



VOLUME 23

HERMES ZANETI JR.  
THAIS MILANI DEL PUPO (ORGS.)

# Processo, justiça e constituição





Esta obra foi selecionada para integrar a “Coleção Pesquisa Ufes”, a partir de Chamada Pública feita pela Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação (PRPPG) da Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes) aos programas de pós-graduação da universidade.

A seleção teve por base pareceres que consideraram critérios de inovação, relevância e impacto.

O financiamento da Coleção foi viabilizado por meio do Programa de Apoio à Pós-Graduação (Proap) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e de recursos do Tesouro Nacional.



**Universidade Federal  
do Espírito Santo**



**Editora Universitária – Edufes**

Filiada à Associação Brasileira  
das Editoras Universitárias (Abeu)

Av. Fernando Ferrari, 514  
Campus de Goiabeiras  
Vitória – ES · Brasil  
CEP 29075-910

+55 (27) 4009-7852  
edufes@ufes.br  
www.edufes.ufes.br

**Reitor**

Paulo Sergio de Paula Vargas

**Vice-reitor**

Roney Pignaton da Silva

**Chefe de Gabinete**

Zenólia Christina Campos Figueiredo

**Diretor da Edufes**

Wilberth Salgueiro

**Conselho Editorial**

Carlos Roberto Vallim, Eliana Zandonade,  
Eneida Maria Souza Mendonça, Fátima Maria  
Silva, Graziela Baptista Vidaurre, Isabella Vilhena  
Freire Martins, José André Lourenço, Marcos  
Vogel, Margarete Schat Góes, Rogério Borges  
de Oliveira, Sandra Soares Della Fonte, Sérgio da  
Fonseca Amaral

**Secretaria do Conselho Editorial**

Douglas Salomão

**Administrativo**

Josias Bravim  
Washington Romão dos Santos

**Seção de Edição e Revisão de Textos**

Fernanda Scopel, George Vianna,  
Jussara Rodrigues, Roberta  
Estefânia Soares

**Seção de Design**

Ana Elisa Poubel, Juliana Braga,  
Samira Bolonha Gomes, Willi Piske Jr.

**Seção de Livraria e Comercialização**

Adriani Raimondi, Dominique Piazzarollo,  
Marcos de Alarcão, Maria Augusta  
Postinghel, Maria de Lourdes Zampier



Este trabalho atende às determinações do Repositório Institucional do Sistema Integrado de Bibliotecas da Ufes e está licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

Para ver uma cópia desta licença, visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.



#### Diretora da MC&G Editorial

Maria Clara Costa

#### Secretaria do Conselho Editorial

Helena Pires Coelho

#### Seção de Edição e Revisão de Textos

Joyce Guimarães | Carlos Otávio Flexa | Roberto Azul

#### Seção de Design

Glauco Coelho | Moises Collares

#### Conselho Editorial

Alexandra Santos Pinheiro | UFGD | Brasil  
Angélica Ferrarez de Almeida | UERJ | Brasil  
Antonio Liberac C. Simões Pires | UFRB | Brasil  
Arlindo Nkadibuala | UniRovuma | Moçambique  
Juan Miguel González Velasco | UMSA | Bolívia  
Luciano Brito | UFRB | Brasil  
Maria Alice Resende | UFRB | Brasil  
Núria Lorenzo Ramírez | UB-GREC | Barcelona  
Rosy de Oliveira | UFRB | Brasil  
Thayse Figueira Guimaraes | UFGD | Brasil

#### Preparação de texto

Carlos Otávio Flexa

#### Projeto gráfico

Edufes

#### Diagramação e capa

Glauco Coelho

#### Revisão de texto

Roberto Azul

Fotografia da capa por  
Telo Filho obtida em  
<https://unsplash.com/>.

Esta obra foi composta com  
a família tipográfica Crimson Text.

#### Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)

P963      Processo, justiça e constituição [recurso eletrônico] / orgs. Hermes Zaneti Jr. e Thais Milani Del Pupo. — Vitória : EDUFES ; Rio de Janeiro : MC&G, 2022.  
Dados eletrônicos (e-Pub). — (Coleção Pesquisa UFES ; 23).

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-65-88077-00-9 [coleção]

ISBN: 978-65-88077-29-0

1. Direito processual. 2. Processo civil. 3. Direito constitucional - Brasil. I. Del Pupo, Thais Milani. II. Título.

CDD : 347.8105

Biblioteca Priscila Pena Machado – CRB - 7/6971

HERMES ZANETI JR.  
THAIS MILANI DEL PUPO (ORGS.)

# Processo, justiça e constituição



Vitória, 2022

# *Nota dos organizadores*

Esta obra coletiva é a junção de dois seminários ocorridos na idílica Pedra Azul, Domingos Martins, Espírito Santo, no final dos anos de 2017 e de 2018.

Em um ambiente de imersão total, no estilo Europeu, seguindo a tradição de grandes universidades, de “Constitucionalização do Processo” do Mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo se reuniram durante dois dias inteiros de atividades, no Hotel Bristol Vista Azul.

