Superior Tribunal de Justiça, a despeito do que dispõe o art. 1.606 – no sentido de que os herdeiros do investigante podem continuar a demanda já instaurada – admitiu, em julgado inovador (no REsp 807.849-RJ), que netos podem investigar diretamente a relação com o avô (GAGLIANO; PAMPLONA, 2016, p 1359). Ou seja, o STJ conferiu uma interpretação ampliativa ao art. 1.606, para abarcar, também, outras hipóteses além daquelas previstas expressamente do referido dispositivo legal, o que comprova que eventuais omissões legais não podem impedir o reconhecimento da filiação e a relação

de parentesco, o que comprova e reforça a natureza jurídica e a importância, no plano social e individual, deste tipo de ação.

A possibilidade de o neto promover a investigação contra os seus avós, independentemente do filho estar falecido ou não, recebeu os aplausos da doutrina, conforme se extrai da seguinte passagem da obra de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal:

Desse modo, o neto que propõe demanda investigatória contra o seu avô ou avó está perseguindo direito próprio, reclamando a sua própria dignidade e o seu direito à entidade e estrutura familiar. O neto tem direito ao sobrenome, à árvore genealógica etc. Enfim, trata-se de simples exercício de um direito da personalidade de ter uma completa estrutura familiar. Não fosse só isso, mister afirmar seu interesse também econômico, vez que passará a ser possível cobrar alimentos do avô, pleitear herança, alimentos etc. [...] Para além desses argumentos, destaque-se que o fundamento central da admissibilidade da ação de investigação avoenga está centrado em um direito da personalidade. Trata-se do direito fundamental de cada pessoa humana de ter conhecimento de sua árvore genealógica. Bem por isso, não se pode limitar a possibilidade de propositura da investigação avoenga somente para a hipótese do pai já estar falecido. Mesmo que o pai esteja vivo e opte por não ajuizar uma ação investigatória de paternidade, o neto poderá, em nome próprio, aforar a ação de investigação avoenga para assegurar o seu direito (próprio) de ter uma relação familiar com o seu avô, apesar da inércia do pai (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 664-665).

Como visto, em torno da legitimação e do interesse processual, inequívoco que a ação de investigação de ancestralidade, proposta pelos netos em face dos avós, não importa em pleitear direito alheio (do pai), mas interesses próprios, personalíssimos, indisponíveis, encontrando amparo legal no art. 19, I, do Código de Processo Civil. Declarada a existência da relação de parentesco avoenga proposta pelos netos (e não investigatória de paternidade), por via transversa, ter-se-iam reconhecidos direitos juridicamente protegidos, tanto personalíssimos, como alimentos, visita e guarda, quanto patrimoniais, como direito à herança (CARVALHO, 2017).

A possibilidade do reconhecimento pelos herdeiros do suposto pai decorre de previsão legal contida no art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual se afirma que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição [...]”. Sob a ótica da criança e do adolescente o reconhecimento da filiação é um direito fundamental e em relação ao qual incidem princípios como o da proteção integral, da prioridade absoluta e da condição peculiar como pessoas em desenvolvimento (art. 6º).

Em complemento, o art. 25, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que se entende por família extensa ou ampliada aquela que vai além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. Por isso, é necessário conferir efetividade a esse conjunto de normas e princípios, especialmente naquilo o que é mais essencial, como o direito do reconhecimento à filiação, por meio de mecanismos que sejam céleres e eficazes.

Sendo assim, se é possível a propositura de ação de investigação de parentesco do neto contra os avós, demonstrada por longa evolução jurisprudencial e por disposição em norma, não há razão para não se admitir que esse reconhecimento possa ocorrer de forma espontânea pelos avós, principalmente em procedimento autocompositivo. Esse reconhecimento se dará com maior tranquilidade quando o suposto genitor falecido não deixa descendente reconhecido (quanto os ascendentes assumem a condição de únicos sucessores do morto), caso em que o exame de código genético poderá ser por eles dispensado.

4. O Pré-Processo como meio de solução prático e seguro para o Reconhecimento da Ascendência Paterna *Post Mortem*.

O Código de Processo Civil de 2015, no capítulo que se relaciona às suas Normas Fundamentais, atribui ao Estado o encargo de promover a solução pacífica das lides (art. 3º, § 2º), conforme destaca Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 76-77):

Ao mesmo tempo em que o legislador assegura o acesso irrestrito à justiça, preconiza também as virtudes da solução consensual dos conflitos, atribuindo ao Estado o encargo de promover essa prática pacificadora, sempre que possível (NCPC, art. 3º, § 2º). Nessa linha de política pública, recomenda que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (NCPC, art. 3º, § 3º). [...] O novo Código não se limita a estimular a solução consensual dos conflitos. Vai além e prevê a criação, pelos tribunais, de “centros judiciários de solução consensual de conflitos”, os quais serão responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, assim como pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 165). [...] Com isso, o estímulo à solução consensual dos conflitos deixa de ser mera previsão legal, tornando-se norma a ser, efetivamente, cumprida pelos responsáveis pelos agentes da atividade jurisdicional.

O procedimento autocompositivo pré-processual já referido em norma infralegal – a Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça – acabou sendo adotado pela Lei de Mediação, que determina que os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos são responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação processuais e pré-processuais (art. 24).

Essa modalidade de tratamento consensual de questões potencialmente judicializáveis proporciona solução eficaz, com tempo e custo menores. Por meio do tratamento pré-processual é possível que os interessados encontrem uma solução para determinada questão, sem ter que recorrer a um procedimento litigioso. O objetivo desse procedimento é exatamente o de evitar a judicialização de questões que podem ser resolvidas extraprocessualmente. Por isso, o Fórum Nacional de Mediação e Conciliação (Fonamec), em um de seus enunciados, afirma que sempre que possível, deverá ser buscado o tratamento pré-processual do conflito, evitando-se a judicialização.

Assim, podemos concluir que o pré-processo é a aplicação dos métodos autocompositivos em unidade do Poder Judiciário, como forma de se obter a solução consensual do que poderia se transformar em procedimento litigioso.

Nessa linha, não há dúvida que, para a solução das questões de família, onde a interferência do Estado deve ser mínima, a autocomposição adquire especial importância. O objeto da mediação e da conciliação no atual momento tem conceito largo e não mais se restringe a ideia do direito disponível, mas sim de direito transigível, tema sobre o qual ensina Fernanda Tartuce:

Também em ações de estado (como divórcio) e nas causas relativas a interesses de incapazes (como guarda de filhos) é possível que as partes se conscientizem sobre direitos e obrigações recíprocas e celebrem acordos válidos. Exemplo disso é que o pai pode reconhecer voluntariamente o vínculo de filiação em ato de autocomposição unilateral. Percebe-se, assim, que no Direito de Família é possível conceber a autocomposição, seja ela unilateral por reconhecimento jurídico do pedido ou renúncia (em certos casos), seja por autocomposição bilateral por força da realização de acordos (TARTUCE, 2016, p. 30).

Nos casos de reconhecimento filiação pelos avós, havendo descendente menor de idade, existe a necessidade da aceitação desse reconhecimento por parte da genitora, na condição de representante do filho. No entanto, no momento seguinte ao reconhecimento, o método autocompositivo se revela mais adequado para o tratamento das questões decorrentes do parentesco, como as relativas a alimentos e à regulamentação da conveniência entre avós e netos.

Além disso, as audiências pré-processuais proporcionam um melhor acolhimento a essas famílias que experimentam o sofrimento decorrente da perda inesperada de um de seus membros.

Vale salientar que o laudo do exame de DNA proporciona uma certeza maior que a própria declaração do suposto pai efetuada perante o oficial do registro civil, declaração essa aceita como verdadeira e em relação à qual a lei confere caráter de irrevogabilidade (art. 1.609 do Código Civil). A jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal já atestou os benefícios relacionados à segurança e rapidez do exame de DNA:

A popularização do exame de DNA permitiu o alcance de resultados seguros e rápidos sobre vínculos biológicos para fins de ações de investigação e negatórias de paternidade, tornando despiciendo, na maioria dos casos, o recurso a presunções para a definição da filiação (Ministro Luiz Fux, relator do Recurso Extraordinário nº 898.060, divulgado no Diário da Justiça de 23/08/2017).

Como se percebe, o pré-processo não se resume à realização de sessão de mediação. Isso somente ocorre na mediação processual, em que o mediador pode se reunir com as partes e encontrar uma solução que passa a constar em um termo de audiência que é inserido nos autos do procedimento judicial em curso.

Na mediação pré-processual não há um processo ajuizado. Se a transação necessitar da sentença homologatória para a produção dos seus efeitos, haverá a necessidade de instrumentalização de um processo. Quando a transação envolve direitos indisponíveis transigíveis, a Lei de Mediação, no § 2º, do seu art. 2º, exige a oitiva do Ministério Público antes do encaminha-mento do feito ao Juiz.

Por isso, não basta que o conflito se resolva no campo da autonomia da vontade traduzido em um instrumento de transação. É necessário que outros elementos sejam reunidos a esse instrumento e tudo isso se transforme em um procedimento que possa ser exaurido em sede de jurisdição voluntária.

Por ocorrer fora do processo, não existe, por óbvio, norma no Código de Processo Civil que possa vir a esclarecer o que vem a ser o pré-processo, embora isso possa ser estabelecido em norma extravagante. O que o CPC pode fazer é estabelecer as regras que viabilizem a validação de atos produzidos previamente ao processo. Um caso exemplar é o do divórcio consensual, de índole pré-processual, em relação ao qual o art. 731 do CPC estabelece o que ele deve conter, para que possa ser validado em Juízo.

Na maioria dos casos, será necessário que se estabeleçam condutas, como a realização de cadastro, designação de data para a realização do primeiro encontro com as partes e expedição de convites. Quando o tema for reconhecimento de filiação *post mortem*, no primeiro encontro será possível se obter o compromisso para a realização do exame de DNA.

Em um segundo momento, ao se receber o laudo, designa-se uma sessão de mediação para a realização da sua abertura. Esse exame pode resultar no arquivamento dos autos (caso negativo) ou na lavratura de um termo de reconhecimento da relação de parentesco, havendo resultado que comprove a relação do parentesco e o consenso das partes.

Somente depois de concluído o procedimento autocompositivo é que se inicia o procedimento de jurisdição voluntária, regulado no art. 719 do Código de Processo Civil, no qual se abre a oportunidade para a intervenção do Ministério Público, nos termos do dispositivo anteriormente mencionado da Lei de Mediação e do art. 698 do CPC, que afirma que o Ministério Público intervirá no processo quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação do acordo.

Vale salientar que a jurisdição voluntária também é palco para a aplicação do direito ao caso concreto por intermédio da atuação do terceiro imparcial, o Estado Juiz (CASTRO, 2019, p. 298). Embora o mais comum nessa jurisdição seja o deferimento do pedido de homologação, é cabível o recurso de apelação em face da sentença que nega ou defere esse pedido (art. 724, do CPC).

Por tudo isso, a autocomposição pré-processual que resulta no procedimento de jurisdição voluntária é adequada para os casos de reconhecimento da filiação, de modo que a jurisdição litigiosa não deve ser a em única via para a sua solução. Ao contrário, o negócio jurídico realizado nos termos do direito material e que é internalizado no processo produz o efeito de retirar algumas matérias da jurisdição litigiosa, porque a Constituição Federal estabelece como direito fundamental o ato jurídico perfeito, ou seja, uma força normativa no mesmo patamar jurídico da coisa julgada material (CASTRO, 2019, p. 25).

5. Considerações Finais

Uma questão recorrente é a em que o investigado deixa descendente reconhecido, filho de outra mãe. Essa genitora, na condição de representante do irmão do investigante, não anui com o reconhecimento deste. Normalmente, questões de cunho emocional ou material interferem na falta de interesse dessa mãe admitir a existência de irmão do seu filho, proveniente de outra relação amorosa do mesmo pai. Há, neste caso, colisão de interesses no âmbito familiar. Sobre o tema, vale destacar a lição de Dimas Messias de Carvalho:

Ocorrendo o aparente conflito de interesses entre o núcleo familiar e os interesses pessoais de seus membros ou aparentemente entre dois direitos fundamentais, tornando-se inconciliáveis e incompatíveis, devem prevalecer os interesses da personalidade, em face do princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção da família na pessoa de cada um de seus membros (art. 226, § 8º, da CF). Não existe, portanto, por exemplo, conflito de direitos fundamentais entre o interesse personalíssimo do filho em buscar sua paternidade jurídica, biológica ou socioafetiva, com todos os efeitos resultantes, como nome, alimentos e sucessórios, e à proteção à entidade familiar ou a liberdade do pai em não querer reconhecer o vínculo. O direito ao reconhecimento do estado de filiação é personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido livremente contra os pais ou seus herdeiros, aplicando-se, de forma direta e imediata, os direitos fundamentais da eficácia horizontal na tutela dos direitos personalíssimos. (CARVALHO, 2017, p. 82-83).

Muitas vezes, em casos como esse, somente os avós paternos são capazes de esclarecer a ascendência do neto não reconhecido, porque eles se mantêm equidistantes em relação aos conflitos de interesses entre os netos, por estabelecer com ambos a mesma relação de afeto que procuram preservar. Além disso, esses avós reúnem as informações genéticas suficientes para efetuar a prova do parentesco, por meio da cessão voluntária de material para exame de DNA.

Portanto, o que se observa nesses casos é a existência do interesse de menor valor jurídico – como a divisão do valor de benefício social – exercido pelo filho reconhecido, que se transforma em obstáculo (restrição) ao direito de reconhecimento de filiação do irmão. Surge aqui o dilema jurídico em relação ao reconhecimento dessa ascendência, sem o consentimento do suposto irmão, ao sermos confrontados com uma prova cabal da relação de parentesco viabilizada pelos avós paternos, por se tratar de fato jurídico ao qual a lei atribui efeito independente da intervenção humana.

Evidente que, nesse caso, a determinação do imediato registro pode ser uma decisão controvertida, mas certamente é que tende a favorecer o interesse constitucionalmente tutelado, que é o da criança buscar, sem restrição, o reconhecimento da paternidade jurídica biológica.

Ao se obter a prova da relação de parentesco entre o investigante e os avós paternos, tem-se consequentemente por incontroversa a existência da relação de parentesco entre o investigante com o pai falecido. Chega-se, por meio de conduta plenamente lícita, em procedimento previsto em norma, a almejada realidade dos fatos à igualdade estabelecida no § 6º do art. 227, da Constituição Federal, segundo o qual “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Um dado da realidade atual é que muitos dos pais de crianças não reconhecidas são jovens e foram vítimas de morte violenta. Informações levantadas pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Conflitos do Poder Judiciário do Estado da Bahia no ano de 2016 estão resumidas na tabela a seguir, divulgada na página do Tribunal de Justiça na internet², na qual se informa que dos 50 casos cadastrados no sistema processual naquele ano, “74% se referem a pessoas falecidas antes de completar até 30 anos de idade, quase todas, vítimas de homicídio cometido com arma de fogo”.

² https://drive.google.com/file/d/18g-ZCJkh6IV24EAPSMFnEVsJ5fpGxtw/view?usp=drive_open

Faixa Etária	Circunstância do Óbito		Número de filhos
	Violento	Natural	
Até 20 anos	8	0	8
Entre 21 e 25 anos	12	0	12
Entre 26 e 30 anos	171	0	18
Entre 31 e 40 anos	6	3	11
Acima de 40 anos	0	4	11
Soma	43	7	60

1 caso de acidente de trânsito e 2 casos de morte violenta sem especificação do fato

Sobre as crianças que experimentaram a tragédia da perda do pai recai um segundo problema: A dificuldade de ter reconhecida a sua ascendência paterna, questão tradicionalmente resolvida por meio do ajuizamento exitoso da ação de investigação de paternidade, mas na maioria dos casos com um tempo incompatível com o desenvolvimento da criança.

Muitas vezes, os avós paternos, que acompanharam de perto todos os fatos relacionados ao filho, tentam realizar o reconhecimento da relação de parentesco com o neto, mas encontram dificuldades em face da inexistência de previsão normativa que viabilize de forma mais simples esse intento.

Esses avós carregam em seus genes as informações necessárias ao estabelecimento da certeza da ascendência paterna do seu descendente em segundo grau. Eles têm interesse em reconhecer a relação de parentesco, sendo movidos pelo afeto em relação ao neto, pelo sentimento de justiça em proporcionar a este o nome do seu genitor, assim como os deles próprios, pela necessidade de atenuação do sentimento da perda do filho e ainda para assegurar o direito de convivência com o neto, ameaçado pela ausência do filho falecido. Esses avós, alguns também de certo modo jovens, sabem que o estabelecimento formal do parentesco é a forma de evitar o distanciamento do neto ao longo dos anos e de preservar os laços de família.

A partir da entrada em vigor Lei nº 13.140/2015, que proporciona o tratamento pré-processual das questões mediáveis nos Centros Judiciários criados pelos tribunais, abre-se a uma possibilidade para a solução consensual de vários temas, inclusive o aqui abordado.

Sendo viável a propositura de ação investigação de parentesco do neto em relação aos avós, como demonstrado pelo extenso histórico jurisprudencial, não há razão para não se admitir o reconhecimento espontâneo efetuado pelos avós em procedimento autocompositivo pré-processual.

O tratamento por meio da conciliação ou mediação pré-processual atende adequadamente os casos de reconhecimento de relação de parentesco, porque os encontros realizados, além de sigilosos, conferem melhor abordagem do tema, inclusive quando o laudo do exame conclui pela negativa do parentesco, o que proporciona frustração e sofrimento.

O esclarecimento da ascendência paterna *post mortem* no Cejusc tem sido eficaz e seguro, porque reúne elementos de convicção, como o exame de DNA, documentos que demonstram os vínculos de parentalidade, além do consenso que decorre manifestação da vontade por meio do termo de reconhecimento (transação decorrente do procedimento da mediação), sendo tudo isso internalizado em procedimento de jurisdição voluntária que se submete à intervenção do Ministério Público e a homologação pelo Juiz de Direito e em relação ao qual não se exige a observância critério de legalidade estrita (art. 723, parágrafo único, do CPC).

A averiguação oficiosa prevista na Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, também pode resultar em procedimento de jurisdição voluntária, possibilitando o esclarecimento dos casos de supostos pais falecidos. Essa via vem proporcionado ao Ministério Público o adequado encaminhamento dos casos de filhos não reconhecidos, por meio da escuta dos parentes, realização de exame de DNA, tomada de declarações convergentes e posterior pedido de homologação judicial, com dispensa do procedimento litigioso.

A inexistência de herança, por afastar o conflito de interesses do ponto de vista material, facilita o reconhecimento, mas a existência de regramento específico contribuiria para o melhor encaminhamento desses casos.

A legitimação passiva tão somente ao herdeiro desvia o foco do problema para o Direito Sucessório e limita o problema à questão patrimonial, que fomenta a litigiosidade. Quando esse sucessor hereditário é o suposto irmão, o outro irmão que não foi reconhecido passa a atuar em situação de desigualdade. Mesmo quando não há patrimônio em jogo, questões de ordem emocional (inclusive na genitora e representante do filho reconhecido) dificultam o reconhecimento e o princípio da igualdade entre irmãos deixa de incidir plenamente.

Sem dúvida, a questão deve ser também vista sob o ângulo do Direito de Família, que envolve os laços de parentesco e de afeto, abrange o conceito de família extensa, a necessidade da convivência regular entre neto e avós e até mesmo tios paternos. Sendo todos parentes consanguíneos e sucessíveis do suposto pai falecido, carregam consigo as informações genéticas suficientes para a sua demonstração. Por isso, a legitimação passiva estabelecida no art. 27 do ECA deve abarcar qualquer desses parentes próximos, porque o referido dispositivo induz a elasticidade da sua interpretação ao dizer que o direito ao reconhecimento da filiação deve ser exercitado sem qualquer restrição, podendo ser entendido como um direito *erga omnes* que possui tutela jurídica integral, nos moldes dos arts. 5º e 226, da CF/88. como declarou o acórdão proferido no REsp. nº 807.849-RJ.

A via do procedimento de jurisdição litigiosa só é necessária quando existe uma pretensão resistida, de maneira que não é razoável forçar um indivíduo a demandar contra outro se entre eles não existe uma lide (como ocorreu no 832330/PR), sobretudo em um Estado que, no preâmbulo da sua Constituição, se diz comprometido com a solução pacífica das controvérsias. O Direito sempre caminhou no sentido contrário, fenômeno esse que foi fortalecido com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que privilegia a solução consensual, inclusive nos centros judiciários (art. 165).

Infelizmente, a violência vem proporcionando a existência de crianças órfãs de pai, que, algumas vezes, sequer tem a oportunidade de efetuar o registro do filho, em virtude do óbito precoce. O tratamento extraprocessual do reconhecimento da relação de parentesco, mas que resulte em ato processualizado, que não se confunde com ato meramente administrativo, facilita o reconhecimento da ascendência paterna, com os benefícios da celeridade, particularmente necessária no caso.

Sem dúvida, a existência de norma sobre o tema proporcionaria maior segurança e efetividade ao § 3º, do art. 3º, do Código de Processo Civil, e, sobretudo ao art. 227, caput, e § 6º, da Constituição Federal, e ao sobreprincípio da dignidade da pessoa humana consagrado no seu artigo 1º, III, e ao art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com o vigor e a ênfase que os legisladores constitucional e ordinário emprestaram aos seus textos.

Entretanto, enquanto não houver a regulamentação legal sobre o tema, a manutenção, desenvolvimento e aperfeiçoamento do reconhecimento de parentesco avoenga nos Centros Judiciários Pré-processuais é providência que se impõe, com fulcro na jurisprudência consolidada ao longo dos anos, somada com os resultados sociais práticos desse tipo de ação, con-

forme comprovado pelos dados disponibilizados pelo próprio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Referências

CARVALHO, Dimas Messias de. Direito das Famílias. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIAS, Maria Berenice. Filhos do Afeto. 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CASTRO, Cassio Benvenutti de. Ação Anulatória – Art. 966, § 4º, CPC, Salvador, Editora JusPodium, 2019.

CHAVES, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil, 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIAS, Maria Berenice. Manual do Direito das Famílias. 12ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2017.

ISHIDA, Valter Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente. 11ª edição, São Paulo, Atlas, 2010.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Método, 2016.

THEODORO JR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Vol. I (pp. 76-77). Editora Forense.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28898060%2E+OU+898060%2EA-CMS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/h2zju8d>. Acesso em: 02 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=603885&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 23 jun 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=604154&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 23 jun 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 23 jun 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurispru>

dencia/doc.jsp. Acesso em: 23 jun 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Disponível em: http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/index.php?option=com_content&view=article&id=5&Itemid=7 e em <https://drive.google.com/file/d/18g-ZCJkh6IV24EAPSMFnEVsJS5fpGxtw/view> (Relatório de Atividades 2016). Acesso em: 23 jun 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em <http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/2364/1/0195-TJ-JC-062.pdf>. Acesso em 04 set. 2017.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROBLEMA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO DIREITO COMPARADO

MARCO ANTONIO CHAVES DA SILVA¹

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar a violência doméstica através de estudo de caso em cotejo ao tratamento jurídico conferido pelas legislações estrangeiras abordadas.

Palavras-chave: Violência doméstica. Lei Maria da Penha. Estudo de caso. Direito comparado.

Sumário: Introdução. 1. Dados estatísticos da OMS. 2. A tratativa no direito internacional; 3. O surgimento da Lei Maria da Penha; 4. O feminicídio no direito comparado. 5. Estudo de caso da violência doméstica em legislações comparadas. Conclusão.

Introdução

O tema proposto nesta abordagem está inserido no contexto de uma análise do fenômeno da criminalização da violência doméstica, pois apesar de considerarmos a sua atualidade no direito penal contemporâneo, trata-se de um movimento expansionista, contraditório àquela linha nuclear de uma moderna compreensão da *ultima ratio essendi*, assim como ao contínuo e necessário distanciamento da norma penal dos aspectos rígidos da moral.

Além disso, no Estado democrático de direito, que prepondera no mundo atualmente, o princípio da intervenção mínima, vem caracterizando a relação do Estado com os cidadãos.

Considerando como uma premissa num estudo em direito comparado, lúcida é a advertência de Ivo Dantas², ao dizer que deve ser avaliado o caráter científico do próprio estudo do direito, como um todo, seja pela flexibilidade terminológica empregada pelos juristas na defesa de suas teses ou pela ausência de uma indispensável neutralidade axiológica na elaboração de seus argumentos, pois é frequente uma perspectiva de análise sobre o “ser” ao invés de uma visão normativa de “dever ser”.

Assim, pretendendo desenvolver uma visão com base em dados estatísticos e mais objetiva nesta pesquisa, serão observadas as similitudes e diferenças entre os sistemas jurídicos avaliados, com as ponderações do índice de desenvolvimento humano - IDH, para a compreensão do contexto em que se inserem para cada um dos modelos estudados, em aplicação da norma penal a um caso prático.

1 . Mestre em Direito, Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Professor da Universidade Católica de Salvador, Ex-Corregedor-Geral do MP/BA, Procurador de Justiça MP/Ba

2 . DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pg. 3.

Outrossim, será observada também nessa comparação, conceituações consagradas pela doutrina como delito, pena e de violência doméstica (aquela que ocorre em casa, no ambiente doméstico, ou em uma relação de familiaridade, afetividade ou coabitação). Nesta análise, apesar da prática delituosa ocorrer onde se imagina, via de regra, estarem todos os que ali residem, protegidos contra violação aos seus direitos fundamentais e, por isso, não necessitarem, em tese, da intervenção estatal, a prática de uma conduta humana, típica e antijurídica é deveras reprovável, pois os seus responsáveis agiram conscientemente, quando lhes era exigível um comportamento diverso não apenas pela necessidade de obediência ao direito, como pela relação de confiança em que se pautava a relação doméstica.

Destaca-se, ainda que, diferentemente, de um estudo histórico do direito, onde prepondera uma visão da continuidade ou descontinuidade de normas, dependendo da comparação de textos, nem sempre preservados, pelas naturais dificuldades de localização, principalmente quando se aborda períodos longevos, como aqueles denominados por John Gilissen³ de povos sem escrita, nesta comparação, a utilização da internet, nos possibilita uma gama mais ampla de elementos na pesquisa, ressaltando que esta premissa funda-se na confiança em dados apresentados pela Organização das Nações Unidas - ONU.

Nesse prisma, demonstrando a atualidade do presente tema, observa-se no relatório publicado pela Organização Mundial de Saúde, OMS, intitulado; Mulheres e Saúde⁴ que:

a) A violência contra as mulheres é uma experiência generalizada em todo o mundo e com sérias implicações para a saúde pública.

b) A violência contra as mulheres pode levar diretamente a traumatismos sérios, incapacidades e óbitos, e indiretamente a uma variedade de problemas de saúde como mudanças fisiológicas induzidas pelo estresse, uso de substâncias ou falta de controle sobre a fertilidade e autonomia pessoal como observado frequentemente em relacionamentos abusivos.

c) As mulheres que sofreram abusos têm altas taxas de gravidez não desejada, de abortos, desfechos neonatais e infantis adversos, infecções sexualmente transmissíveis (incluindo o HIV) e transtornos mentais (como depressão, transtornos de ansiedade, do sono e alimentares).

d) Grande parte da violência contra as mulheres é perpetrada por parceiros íntimos masculinos, no estudo da Organização Mundial de Saúde (OMS) em 11 países evidenciou-se que entre 15% e 71% de mulheres, dependendo do País, sofreram violência física ou sexual por parte do marido ou parceiro e que entre 4% e 54% a vivenciaram no último ano.

e) Esta violência pelo parceiro também pode ser fatal, conforme estudos da Austrália, Canadá, Israel, África do Sul e Estados Unidos, que mostram que 40% a 70% dos homicídios femininos foram cometidos pelos parceiros íntimos.

f) A violência sexual pelos parceiros, conhecidos ou estranhos, afeta principalmente mulheres e meninas.

³ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de A.M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p. 23.

⁴ Publicado também em inglês com o título: *Women and health: today's evidence tomorrow's agenda* © Organização Mundial da Saúde 2009 ISBN 978 92 4 156385 7 Catalogação na fonte da Biblioteca da OM

g) Em situações de conflito ou pós-conflitos, a violência sexual é cada vez mais utilizada como tática de guerra.

h) Outras formas de violência contra as mulheres incluem assédio sexual e abuso por figuras de autoridade (como professores, policiais ou empregadores), tráfico para trabalho ou sexo forçado, bem como práticas tradicionais como casamentos forçados ou de crianças e violência relacionada ao dote.

i) A violência contra as mulheres é, com frequência, relacionada ao gênero e, na sua forma mais extrema, pode levar à morte violenta ou infanticídio feminino.

j) Apesar da amplitude do problema, muitas mulheres não relatam suas experiências e não buscam ajuda e, em consequência, a violência contra as mulheres se mantém como um problema oculto com custos humanos e de atenção em saúde elevados.

1. Os dados estatísticos da OMS

No estudo em que a Organização Mundial da Saúde – OMS – realizou uma avaliação sobre a saúde da mulher e a violência doméstica considerando as vítimas com idades entre 15 e 49 anos, em cerca de 10 países em desenvolvimento, foi constatado que:

- entre 15% das mulheres no Japão e 70% das mulheres na Etiópia e no Peru relataram violência física e /ou sexual por um parceiro íntimo;

- entre 0,3% e 11,5% das mulheres relataram ter sofrido violência sexual por um homem que não o parceiro;

- a primeira experiência sexual para muitas mulheres foi relatada como forçada – 24% na zona rural do Peru, 28% na Tanzânia, 30% na área rural de Bangladesh e 40% na África do Sul.

- 10% e 52% das mulheres foram agredidas fisicamente pelo parceiro em algum momento de sua vida;

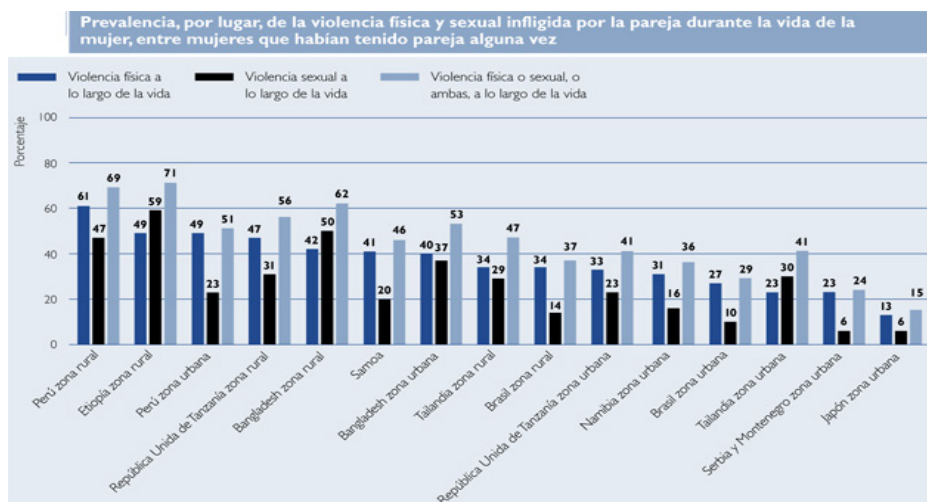
- entre 10% e 30% havia sido também vítima de violência sexual por parte do parceiro íntimo;

- entre 10% e 27% das mulheres relataram ter sido abusadas sexualmente, como crianças ou adultas;

- 42% das mulheres com idades entre 13 a 23 anos na África do Sul relataram ser vítima de violência física no namoro.

Gráfico de estudo de vários países realizado pela OMS⁵ (2002)

⁵ www.compromissoeatitude.org.br, acesso em 10 out 2016, as 11h



Fonte: <http://www.compromissoeatitude.org.br/alguns-numeros-sobre-aviolencia-contra-as-mulheres-no-mundo/>

2. A tratativa no direito internacional

Foram celebrados diversos acordos internacionais destinados ao combate à violência doméstica contra a mulher, a exemplo de:

- Ratificação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – Cedaw (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*), em 1984 com reservas e plenamente ratificado em 1994 – principal documento internacional de proteção aos direitos da mulher;

- Ratificação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, em 1995;

- Ratificação do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), em 2002.

O impacto sobre as crianças que crescem em meio a uma família em que, ao menos, uma mulher é vítima de violência doméstica é evidente e extremamente nocivo à formação psicológica e comportamental do infante, não sendo raros os casos de distúrbios comportamentais e emocionais frequentemente associados a episódios de agressividade e violência desde a primeira infância.

Aponta a Organização Mundial de Saúde (OMS) que a violência doméstica também pode ser associada às elevadas taxas de mortalidade infantil e outras mazelas como desnutrição, subnutrição, deficiência no desenvolvimento cognitivo, etc.

Não se olvide, ademais, dos custos sociais e econômicos da violência contra as mulheres, que podem sofrer danos físicos e/ou psicológicos capazes de ocasionar incapacidades laborais totais ou parciais, dentre outras moléstias.

Ao ratificar tais documentos o Brasil assumiu um compromisso internacional de adoção de medidas efetivas ao combate à violência contra a mulher, bem como eliminar as práticas de discriminação de gênero, das quais as mulheres são vítimas.

3. O surgimento da lei brasileira nº 11.340/06

A edição da Lei nº 11.340 no ano de 2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, teve origem em um crime ocorrido em 1983 quando a vítima biofarmacêutica pós-graduada, Maria da Penha Fernandes sofreu uma tentativa de homicídio praticada pelo seu então marido, o professor universitário Marco Antônio Herredia Viveiros.

Segundo consta no referido processo judicial, a vítima foi atingida por um tiro nas costas, cuja consequência física principal foi a sua paraplegia, tendo o agressor, em uma outra situação, tentado eletrocutá-la durante um banho de banheira.

O réu chegou a ser condenado por 2 vezes, nos anos de 1991 e em 1996, e, conquanto houvesse contra si uma sentença penal condenatória exarada pelo Tribunal do Júri, conseguiu permanecer mais de 15 anos em liberdade, prorrogando a execução da sentença através de diversos recursos judiciais às condenações.

A vítima, contudo, não permitiu que a morosidade do judiciário brasileiro impedisse a concretização da justiça e apresentou o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, através do Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM).

Apenas decorridos cerca de 18 anos dos fatos, a Organização dos Estados Americanos (OEA), no ano de 2001, responsabilizou o Brasil pela omissão e negligência no tratamento nos casos de violência doméstica, tendo utilizado como paradigma o caso de Maria da Penha. A OEA, então, recomendou ao País a tomada de medidas que viabilizassem a criação de políticas públicas destinadas a inibir as agressões no âmbito doméstico em desfavor das mulheres.

O autor foi finalmente preso no ano de 2003, tendo sido reabertas as discussões e apresentados projetos de lei que culminaram com a elaboração da Lei nº 11.340 – Lei Maria da Penha – cuja promulgação ocorreu no ano de 2006, enquanto outros 16 países da América Latina já possuíam legislação de combate à violência doméstica.

4. O feminicídio e o seu tratamento no Direito Comparado

A Lei nº 13.104/2015 introduziu no Brasil o feminicídio como uma das qualificadoras do crime de homicídio, significou mais uma conquista da mulher dentre a proteção legislativa de sua condição e gênero, aliando-se aos demais instrumentos legais nacionais e supranacionais adrede citados.

A despeito de a violência contra a mulher ser um problema social que demanda, para sua redução e solução a criação de programas de amparo a vítimas e uma reestruturação social que permita o afastamento da subjugação das pessoas de sexo de feminino, as inovações legislativas vêm se mostrando eficazes no sentido de estabelecer de forma rigorosa as punições para as práticas de diversos tipos de violência.

Consoante as próprias palavras do legislador, feminicídio pode ser definido como o ato de matar uma mulher por razões da condição de sexo feminino, quando o crime envolver violência doméstica e familiar ou motivado pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

A condição de sexo feminino é determinante no crime de feminicídio, sendo necessário que a violência tenha origem e se fundamente nessa condição de gênero e que se desenvolva em meio ao ambiente doméstico ou revele menosprezo à condição de mulher da vítima, não importando se há ou qual é o grau de parentesco com o autor.

Na América Latina ⁶ existem cerca de 16 países que punem o feminicídio, dentre os quais se inclui o Brasil, última das nações aqui citadas a promulgar lei específica sobre o assunto.

5. Estudo de caso envolvendo violência doméstica à luz de legislações protetivas Brasil, Israel, Espanha e Angola;

A hipótese de trabalho aqui apresentada foi colhida no site oficial da Associação Portuguesa de Mulheres Juristas – APMJ⁷ – e relata, em breves palavras, a história de um casal que, aparentemente, passou a apresentar problemas no relacionamento, a partir dos quais seguiram-se fatos caracterizadores de violência doméstica e familiar contra a mulher.

O objetivo do estudo foi revelar como a mesma situação seria tratada sob a ótica da legislação de diferentes nações, para que se conheça como alguns países tratam juridicamente os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Acrescida a este trabalho da APMJ, foram levantados os índices de desenvolvimento humano – IDH dos países avaliados, para que na comparação deste indicativo, em que se leva em conta uma vida longa e saudável (saúde), com a expectativa de vida ao nascer, o acesso ao conhecimento (educação) e a média de anos de estudo (adultos) e anos esperados de escolaridade (crianças) e, ainda um padrão de vida decente (renda), medido pela Renda Nacional Bruta (RNB) com base na Paridade de Poder de Compra (PPC) por habitante, possa ser observado o tratamento da questão, envolvendo países bem colocados com outros em situação muito ruim.

Nesse propósito, serão destacados os principais trechos do estudo divulgado no sítio eletrônico supra referido:

“Luísa e João, uma hipótese de trabalho.

Luísa e João começaram a viver juntos pouco após se terem encontrado, em férias, no Verão de 2007. Juntos, compraram o apartamento para onde foram viver.

Luísa era divorciada e Luís, seu filho, nascido em 1997, vivia com ela. Luísa era médica cardiologista e, com três colegas, era proprietária de uma clínica médica.

João nunca tinha sido casado. Era professor de Direito numa Universidade privada. Queria começar a preparar o seu doutoramento.

Muitas vezes João enviava SMSs para Luísa, perguntando-lhe onde estava e a que horas se poderiam encontrar, ou a que hora ia chegar a casa. Luísa achava engraçada esta atitude de João, e dizia-se a si própria ‘ele é muito atento, não consegue passar sem mim!’.

No final de 2008, não foi renovado o contrato de trabalho de João na Universidade. Então, ele decidiu ficar em casa para trabalhar na sua tese de doutoramento. Ao fim de alguns meses, João começou a dizer a Luísa,

quando ela chegava a casa, que ele não achava normal que ela chegasse a casa sempre tão tarde, e em mais do que uma ocasião, ele acrescentou: ‘tu tens lá alguém, na tua clínica, com quem te divertes’. Estas observações de João foram feitas, quase sempre, na presença de Luís.

Luísa atribuía a mudança de comportamento de João ao despedimento da Universidade e ao stress de preparação de tese de doutoramento.

Numa ocasião em que foram convidados para jantar em casa de uns amigos comuns, e enquanto Luísa se maquilhava, João disse: ‘Não sei para quem é que te estás a maquilhar... os teus amigos da clínica não vão lá estar!’. Nessa noite, e na presença dos amigos, João virou-se para Luísa e disse-lhe: ‘Cala-te! ... estás sempre a falar e só dizes disparates! És insuportável!’

No dia seguinte, João dirigiu-se à clínica de Luísa e dos seus colegas, e, abrindo a porta sem antes ter pedido autorização, entrou no gabinete de Luísa gritando: ‘Quero ver o homem com quem te divertes!’

Surpreendida e confundida com a atitude de João, Luísa ordenou-lhe que saísse imediatamente do seu gabinete. Em resposta, João gritou: ‘Putá, tu não passas de uma puta’, agarrou numa jarra com flores e atirou-a à cabeça de Luísa.

Durante esse tempo, ele não cessou de gritar: ‘Que puta de colega vocês têm! Em casa eu já não quero nada com ela, faz tempo que já nem lhe toco ... Ela só vem aqui para se encontrar com homens!’. Nessa ocasião na sala de espera da clínica encontravam-se várias pessoas e todas ouviram os gritos de João”.

Apresentada a hipótese, o caso foi analisado sob legislações de diferentes países:

1 - BRASIL: IDH 2016 – 74 / 186

Verifica-se que João cometeu o crime de lesão corporal (artigo 129, § 9º, do Código Penal) e o crime de injúria, tipificado no artigo 140, do Código Penal.

Registre-se que não há nenhuma majorante ou qualificadora pelo fato de ter o crime de injúria ter sido cometido no ambiente doméstico e familiar, diferentemente do que ocorre em relação ao delito de lesão corporal.

Luísa pode solicitar as medidas de proteção previstas nos artigos 22 a 24 da Lei nº 11.340/2006, a Lei Maria da Penha, que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher baseada no gênero.

Além das medidas mencionadas, pode o juiz decretar a prisão preventiva de João no âmbito do processo-crime, conforme art. 313, inciso III, do Código de Processo Penal brasileiro, “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)” a prisão preventiva pode ser decretada.

Luísa poderá pleitear reparação material pelos danos materiais sofridos, notadamente em razão da perda do paciente, assim como dos gastos decorrentes de eventual tratamento para curar os danos decorrentes de lesões em razão da jarra de flores arremessada contra sua cabeça. Poderá, ainda, em decorrência do crime de injúria e do crime de lesão corporal, requerer indenização por danos morais.

⁶ www.compromissoeatitude.org.br, acesso em 28 set 2016, às 09h

⁷ www.apmj.pt, acesso em 20 set 2016, às 15h

No tocante aos danos materiais sofridos, Luísa deverá receber todo o montante realmente gasto para promoção do tratamento médico, bem como o valor que deixou de auferir no desempenho de suas atividades profissionais. De outro lado, o dano moral sofrido, será objeto de análise pelo juiz e será fixado de acordo com o seu prudente arbítrio, dentro do patamar máximo solicitado por Luísa na petição inicial que dá início ao processo cível.

2 - ISRAEL: IDH 2016 – 18 / 186

A questão da violência de gênero em Israel envolve questões ainda mais significativas que o simples machismo que atinge outras populações, em razão da arraigada disputa política e territorial envolvendo a

Palestina, alimentada pela intolerância cultural e religiosa presente no país.

Em texto publicado na internet por Jarid Arraes⁸:

“Recentemente a deputada israelense Ayelet Shaked publicou em sua página do Facebook uma mensagem na qual afirmava que o genocídio de mães palestinas seria necessário para impedir o nascimento de ‘pequenas víboras’, referindo-se aos bebês que, para ela, seriam potenciais terroristas. Como solução, a deputada sugere que as mulheres palestinas sejam mortas e suas casas destruídas. Sua declaração genocida evidencia a naturalização da misoginia”

As palavras da parlamentar deixam claro que a violência à qual são submetidas as mulheres palestinas é a pura expressão da misoginia e reveste-se de maior gravidade pois elas sofrem uma dupla opressão pois estão submetidas ao patriarcado e à violência de gênero, considerando, claro o local em que vivem: pequenas vilas ou grandes cidades da Cisjordânia, em Gaza, ou em Jerusalém.

Alguns dados estatísticos divulgados pela *Al Jazeera* (rede de comunicação de maior expressão em Israel) revelam que mais de 10 mil mulheres palestinas foram presas pelo Estado de Israel desde 1967. Em setembro do ano 2000, das mulheres palestinas aprisionadas, apenas 5 se encontravam em prisões israelenses. Esse número saltou para 120 em 2004. Entre 2000 e 2008, mais de 700 mulheres palestinas foram presas.

Tais dados são relevantes a partir do momento em que há notícias de que essas mulheres sofrem constantemente em seus cativeiros, todos os tipos de violência, como: tortura, violência sexual, humilhação e outros tipos de abuso que são cometidos até por oficiais israelenses, revelando uma questão de dominação de gênero que resultam em todo tipo de violação frequentemente praticada contra pessoas do sexo feminino.

O Comitê Público Contra Tortura em Israel (*Public Committee Against Torture in Israel – PCATT*) vem, há alguns anos, promovendo denúncias de casos de tortura e abuso praticados contra mulheres palestinas e cobrando providências do governo israelense. Entre os casos mais frequentes em face de mulheres aprisionadas, está a negligência aos cuidados básicos de higiene, longos interrogatórios que chegam a durar mais de 20 horas, nos quais elas são submetidas a condições exaustivas e humilhantes, agressões com conteúdo sexual, imposição de condições vexatórias e degradante, como revista íntima, além dos constantes estupros.

Não são apenas as mulheres detidas e aprisionadas que são vítimas de agressões e violência, a situação das palestinas dentro de suas próprias casas também é preocupante em

razão da submissão, do machismo e do patriarcado que dominam a sociedade palestina e reprimem a mulher de forma, por vezes, desumana.

No ano de 2013 foram registradas 26 mortes de mulheres palestinas por motivos de honra, o dobro dos casos registrados em 2012. De acordo com dados coletados pelo Departamento Central Palestino de Estatísticas, cerca de 37% das mulheres casadas na Palestina já sofreram violência doméstica por parte dos seus maridos, sendo certo que essa estatística pode ser ainda maior se considerarmos os casos não denunciados, pois a pesquisa ainda aponta que cerca de 66% das mulheres agredidas preferem não falar a respeito e somente 0,7% delas procuram um centro de ajuda especializada. Há casos, ainda, em que a violência chega a ser cometida por outros integrantes da família do marido das vítimas, vez que a cultura permite o exercício da dominância e poder por outros membros masculinos.

O comportamento de John constitui o crime de injúria a um membro familiar, consoante a Lei de Prevenção à Violência Familiar 5751-1991, bem como injúria grave perante o Código Penal 5737-1977.

A violência doméstica não está incluída no Código Penal. Na hipótese, poderiam ser utilizados as cláusulas 378 e 380 do Código Penal que tratam sobre agressão mediante violência, e o mesmo se aplicaria a John independentemente de ele ser um membro da família. A diferença é que seria possível agir de acordo com a Lei de Prevenção à Violência Familiar e emitir imediatamente uma ordem de proteção e imobilização por um período de um ano.

A proteção oferecida a Luísa será feita por meio de uma ordem de restrição, portanto, John poderá ser proibido de se aproximar da casa e do local de trabalho de Luísa, não poderá perseguir Louise por telefone ou por meios eletrônicos ou fazer qualquer contato com ela, ou restará configurada uma violação a uma ordem judicial.

É possível, ainda, que ele venha a ser detido até o final do processo.

Se o objetivo for receber uma compensação, ela deve registrar uma reclamação de responsabilidade civil de acordo com as leis civis.

3 - ESPANHA: IDH 2016 – 25 / 186

A despeito de se tratar de um país muito procurado por estrangeiros em busca de uma melhor condição de vida, o número de mulheres vítimas da violência de gênero na Espanha é alto e atinge também as estrangeiras. De acordo com as estatísticas do Conselho Geral do Poder Judicial, das denúncias apresentadas no ano de 2015, onde constam as mulheres como vítimas, 69,9% (equivalente a 86.464 mulheres) são vítimas espanholas e 30,1% (37.261) são estrangeiras.

Ainda de acordo com o Conselho, as estatísticas revelam que o delito mais denunciado é o de lesões (62,4%), seguido do de privação da liberdade (8,1%). Já o crime de homicídio aparece com 0,1%, totalizando 76 casos e o crime contra a liberdade sexual com 0,7%, totalizando 922 casos.

Os dados ora apresentados⁹ são deduzidos com base em denúncias levadas ao conhecimento da autoridade policial ou judiciária, o que faz concluir que o número pode ser ainda maior, pois muitas vítimas não têm coragem, apoio psicológico ou familiar, muitas têm medo de denunciar e serem julgadas, não se desconsiderando a violência física e psicológica que o agressor exerce sobre a vítima, e, não raras vezes, o controle econômico. No caso das estrangeiras, há também o receio por não estarem regular com a documentação de imigração.

O Conselho Geral do Poder Judicial apurou, ainda, que a maior parte desses casos de

⁸ www.revistaforum.com.br, acesso em 15 set 2016, as 9h.

⁹ www.poderjudicial.es, acesso em 12 set 2016.

violência surgem dentro do próprio seio familiar e têm como origem agressora cônjuges e pessoas com as quais se tem uma relação afetiva e de confiança.

A lei espanhola que estabelece medidas de proteção contra a violência de gênero é a Lei Orgânica 1/2004, considerando como violência qualquer ato de violência física e psicológica, incluindo os delitos contra a liberdade sexual, ameaças, coerção ou privação arbitrária de liberdade.

Deve-se destacar que, além de proteger a mulher contra a violência de gênero, a lei buscou interferir, de certa forma, no sistema de ensino integrado para tentar solucionar possíveis desvios na formação educacional dos cidadãos espanhóis, inserindo matérias correlatas desde o ensino fundamental até o universitário, para que o sistema educativo inclua entre os seus fins, o respeito aos direitos, liberdades e igualdades entre homens e mulheres, além da tolerância ao exercício e liberdade dentro dos princípios democráticos de convivência, sempre estimulando a capacidade de adquirir e aperfeiçoar habilidades para resolução pacífica de conflitos compreendendo o respeito e a igualdade de gênero.

O comportamento de João com Luísa constitui o crime de violência doméstica do artigo 153.1 do Código Penal e de lesão do artigo 617.1 do Código Penal.

Caso Luísa não tenha apresentado denúncia, não pode solicitar a ordem de proteção para que João não se aproxime dela, não se podem efetivar as medidas de auxílio de acordo com a Lei Integral de Violência Doméstica 1/2004. Mas, se já foi iniciado um processo penal, Luísa pode pedir a ordem de proteção a qualquer momento.

A Lei 1/2004 prevê um mecanismo que permite seja designado um advogado sem necessidade de se provar, de logo, que a vítima é beneficiária da assistência judiciária gratuita.

4 - ANGOLA: IDH 2016 – 148 / 186

A sociedade angolana como um todo sofre com o flagelo da desigualdade social, do desemprego, da instabilidade econômica e da decomposição social das famílias, fatores que têm contribuído para fragilizar ainda mais a posição da mulher angolana no que diz respeito à desigualdade de gênero.

Consoante informações obtidas pelo Instituto Nacional de Estatística (INE)- *Poverty Alleviation Policy, Pursuing Equity and Efficiency, 1998*, calcula-se que a pobreza atinja atualmente entre 64,5% e 70% da população de Angola, da qual 78% vive em áreas rurais e 40% em áreas urbanas.

Outros dados estatísticos que formam a sociedade angolana e têm relação com a violência urbana e doméstica, oriundos do Relatório sobre o Desenvolvimento Humano em Angola (PNUD, 1997) e do Inquérito de Indicadores Múltiplos – (MICS), INE, revelam que: 58% da população adulta do País é analfabeta; 75% da taxa de analfabetismo corresponde às mulheres, das quais cerca de 54% encontra-se na área rural, contra 24% dos homens; na África Subsaariana, as mulheres com o ensino secundário têm entre 1,9 a 3,1 menos filhos que as mulheres que não completaram o ensino primário.

Cerca de 65% da população não tem acesso a água potável, 75% não tem acesso a saneamento básico e 65% são privados dos serviços primários de saúde. Estima-se que a falta de cuidados pré-natais e pós-parto sejam responsáveis por uma taxa de mortalidade materna correspondente a 1.500 por cada 100.000 nascidos vivos. De acordo com a estatística, a porcentagem de partos não assistidos por técnicos de saúde pode chegar a 78%.

Mais 50% da população não é escolarizada e, das crianças com idades compreendidas entre 5 e 18 anos que nunca frequentaram a escola, 36,4% são meninas, 34% meninos,

40,6% do meio rural e 25,3% do meio urbano. Quase 70% da população tem rendimento diário inferior a um dólar.

O Inquérito Prioritário das Condições de Vida da População, elaborado pelo (INE em 1995) em Benguela, Cabinda, Lobito, Luanda, Lubango e Luena concluiu que 31% das famílias são chefiadas por mulheres, e que, desse percentual, 44,8% vivem acima da linha de pobreza enquanto cerca de 37,2% dos que são chefiados por homens têm essa condição, em que pese cerca de 30% das mulheres economicamente ativas de Luanda sejam analfabetas. A segregação da mulher no mercado de trabalho fica evidenciada pela taxa de desemprego que, para as mulheres chega a atingir 79%, enquanto para os homens fica em 53%.

A Constituição angolana consagra a igualdade de direitos e deveres para homens e mulheres e prevê punição para a discriminação ou privilégios com base no gênero, assim como o código da família (Lei nº 1/88) que estabelece a igualdade entre homens e mulheres.

Em Angola, a criação da Lei nº 25/11, de 14 de Julho de 2011 traz um diferencial no que tange ao seu objetivo que é prevenir e punir os atos de violência doméstica praticados contra qualquer pessoa considerada indefesa, debilitada física, psicológica e emocionalmente, protegendo, de forma ampla toda a sociedade de factos de violência contra a mulher, o homem, as crianças, os idosos e adolescentes, estes considerados sujeitos vulneráveis à agressão, conforme se lê nas razões de motivo desta lei contra a violência doméstica.

A lei é aplicável aos casos de violência ocorrida ou não no seio familiar, mas que decorram de relações afetivas, educacionais ou de proximidade, a exemplo de asilos, hospitais, escolas, internatos, etc (artigo 2º Lei nº 25/11).

À luz do ordenamento jurídico angolano, a conduta de João para com Luísa constitui, crime de violência doméstica e nas suas diferentes manifestações: violência psicológica, violência verbal, violência física e violência patrimonial.

O crime de violência doméstica é previsto e punível nos termos das disposições conjugadas dos artigos 3º, 6º e 25º da Lei 25/11 de 14 de Julho de 2011, Lei contra a Violência Doméstica. Este diploma legal remete igualmente para o Código Penal para efeitos de responsabilidade criminal, sendo que a violência doméstica, enquanto violência verbal, pode configurar o crime de difamação, calúnia e injúria. Já a manifestação da violência doméstica como violência física pode ser tipificada como ofensas corporais.

Os crimes de difamação e injúria e de ofensas corporais, que à luz da Lei 25/11 configuram *actos* de violência verbal e de violência física, respectivamente, estão previstos no Título IV (crimes contra a segurança das pessoas) do Código Penal angolano e, especificamente, no Capítulo III, Secção IV (ofensas corporais) e no Capítulo V (difamação e injúria).

A Lei Contra a Violência Doméstica pune o crime de violência física e psicológica com a pena de prisão de 2 a 8 anos (nº 2, artº 25º, da Lei 25/11). No caso de violência patrimonial a pena prevista é a de prisão até dois anos, “se outra pena mais grave não lhe couber nos termos da legislação em vigor”.

A lei prevê medidas de proteção à vítima mas faz depender de instauração de processo criminal. Instaurado o processo criminal, a pessoa lesada “adquire automaticamente o estatuto de vítima para efeitos legais”.

Entre outras medidas, a Lei Contra a Violência Doméstica prevê que a vítima tenha acesso a espaços de abrigo; proíbe o contacto entre esta e o infractor em locais que impliquem diligências na presença de ambos; determina o apoio psicológico; proíbe ou restringe a presença do agente do crime no domicílio ou residência, em lugares de trabalho, de estudos e noutros frequentados regularmente pela vítima. A aplicação de medidas de protecção à vítima

é da competência do Juiz ou do Ministério Público e devem ser decretadas no prazo máximo de 72 horas, “sempre que a gravidade da situação o justifique”.

É possível requerer indenização por danos morais e, eventualmente, patrimoniais, tanto no âmbito da Lei Contra a Violência Doméstica (LCVD) como no do Código do Processo Penal. Não há valores estabelecidos no caso de danos morais. A interessada indica o valor e o Juiz decide por analogia a situações semelhantes. No caso de danos patrimoniais o valor do dano inclui os danos emergentes e o lucro cessante. Nesta hipótese, a remissão é feita para a lei civil (Código Civil), conforme resulta do artigo 34º da LCVD

Conclusão

Com a utilização e facilidade proporcionada pela *internet*, numa característica da era da tecnologia e da informação, pode-se realizar um estudo de direito comparado, como proposto nessa pesquisa, obtendo acesso a dados divulgados pelas respectivas fontes relativos a sistemas jurídicos distintos.

Evidenciou-se, assim, que a questão da violência doméstica, pela sua gravidade e pela atenção dispensada pela ONU vem ganhando uma maior atenção em vários Países, não somente pela atualidade dos estudos, mas principalmente por representar uma reivindicação dos movimentos feministas e de defesa da criança e do adolescente, pedindo a intervenção estatal para diminuir a ocorrência de delitos no âmbito doméstico.

Além disso, como bem observado por Encarna González:¹⁰

“Parece equivocadamente que somente quando a lei lida com certas formas legislativas de um problema social existe política pública. Mas, deve ser enfatizado que é muito mais importante a construção capilar de direitos em sentido amplo, para que se evite uma formalização excessiva de direitos o que efetivamente vem a dificultar a sua concretude”

Em nossa compreensão a maior atenção deve ser na prevenção, com trabalhos de cunho educacional em que haja conscientização de que modelos repressores e discriminatórios não se sustentam mais nos âmbitos familiares, cabendo aos operadores jurídicos que se debruçam sobre casos concretos, utilizarem de seu importante papel social para demonstrarem que o sistema jurídico, apesar da sobrecarga de demandas que recebe, tem dado a sua contribuição a esse grave problema que vem assolando em todos os rincões.

Apesar da compreensão da limitação de eficácia que o Direito Penal possui para atender aos reclamos sociais, em especial nesse caráter preventivo, é este o último recurso de um sistema jurídico para que haja observância aos direitos fundamentais.

Dessa forma, o presente texto procurou demonstrar que muitos avanços ocorridos sobre o tema, seguramente vem despertando um maior acionamento do sistema penal, pelo mundo afora, incluindo medidas protetivas de natureza extrapenal, embora, não tenha havido ainda uma redução efetiva do índice de criminalidade nesta seara.

Essa circunstância não invalida as iniciativas adotadas, mas serve para reflexão de que outras precisam vir em paralelo, principalmente no que se refere a forma de respeito à condição de pessoa humana, daqueles que de alguma forma vivem sobre a dependência familiar.

Referências

BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna. *Las políticas públicas contra la violencia patriarcal en España y em Brasil*. Revista da EMERJ, n. 57, 2012.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2008

_____. *Lei Maria da Penha*. Lei N.º 11.340, de 7 de Agosto de 2006.

DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de A.M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

¹⁰ BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna. *Las políticas públicas contra la violencia patriarcal en España y em Brasil*. Revista da EMERJ, n. 57, 2012, p. 45.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL – ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS ATUAIS

NATÁLIA MARIA FREITAS COELHO

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade do Estado da Bahia(UNEB). Pós-graduada em Processo Penal. Professora do Curso de Direito da Faculdade Dom Pedro II.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de discorrer acerca de relevantes aspectos de um importante instituto previsto na Lei 11.101/2005: a recuperação judicial. Inicia-se com abordagem acerca da evolução histórica do direito falimentar da Idade Antiga ao período Moderno, além da análise do seu desenvolvimento no Brasil. Examinam-se os requisitos para a concessão do benefício da recuperação judicial bem como a outra novidade trazida pela Lei da Recuperação Judicial: a modalidade extrajudicial. Tem-se também o objetivo de demonstrar a importância deste instituto jurídico frente à crise econômica e financeira vivenciada pelo Brasil.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Recuperação Extrajudicial. Direito Falimentar. Princípio da preservação da empresa. Crise Econômica.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. DIREITO FALIMENTAR – EVOLUÇÃO HISTÓRICA 2.1 ANTECEDENTES 2.2 O DIREITO FALIMENTAR NO BRASIL 3. RECUPERAÇÃO JUDICIAL – ESPÉCIES E CARACTERÍSTICAS 3.1 RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL 4. RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A CRISE ECONÔMICA BRASILEIRA 5. CONCLUSÃO

1. Introdução

O presente trabalho tem por escopo abordar aspectos relevantes do instituto da Recuperação Judicial, previsto na Lei 11.101/2005, como significativa alternativa a ser lançada pelo empresário com vistas à continuidade da própria atividade empresarial, ao invés da decretação de falência. Primeiramente, faz-se um esboço histórico acerca da evolução do direito falimentar, chegando-se ao contexto brasileiro de tal desenvolvimento.

Posteriormente, apresentam-se os requisitos legais cumulativos para que a empresa possa obter a recuperação judicial, para se tornar uma empresa viável de recuperação, dentre outros dispostos no artigo 48 da Lei 11.101/2005. Além disso, discorre-se acerca do plano de recuperação judicial, a ser aprovado pela Assembleia Geral de Credores e, por fim, homologado pelo juiz. Apresenta-se também outra modalidade de recuperação: a extrajudicial.

Em seguida, busca-se demonstrar como a recuperação judicial pode representar importante instrumento de reestruturação das empresas em meio ao cenário de crise econômica

no qual se encontra o país. Mostra-se a relevância da atividade empresarial para o equilíbrio econômico e social e, portanto, o quanto é necessário evitar a extinção de empresas, possibilitando-se, deste modo, a sua continuidade. A recuperação judicial revela-se, assim, como meio garantidor da eficácia do princípio da preservação da empresa, o qual se afigura interligado ao princípio fundamental da livre iniciativa privada.

2. Direito Falimentar – Evolução Histórica

2.1 Antecedentes

Na Idade Antiga, o devedor respondia por suas obrigações com a própria liberdade ou com a vida. O direito falimentar, de cunho extremamente repressivo, tinha como finalidade primordial a punição do devedor, sendo este exercente de atividade econômica ou não. Quem devia e não podia pagar, virava servo e, por conseguinte, coisa (*servus est res*). Com a edição da *Lex Poetelia Papiria* em 428 a.C., o encarceramento, a venda como escravo e a morte daquele que devia foram proibidos e o direito romano passou a prever normas as quais consagravam a responsabilidade patrimonial do devedor¹.

Durante a Idade Média, surgiram algumas regras especiais acerca da execução do devedor insolvente. A tutela estatal tornou-se mais presente, condicionando a atuação dos credores à disciplina judiciária, substituindo, pois, o poder preponderante dos mesmos, característica do antigo período romano, sem olvidar mecanismos punitivos e aviltantes para o devedor. Neste período, o concurso creditório passou a ser disciplinado e a falência poderia ser decretada em três hipóteses: ocultando-se o devedor sem deixar bens para saldar a sua dívida; a requerimento do devedor ou a pedido do credor. Vale ressaltar que a falência era vista como um delito para o qual eram cominadas penas vexatórias, além disso, ela estendia-se a todo e qualquer devedor, independentemente da origem da dívida².

O Código Napoleônico, por sua vez, operou importante mudança no cenário do Direito Comercial, uma vez que o tratamento dispensado ao devedor comerciante e ao insolvente civil passou a ser distinto, como dispõe a doutrina de André Luiz Santa Cruz Ramos³:

A mudança que o *Code Commerce* de Napoleão trouxe para o direito comercial atingiu, conseqüentemente, o direito falimentar, que passou a constituir um conjunto de regras especiais, aplicáveis restritivamente aos devedores insolventes que revestiam a qualidade de comerciantes. Para o devedor insolvente de natureza civil, não se aplicavam as regras do direito falimentar, mas as disposições constantes do regime jurídico geral, qual seja, o direito civil.

Portanto, significativos avanços foram sendo implementados ao longo dos tempos.

1 RAMOS, André Luiz Santa Cruz Viana. *Direito Empresarial Esquemático*. 5.ed. São Paulo: Método, 2015, p. 628.

2 DA ROCHA, Angelito Dornelles. *Histórico do Direito Falimentar*. Disponível em: <http://www.de.tex.pro.br/home/artigos/84-artigos-out-2006/5484-1-historico-do-direito-falimentar>. Acessado em: 18 de junho de 2016.

3 RAMOS, André Luiz Santa Cruz Viana. *Direito Empresarial Esquemático*. 5.ed. São Paulo: Método, 2015, p. 629.

2.2 O Direito Falimentar no Brasil

No Brasil, as Falências e concordatas eram disciplinadas pelo Decreto-Lei 7661/1945. Entretanto, após a edição deste diploma legal, diante do processo de globalização da economia e inúmeras transformações econômicas e sociais, houve necessidade de mudanças da legislação falimentar brasileira, que ocorreram a partir de 1980. Somente em 2005, foi promulgada a Lei 11.101, denominada Lei da Recuperação de Empresas a qual revela novos paradigmas a exemplo do princípio da preservação da empresa, o qual já possuía certo contorno nos preceitos da Constituição Federal de 1988, a qual prevê a valorização do trabalho e da livre iniciativa como princípios fundamentais do ordenamento jurídico pátrio.

André Luiz Santa Cruz Ramos⁴ aponta as principais alterações promovidas pela supra-citada Lei 11.101/2005, como a substituição da figura da concordata pelo instituto da recuperação judicial, a criação do instituto da recuperação extrajudicial, dentre outras.

Dentre as principais alterações trazidas pela Lei 11105/2005, já denominada *Lei de Recuperação de Empresas* (LRE), podemos citar: (i) a substituição da vetusta figura da *concordata pelo instituto da recuperação judicial*; (ii) o aumento do prazo de contestação, de 24 horas para 10 dias; (iii) a exigência de que a impontualidade injustificada que fundamenta o pedido de falência seja relativa à dívida superior a 40 salários mínimos; (iv) a redução da participação do Ministério Público no processo falimentar; (v) a alteração de regras relativas ao síndico, que passa a ser chamado de *administrador judicial*; (vi) a mudança na ordem de classificação dos créditos e a previsão de créditos *extraconcursais*; (vii) significativa alteração nas regras relativas à ação revocatória; (viii) o fim da medida cautelar de verificação de contas; (ix) extinção do inquérito judicial para apuração do crime falimentar; (x) a criação da figura da *recuperação extrajudicial*.

3. Recuperação Judicial- Espécies e Características.

O instituto da recuperação judicial está estreitamente relacionado ao princípio da preservação da empresa, uma vez que busca permitir a manutenção das atividades empresariais e dos seus recursos produtivos. Neste contexto, afirma o STJ:

A recuperação judicial visa criar condições de negociação para a superação da crise econômica da empresa, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (art. 47 da Lei nº 11.101/2005). (STJ. Segunda Seção. Ministro Moura Ribeiro. Julgado em 19/02/2019. Publicado em 21/02/2019.

Em face desse novo paradigma, a Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 regula a recuperação das empresas em crise econômico-financeira transitória. Em seu artigo 47, referida lei deixa claro seu espírito: “a manutenção da fonte produtora, dos empregos dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”⁵

Vale ressaltar, que a recuperação judicial apenas pode ser adotada aos devedores viáveis, ou seja, aqueles que efetivamente possuem condições de se recuperar, manter o negócio, se soerguer, caso contrário, deverá haver a decretação da falência.

O processo de recuperação judicial é promovido através da iniciativa do próprio empresário em crise, o qual deve apresentar, ao juiz, o pedido do aludido benefício. Tal pedido de recuperação judicial deverá ocorrer no foro do principal estabelecimento do devedor, podendo ser feito pelo empresário até mesmo após um credor pedir a decretação da falência. Nesta hipótese, o devedor poderá realizar o pedido de recuperação durante o prazo de contestação. Trata-se de pedido de recuperação judicial incidental ao pedido de falência⁶.

Para que o processamento a recuperação judicial seja deferido, é necessário que alguns requisitos estejam preenchidos. Segundo os incisos do artigo 48 da Lei 11105/2005⁷, o devedor, no momento do pedido, deverá, de forma cumulativa:

- I- não ser falido e, se foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II- não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III- não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste capítulo; IV- não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos em Lei.”

Após proceder a verificação acerca dos requisitos legais, estando todos estes presentes, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial, nomeando um administrador judicial que assume uma série de obrigações e responsabilidades. A nomeação do administrador judicial deverá recair sobre profissional idôneo de nível superior, formado preferencialmente nas áreas do direito, economia, administração de empresas e contabilidade. Em seguida, os credores poderão realizar as suas habilitações de crédito perante o administrador judicial e o devedor, por outro lado, apresentará o plano de recuperação judicial. O artigo 50 da supra-citada Lei de Falências apresenta, em rol meramente exemplificativo, as medidas que podem ser proposta no plano, os meios viáveis para promover a recuperação do devedor, como: a dilação de prazo e condições especiais para pagamento das dívidas, venda de filiais, dentre outros. Importante ressaltar que, caso não ocorra tal apresentação no prazo de sessenta dias, conforme o artigo 53, da Lei 11101/2005, a falência do devedor será decretada⁸.

Como afirma José Ribeiro⁹, superada a fase de apresentação do plano de recuperação judicial, não havendo objeções, no período de trinta dias juiz homologará recuperação. No entanto, havendo oposição ao plano, o mesmo será submetido à Assembleia Geral de Credores que será formada pelos credores trabalhistas, com direitos reais, quirografários, credores de microempresa e empresa de pequeno porte. Tal assembleia, frise-se, deverá ocorrer, no máximo, em 150 dias, a contar da data do deferimento do processamento.

com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8943. Acessado em: 15 jun 2016.

6. RAMOS, André Luiz Santa Cruz Viana. *Direito Empresarial Esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 732.
7 BRASIL. Lei 11.101/2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2005/Lei/L11101.htm. Acessado em: 18 jun 2016.

8 TADDEI, Marcelo Gazzzi. *Alguns aspectos polêmicos da recuperação judicial*. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7690. Acessado em: 17 jun 2016.

9 RIBEIRO, José. *Recuperação judicial: visão geral, instituto e processamento*. Disponível em: http://joseeribeiro.jus-brasil.com.br/artigos/336211254/recuperacao-judicial-visao-geral-instituto-e-processamento?ref=topic_feed. Acessado em: 20 jun 2016.

4 RAMOS, André Luiz Santa Cruz Viana. *Direito Empresarial Esquematizado*. 5.ed. São Paulo: Método, 2015, p. 622-633.

5 OLIVEIRA, Ana Flávia Camilli. *Recuperação judicial e sustentabilidade*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8943.

Conforme leciona a doutrina de André Luiz Santa Cruz Ramos¹⁰, diante do plano de recuperação judicial, as deliberações da Assembleia Geral de Credores poderão desaguar em uma de três possíveis decisões. Pode ocorrer, assim, a aprovação do plano sem alterações, hipótese na qual a própria assembleia poderá eleger os membros do comitê de credores. Ao invés disto, no entanto, o plano poderá ser aprovado com alterações, quando será necessário o consentimento expresso do credor em relação às mudanças, além de não ser possível que as mesmas causem prejuízos aos credores ausentes à votação. Nestas duas primeiras hipóteses, após comprovada pelo devedor a sua regularidade fiscal, a autoridade judiciária homologará o plano. Por fim, o plano poderá não ser aprovado, quando, em regra, restará ao juiz decretar a falência do devedor.

No entanto, é válido ressaltar que existe uma situação excepcional na qual o poder judiciário poderá proceder à homologação do plano de recuperação judicial, mesmo que não tenha havido aprovação por parte da assembleia de credores. Esta hipótese está prevista pelo artigo 58, parágrafo 1º da Lei 11101/2005 e, só será possível caso o plano do devedor tenha obtido a aprovação de parcela substancial dos credores e se o mesmo não puder ocasionar tratamento diferenciado entre os credores da classe que promoveu a sua rejeição¹¹.

3.1 Recuperação Extrajudicial

Além da recuperação judicial, tratada no tópico acima, a Lei 11.101/2005 também prevê o instituto da recuperação extrajudicial, a qual é baseada em um acordo extrajudicial acerca das dívidas da empresa, sem que haja atuação do poder judiciário. Tal negociação, quando logra êxito, extingue a antiga obrigação e constitui uma nova, processo denominado de novação. Vale ressaltar que é necessário o voto de 3/5 dos credores para que tal novação seja aprovada, ficando submetidos ao pactuado todos os presentes na votação. Posteriormente, será submetido à homologação pelo juiz¹².

Importante ressaltar que, conforme se extrai do artigo 165 da Lei 11.101/2005, em regra, o plano de recuperação extrajudicial produz efeitos a partir da sua homologação judicial, ou seja, não há produção de efeitos retroativos. A ressalva a este preceito é ditada pelo parágrafo primeiro do supracitado artigo, segundo o qual o plano poderá estabelecer a produção de efeitos pretéritos à homologação, se os mesmos se referirem, exclusivamente, à modificação do valor ou da forma de pagamento dos credores signatários¹³.

4. Recuperação Judicial e a Crise Econômica Brasileira

O Brasil enfrenta, no momento, uma grave crise econômico-financeira e a instabilidade neste cenário atinge as empresas, havendo uma retração de investimentos nacionais e estrangeiros¹⁴.

Com o aumento da inflação, a alta dos juros para empréstimos e as restrições a estes,

ocorre baixa de faturamento e a dificuldade de obtenção de crédito. Neste contexto instável, o risco de falência paira no cenário empresarial e a recuperação judicial se apresenta como importante instrumento na tentativa de se viabilizar a continuidade das atividades empresariais. Por este motivo, o volume de pedidos de recuperação judicial no ano de 2015 correspondeu à maior quantidade já registrada desde a entrada em vigor da Lei 11.101/2005¹⁵.

Com o plano de recuperação judicial, é possível que as empresas obtenham concessões de prazos para a quitação dos seus débitos, e até mesmo a alteração societária através da cisão, fusão ou transformação. Deste modo, a nova legislação apresenta possibilidade de maior proteção aos direitos dos credores, uma vez que as empresas poderão reestruturar os seus negócios e honrar com as suas obrigações econômicas.

Dessa forma, a recuperação judicial atua como instrumento apto a garantir a eficácia do princípio da preservação da empresa que, apesar de não escrito, é consagrado implicitamente na Lei Maior, com princípio constitucional fundamental do valor social da iniciativa privada. A efetivação de tal princípio se revela de extrema importância, uma vez que a atividade empresarial desempenha relevante papel econômico e social, gerando empregos, riquezas, possibilitando a arrecadação de impostos, regulando a inflação¹⁶.

5. Conclusão

No âmbito do Direito empresarial, a Lei 11.101/2005 inovou amplamente o direito falimentar, em virtude de não possuir a vetusta concepção de punir a empresa, mas de proporcionar mecanismos efetivos para reestruturação e continuidade do negócio, inaugurando uma perspectiva protetiva em relação às empresas devedoras e também aos direitos dos seus credores, descortinando os modernos princípios apontados.

De inegável natureza de favor creditício, o instituto viabiliza o soerguimento da empresa que se encontra em dificuldades econômico-financeiras em consonância com o plano de recuperação a ser apresentado e acolhido pelos credores para solucionar tais questões e prosseguir em sua atividade comercial. Diversamente dos prazos inflexíveis para pagamento que eram exigidos na antiga concordata, a Recuperação viabiliza a renegociação de dívidas, a modificação de datas de pagamentos, inclusive permitindo ajustes dos próprios valores a serem pagos.

Neste contexto, os novos modelos de Recuperação Judicial e Extrajudicial, previstos na legislação supracitada, revelam-se como importantes instrumentos para a preservação atividade empresarial. Tal fato é de extrema relevância, uma vez que as empresas atuam como verdadeiros agentes econômicos e sociais, dinamizando o cenário da economia e gerando, como corolário, milhares de postos de trabalho, garantindo-se inclusive o próprio crédito, uma vez que há elaboração de um plano específico para as necessidades do negócio com a participação do comitê de credores.

Não há como conceber superação da dificuldade econômica sem que o mercado esteja ativo, o desemprego seja driblado, os índices de inflação sejam regulados e, tudo isto, depende diretamente do desenvolvimento da atividade empresarial, sendo a Lei 11.101/2005 relevante instrumento para o enfrentamento de crises econômico-financeiras.

10 RAMOS, André Luiz Santa Cruz Viana. *Direito Empresarial Esquematizado*. 5.ed. São Paulo: Método, 2015, p. 755-756.

11 RAMOS, André Luiz Santa Cruz Viana. *Direito Empresarial Esquematizado*. 5.ed. São Paulo: Método, 2015, p. 758.

12 CASTELO, Fernando. *Recuperação Extrajudicial e Recuperação Especial na Lei 11101/2005*. Disponível em fernandobc.jusbrasil.com.br/artigos/338392988

13 RAMOS, André Luiz Santa Cruz Viana. *Direito Empresarial Esquematizado*. 5.ed. São Paulo: Método, 2015, p. 773.

14 CRUZ, Giovana Mesquita Alves. *A crise econômico-financeira e a recuperação judicial como mecanismo de efetivação do princípio de preservação da empresa*. Disponível em: lucassrocha.jusbrasil.com.br/artigos/349621587

15 CRUZ, Giovana Mesquita Alves. *A crise econômico-financeira e a recuperação judicial como mecanismo de efetivação do princípio de preservação da empresa*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/45403>

16 ARNOLD, Paulo Roberto Colombo; MADUREIRA, Mirella. *A Crise Econômico-Financeira Internacional e seus Impactos na Preservação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte Brasileiras*. Disponível em: revistas.ufg.edu.br/revfd/article/download/9857/6733. Acessado em: 19 jun 2016.

Referências

ARNOLD, Paulo Roberto Colombo; MADUREIRA, Mirella. A Crise Econômico-Financeira Internacional e seus Impactos na Preservação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte Brasileiras. Disponível em: revistas.ufg.br/emnuvens.com.br/revfd/article/download/9857/6733. Acessado em: 19 jun 2016.

BRASIL. Lei 11.101/2005. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2005/L Lei/111101 Acessado em: 18 jun 2016.

CASTELO, Fernando. Recuperação Extrajudicial e Recuperação Especial na Lei 11101/2005. Disponível em: fernandobc.jusbrasil.com.br/artigos/338392988 Acessado em: 16 jun 2015.

CRUZ, Giovana Mesquita Alves. A crise econômico-financeira e a recuperação judicial como mecanismo de efetivação do princípio de preservação da empresa. Disponível em: jus.com.br/artigos/45403 Acessado em: 19 jun 2016.

DA ROCHA, Angelito Dornelles. *Histórico do Direito Falimentar*. Disponível em: <http://www.De tex.pro.br/home/artigos/84-artigos-out-2006/5484-1-historico-do-direito-falimentar>. Acessado em: 18 de junho de 2016.

OLIVEIRA, Ana Flávia Camilli. *Recuperação judicial e sustentabilidade*. Disponível em: ambito-juridico.com.br Acessado em: 15 jun 2016.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz Viana. *Direito Empresarial Esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 628.

RIBEIRO, José. Recuperação judicial: visão geral, instituto e processamento. Disponível em: joseeribeiro.jusbrasil.com.br/artigos/336211254 Acessado em: 20 jun 2016.

TADDEI, Marcelo Gazzì. *Alguns aspectos polêmicos da recuperação judicial*. Disponível em: ambitojuridico.com.br Acessado em: 17 jun 2016.

VIEIRA, Lucas Rocha. A Recuperação Judicial Frente à Crise Econômica Brasileira. Disponível em: lucassrocha.jusbrasil.com.br/artigos/34962158. Acessado em: 28 jun 2016.

UMA CONSTITUIÇÃO LIBERAL?

REGINALDO DA SILVA GOMES¹

RESUMO

o presente trabalho tem por escopo analisar as mudanças e perspectivas econômicas à luz dos postulados constitucionais, demandas jurídicas, sem olvidar a relevante missão dos profissionais do Direito e, em especial, da própria justiça.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Liberalismo econômico. Atuação do Poder Judiciário.

A aplicação da Constituição, com seus múltiplos mandamentos, determina a pauta dos recentes acontecimentos na vida social brasileira, testemunhando que os desafios impostos aos profissionais jurídicos são renovados incessantemente. Por sua vez, o poder judiciário ocupa-se em estar preparado para atender ao crescente número de demandas decorrentes das mudanças econômicas anunciadas pelo novo modelo de gestão pública implantado em 2019 no nível federal, com reflexos esperados nas demais esferas de poder. Experiência não falta ao tradicional e meritocrático esteio da *República*. O que tem mudado é a expectativa dos usuários de seus serviços, querendo obter respostas rápidas de um sistema que deve conciliar princípios como *segurança jurídica e razoável duração do processo*. Também para esses novos desafios, tecnologia e capacitação são as palavras-chave.

1. O Estado brasileiro vivencia mudanças impostas por seus nacionais que fizeram escolhas políticas aptas a alterar um curso histórico que já se acreditava imutável, não só internamente, mas em boa parte do continente. Essa crença nos postulados, princípios e preceitos orientadores do modelo de gestão pública vigente no período de 2003 a 2016, tem sido alimentada, há certo tempo, por uma comunicação social dotada da mais ampla liberdade e um sistema educacional estruturado sob pilares como a liberdade de cátedra² e autonomia da universidade³; ambos previstos e protegidos no texto constitucional, do que resultou a compreensão mencionada.

Mudanças inquietam, mas conduzem a reflexões sobre suas origens que, não raro, levam à descoberta de que os novos fatos não são tão inéditos quanto imaginado. As anunciadas mudanças na gestão da economia para o período político-administrativo iniciado em

1. O autor é advogado, mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP e professor na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Bahia - UNEB.

2. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios (CF, art. 206): ... liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. A liberdade cátedra é um direito do professor, que poderá livremente exteriorizar seus ensinamentos aos alunos, sem qualquer ingerência administrativa, ressalvada, porém, a possibilidade da fixação do currículo escolar pelo órgão competente. RDA 139/52, apud Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, ed. Atlas, 2010, 26ª edição, pg. 837.

3. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão (CF, art. 207) financeira e patrimonial... Alexandre de Moraes, *op. cit.*, pg. 839.

2019 dão um exemplo desta assertiva; pois há trinta anos o constituinte originário brasileiro buscou conciliar os diversos interesses na sociedade, embora aparentemente conflitantes. É o que ocorre com a relação entre capital e trabalho, causadora de embates históricos que quase sempre resvalam para o âmbito decisório do poder judiciário, fazendo-o desdobrar-se na busca de soluções destinadas a pacificar os conflitos. Foi preciso, inclusive, especializar um de seus ramos -justiça do trabalho- para melhor atender às demandas⁴. Este, como os demais ramos, periodicamente sofre alterações⁵ para adaptar-se às novas exigências e vencer as severas críticas das quais o vetusto poder é vítima e que lhe são endereçadas por quem nem sempre compreende sua complexa atuação; e desconsidera o fato de que até para atuar perante ele é exigida uma preparação que dura um lustro de estudos no nível superior, no mínimo; tempo que aumenta para o pretendente a integrá-lo.

Quanto à referência feita ao capital, cabe lembrar que ele é um dos *fatores de produção* da riqueza nacional ou *recursos de produção da economia*⁶, ao lado do trabalho, a terra e a tecnologia, cada um com remuneração específica e foco de tensão na relação com os demais. Todo esse complexo cenário tende a provocar demandas jurídicas, não apenas pela proximidade da economia e o Direito⁷, mas também pela necessária acomodação de interesses, sempre que inovações são apresentadas ao conturbado tecido social. Além do que, a economia é um dos fatores do Direito, ao lado da moral, geografia, entre outros, condicionando as chamadas *fontes materiais do Direito* ou sua causa produtora, que são os fatos sociais, os problemas que emergem na sociedade⁸.

Essas mudanças, com avanços e recuos, não é novidade para o moderno jurista, a quem é imposta a atribuição de lidar com um sistema de normas jurídicas que foi ampliando sua complexidade e adentrando a todos os segmentos das relações sociais até vincular ou influenciar de forma definitiva o poder estatal (do qual o judiciário é parte) e quase todas as relações entre particulares. O fenômeno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁹ é exemplo desta realidade. Contudo, sempre é oportuno salientar que alguns setores da vida nacional possuem dinamismo próprio e capacidade de influenciar ou até mesmo condicionar diversos outros estamentos. É o caso da economia, com sua força própria e nem sempre obediente à vontade do governante de plantão. Muitos estadistas perderam seus empregos por desconsiderarem esta realidade e pretenderem sujeitar o complexo fenômeno econômico com normas de conveniência. Ainda é atual a lição deixada pelo constituinte derivado com a redação da emenda constitucional número 40, de 29 de maio de 2003, reconhecendo a impossibilidade de atender à determinação original do artigo 192 ditado pelo constituinte originário.

A assunção de novos dirigentes estatais enseja alterações normativas tendentes à aco-

4 CF/88, artigo 111 e seguintes.

5 Emenda constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004; Emenda nº 24, de 9.12.1999; Emenda nº 20 de 12.12.1998.

6 Garcia, Manuel Enriquez; Vasconcelos, Marco Antonio Sandoval de. *Fundamentos de economia*. Ed. Saraiva, SP, 2008, 3ª edição, pg. 10.

7 "...importantes conceitos da teoria econômica estão relacionados ou dependem do quadro de normas jurídicas do país. No mundo real, por um lado, as normas jurídicas molduram o campo de análise da teoria econômica e, por outro, o surgimento de novas questões econômicas atuam de modo a modificar esse arcabouço jurídico. Particularmente, nas últimas décadas, em função do expressivo avanço da liberalização dos mercados, tanto do comércio como das finanças internacionais, e a consequente redução da atividade econômica do Estado (o chamado neoliberalismo), vem ganhando mais importância o papel regulador do governo, visando garantir a defesa da concorrência e os direitos dos consumidores." Garcia, Manuel Enriquez; Vasconcelos, Marco Antonio Sandoval de. Op. cit., pg. 29.

8 Nader, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Editora Forense, RJ, 2008, 30ª edição, pgs. 142, 52-59.

9 É a também nominada "teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas", especialmente diante de atividades privadas que tenham um certo 'caráter público', por exemplo, em escolas (matrículas), clubes associativos, relações de trabalho etc. Pedro Lenza. *Direito constitucional esquematizado*. Editora Saraiva, SP, 17ª edição, 2013, p. 1038.

modação de interesses e cumprimento de metas anunciadas durante a campanha eleitoral. Já aconteceu noutros governos e com o atual não é diferente. É o que se vê com a proposta de emenda à Constituição (PEC) número 06/2019 de iniciativa do poder executivo e com rumorosa tramitação na Câmara dos deputados, visando aquela pretendida norma modificar o sistema de previdência social e estabelecer regras de transição, alterando 15 artigos e acrescentando um no texto principal da Constituição (22, 37, 38, 39, 40, 42, 109, 149, 167, 194, 195, 201, 201-A, 203, 239, 251) e alterando dois, acrescentando um, no ADCT -ato das disposições constitucionais transitórias- (8, 10, 115). Os observadores da cena político-jurídica avaliam com olhar agudo, v.g., as regras de transição relacionadas, principalmente, aos regimes próprios da previdência social. Certamente essa impactante norma e seus reflexos ocuparão a pauta do poder judiciário durante considerável período.

No nível infraconstitucional já houve rumores significativos quando foi alterada parcialmente a vetusta legislação trabalhista (lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017), com reflexo sensível na relação entre empregadores e empregados, bem como na estrutura sindical, há muito tempo beneficiária de tratamento preferencial na relação com o Estado. Há notícia de 41 ações diretas de inconstitucionalidade e duas ações declaratórias de constitucionalidade¹⁰. Estes números não deixam dúvida quanto ao extremo interesse das questões econômicas para o mundo jurídico que sofre esse impacto. Novas tensões surgirão quando forem pautadas outras reformas, como a tributária; pois as normas atualmente vigentes nesse segmento são objeto de constantes reclamações de contribuintes alegando que pagam muito, enquanto o Estado, por sua vez, nunca mostrou entusiasmo em diminuir sua receita ou cortar gastos. É outro foco de tensão.

Assentado, então, que a economia tem relevância para as questões jurídicas e proximidade com o direito - tanto na concepção deste, quanto na sua aplicação -, qualquer mudança naquela *ciência lúgubre*¹¹ deve ser objeto de estudo e apreensão no universo jurídico. Os rumos da economia interessam ao jurista. A mudança de rota de uma economia planejada¹² para um modelo de livre-mercado, permite ver significativo aumento do trabalho jurídico; e o primeiro instrumento de solução dos conflitos com que se pode contar é, justamente, o cipoal normativo nominado sistema jurídico, com a natural precedência da Constituição Federal, num sistema marcado pela constitucionalização do direito¹³.

Conforme já salientado, a primeira abordagem feita na presente avaliação é a necessidade de estar o profissional jurídico, especialmente o julgador, pronto para responder adequadamente às provocações que lhe são endereçadas quando há mudanças políticas com base econômica. Se mudanças pontuais na gestão das políticas públicas e econômicas já inquietam e provocam avalanche de demandas judiciais¹⁴, é natural esperar que mudanças como as já

10 <http://www.saadadvocacia.com.br/publicacoes/noticias/69-tabela-das-adins-reforma-trabalhista>

11 *Economia. Assim a nominou Thomas Carlyle (04.12.1975 / 05.02.1881, UK), in Occasional discourse on the negro question.*

12 Andrade, Paulo Roberto Siqueira de. *Economia política para o curso de direito*. Editora Freitas Bastos, RJ, 2005, pg. 10. "Economia centralizada (ou centralmente planejada) é a denominação dada às economias socialistas, por oposição à descentralização que caracteriza as economias capitalistas ou de mercado. Distingue-se pela propriedade estatal dos meios de produção e pela planificação centralizada da economia nacional..." Sandroni, Paulo. *Dicionário de economia e administração*. Coleção Os economistas. Editora Nova Cultural, SP, 1996, p. 130.

13 ...com constitucionalização do direito quer-se aqui fazer menção... à irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito. O principal aspecto dessa irradiação ... revela-se na vinculação das relações entre particulares a direitos fundamentais... Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalização do direito*. Editora Malheiros, SP, 1ª ed., 2ª tiragem, 2008, p. 18.

14 Ricardo Bonfim (DCI, SP, 14.11.2018) alude a um milhão de ações que tramitaram no poder judiciário alusivas aos prejuízos com os planos econômicos (...pagamento de diferenças de expurgos inflacionários relativos aos planos econômicos) das décadas de 1980 e 1990, destacando os Planos Collor 1 e 2 (1990 e 92), Bresser (1987), Verão (1989);

mencionadas e anunciadas para o quadriênio iniciado em 2019 causem um tsunami no já sobrecarregado poder judiciário. Se vier o aumento no número de litígios, que não cause surpresa; se não vier, o preparo não terá sido em vão, porque preparação nunca é demais.

Sendo a economia a ciência que estuda os meios de atendimento às necessidades de um povo¹⁵; povo este que sempre elege seus governantes em busca de efetivação dos ideais retratados na pirâmide de Abraham Maslow sobre a hierarquia dos motivos humanos ou necessidades fisiológicas, de segurança, afiliação, autoestima e autorrealização¹⁶, mostra-se mais assertiva a proximidade entre direito e economia, ensejando até mesmo uma análise econômica do direito, na lição de Ivo Gico Jr:

O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A análise econômica do direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentas teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências¹⁷.

Este apaixonante campo de estudos tem ocupado esforços aqui e alhures, v.g., Richard A. Posner, com obras como *A economia da Justiça* (POSNER, 2010).

Mesmo sem adentrar a uma análise aprofundada do que se poderia chamar de Constituição econômica, é perceptível que este principal texto normativo (CF/88), enquanto ponto de partida¹⁸ na busca de solução dos conflitos, não é hostil a um *sistema capitalista liberal, regido pelas forças de mercado, no qual predomina a livre iniciativa e a propriedade privada dos fatores de produção*¹⁹. Aliás, esta harmonia com a livre iniciativa é o quarto fundamento

cabendo salientar o acordo coletivo feito nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 165, com notícia de que aquele acordo injetaria R\$ 12 bilhões na economia, segundo as partes. É o que pode ser consultado nos sites: <https://www.dci.com.br/legislacao/stf-pessiona-consumidores-a-aderir-a-acordo-sobre-planos-economicos-1.758203>; <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=369681>

15 “Todos os problemas de natureza econômica que se apresentam dentro de uma economia moderna possuem uma origem comum, um cerne, que reside na escassez dos recursos produtivos. Estes são limitados, impossibilitando, assim, a produção dos diferentes bens e serviços que atendam às necessidades vitais e de civilização dos indivíduos, mormente as últimas, de forma plena. Com efeito, as necessidades humanas caracterizam-se por serem infinitas e ilimitadas, enquanto os recursos produtivos são finitos e limitados”. Garófalo, Gilson de Lima; Carvalho, Luiz Carlos Pereira de. *Teoria microeconômica*. Editora Atlas, SP, 1988, 2ª edição., p. 17.

“A palavra economia, na Grécia Antiga, servia para indicar a administração da casa, do patrimônio particular; enquanto a administração da polis (cidade-estado) era indicada pela expressão ‘economia política’. A última expressão caiu em desuso e só voltou a ser empregada na época do mercantilismo pelo economista francês Antoine Montchrestien (1615); os economistas clássicos utilizavam-na para caracterizar os estudos sobre a produção social de bens visando à satisfação de necessidades humanas no capitalismo. Foi somente com o surgimento da escola marginalista, na segunda metade do século XIX, que a expressão ‘economia política’ foi abandonada, sendo substituída apenas por ‘economia’. Desde então, é a denominação dominante nos meios acadêmicos, enquanto o termo ‘economia política’ ficou restrito ao pensamento marxista”. Sandroni, Paulo. *Op. cit.*, p. 130.

16 Conf. Hesketh, José Luiz; Costa, Maria T.P.M., em <http://www.scielo.br/pdf/rae/v20n3/v20n3a05>

17 Introdução ao direito e economia. Capítulo no livro: *Direito e economia no Brasil*. Editora Atlas, SP, 2011, p. 1.

18 “Princípio da inegabilidade dos pontos de partida... Um exemplo de premissa desse gênero, no direito contemporâneo, é o princípio da legalidade, inscrito na Constituição, e que obriga o jurista a pensar os problemas comportamentais com base na lei, conforme a lei, para além da lei, mas nunca contra a lei.” (Ferraz Junior, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Editora Atlas, SP, 2007, 5ª ed., pg. 48).

19 Andrade, Paulo Roberto Siqueira de. *Op. cit.*, pg. 9.

da República²⁰; é o segundo e quarto, dentre os princípios da ordem econômica, fundada na livre iniciativa²¹, com expressa previsão do livre exercício de qualquer atividade econômica. Essa disposição normativa é consentânea com lições doutrinárias, v.g., a de José Afonso da Silva²², “ao considerar que a Constituição Republicana de 1988 agasalha a opção econômica capitalista ao preceituar o princípio da livre iniciativa, da propriedade privada e da livre concorrência como base do sistema econômico. Embora admita que há uma abertura ao caminho das transformações sociais”²³.

Fábio Ulhoa Coelho escreveu que o perfil econômico da Constituição Federal possui natureza neoliberal:

“Historicamente, a expressão (neoliberal) teria sido utilizada pela primeira vez em discursos governamentais justificadores das medidas de reconstrução das estruturas da economia capitalista, abaladas pela crise de 1929. Em tal contexto, o neoliberalismo é a forma de se acentuar que o dirigismo estatal, então implementado, não poderia ser confundido com a planificação econômica centralizada e o socialismo, experimentados na União Soviética.”²⁴

Conclui-se que, ao contrário de seus aplicadores, a Constituição e as leis da República não têm preferências e dotam o gestor público de todos os meios necessários para o sadio relacionamento com uma economia apta a criar riqueza e bem-estar; mostram que não há qualquer atropelo da ordem social, legal ou constitucional, na marcha dos recentes acontecimentos sócio-político-econômicos. Por consequência, a atividade jurídica, especialmente a judicial, continuará sua trajetória de máxima garantia da estabilidade na sociedade brasileira, não importando que a política ou a economia transitem pela direita, esquerda ou pelo centro das apaixonadas opções ideológicas.

20 CF/88, artigo 1º: A RFB tem como fundamentos: IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

21 CF/88, artigo 170, caput (livre iniciativa) e incisos II (propriedade privada) e IV (livre concorrência).

22 ...aqui, como no mundo ocidental em geral, a ordem econômica consubstanciada na Constituição não é senão uma forma econômica capitalista, porque ela se apoia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170). Isso caracteriza o modo de produção capitalista, que não deixa de ser tal por eventual ingerência do Estado na economia nem por circunstancial exploração direta de atividade econômica pelo Estado e possível monopolização de alguma área econômica, porque essa atuação estatal ainda se insere no princípio básico do capitalismo que é a apropriação exclusiva por uma classe dos meios de produção, e, como é essa mesma classe que domina o aparelho estatal, a participação deste na economia atende a interesses da classe dominante. *Curso de direito constitucional positivo*, editora Malheiros, SP, 2007, 29ª ed., pg. 786.

23 Marcelo Feitosa Zamora. Uma Breve Análise da Constituição Econômica Brasileira, em: <https://marceloz191.jusbras-sil.com.br/artigos/193320500/uma-breve-analise-da-constituicao-economica-brasileira> Acesso em 26.05.2019.

24 Coelho, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, volume 1: direito de empresa – 16. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, apud Marcelo Feitosa Zamora, *op. cit.*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