Na ocasião, em uma verdadeira festa do conhecimento, enfrentaram debates com seus colegas, o professor titular da disciplina Hermes Zaneti Jr. e com professores convidados do Programa de Pós-Graduação em Direito, Prof. Dr. Gilberto Fachetti, Prof. Dr. Ricardo Gueiros e Profa. Dra. Adriana Campos, também coordenadora do Programa de Pós-Graduação, e do pesquisador independente, colaborador no mestrado da Ufes durante a disciplina, professor da FDV, Prof. Me. Carlos Frederico Bastos Pereira. No ano de 2018 o encontro contou, também, com a presença do professor da Universidade de Buenos Aires e Vice-Presidente da Associação Argentina de Direito Processual, o Prof. José Maria Salgado.

A iniciativa pretendeu cobrir os principais tópicos da disciplina em uma visão sintética, prática e profunda dos temas mais importantes do Direito Processual Civil Brasileiro à luz do Código de Processo Civil de 2015.

Foram enfrentados e debatidos à luz da bibliografia clássica e contemporânea os temas relacionados: ao conceito de processo e, também do conceito de Processo Coletivo no contexto da passagem da lei processual para o processo constitucional e a interpretação do Direito Processual a partir da Constituição; o contraditório em sua feição democrática e a passagem do contraditório formal para o contraditório substancial; a boa-fé processual como norma fundamental; a fundamentação hermenêutica e analiticamente adequada das decisões judiciais; a transação dos direitos indisponíveis no sistema multiportas; a tutela provisória e as técnicas de distribuição do tempo no processo; a adequação do procedimento; a coisa julgada

e suas principais modificações; a passagem da jurisprudência persuasiva para os precedentes normativos formalmente vinculantes; a adoção dos meios atípicos em detrimento de um modelo de tipicidade dos meios típicos de execução; a primazia de julgamento de mérito em grau recursal e a diminuição da recorribilidade.

Como se pode perceber, a presente obra alcançou-se quase a integralidade do arco processual, desde a petição inicial à satisfação, tópicos que concentram a essência do Código de Processo Civil, estudados e debatidos sempre sob a ótica de um Direito Processual que opera para a tutela de pessoa e direitos.

As interessantes perspectivas de análise dos temas, são substratos autônomos do esforço intelectual dos mestrandos — hoje em sua grande maioria já Mestres em Processo, pela Universidade Federal do Espírito Santo — e na ocasião do Congresso foram testadas e debatidas com professores experientes, para só então serem apresentadas aos acadêmicos e profissionais do Direito vertidas em texto.

Por fim, tal como na sala de aula, o sucesso dos debates encontra-se no esforço conjunto, é preciso mencionar aquelas sem os quais este trabalho e os seminários não seriam possíveis, as dedicadas alunas do mestrado Michelle Ivair e Gabriela Gusella.

A publicação destes estudos, acrescido de um texto com Fredie Didier Jr. sobre os impactos do Código de Processo Civil no conceito de processo coletivo, é uma oportunidade de agradecer a generosidade do PPGDir UFES, da comunidade acadêmica do Espírito Santo e de estimular novos debates e, quem sabe, mais encontros como estes, que imortalizados neste volume, possam aos poucos assentar mais tijolos no edifício do conhecimento.

*Hermes Zaneti Jr.*

*Thais Milani Del Pupo*

Vitória, março de 2020.

# Sumário

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Introdução à obra.....</b>  | <b>16</b> |
| <br>   |           |
| <b>1. O Conceito de processo no atual sistema processual brasileiro.....</b>   | <b>17</b> |
| <i>Francisco Vieira Lima Neto</i>  |           |
| <i>Lucas Pacif do Prado Muniz</i>  |           |
| <i>Thais Milani Del Pupo</i>   |           |
| <br>   |           |
| 1.1 Introdução.....  | 17        |
| 1.2 Breve esboço sobre os conceitos de processo.....   | 19        |
| 1.3 Conceito de processo no código de processo civil de 2015.....  | 22        |
| 1.4 Conclusão.....   | 23        |
| Referências.....   | 25        |
| <br>   |           |
| <b>2. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos —<br/>espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções.....</b> | <b>27</b> |
| <i>Fredie Didier Jr.</i>   |           |
| <i>Hermes Zaneti Jr.</i>   |           |
| <br>   |           |
| 2.1 Nota Introdutória.....   | 27        |
| 2.2 Conceito de processo coletivo.....   | 28        |
| 2.3 Instrumentos para a tutela das situações jurídicas coletivas no direito brasileiro:<br>a ação coletiva e o incidente de julgamento de casos repetitivos.....     | 30        |
| Referências.....   | 34        |
| <br>   |           |
| <b>3 Conflicto masivo y proceso.....</b>   | <b>36</b> |
| <i>José María Salgado</i>  |           |
| <br>   |           |
| I.....   | 36        |
| II.....  | 38        |
| III.....   | 39        |

|                    |    |
|--------------------|----|
| IV .....           | 41 |
| V .....            | 45 |
| VI .....           | 48 |
| VII (.....)        | 50 |
| Conclusiones ..... | 51 |

**4. Da lei processual à constituição: a necessária remissão constitucional na interpretação do direito processual civil positivo ..... 52**

*Geovany Cardoso Jeveaux*

*Bárbara Altoé Puppín*

*João Guilherme Gualberto Torres*

*Michelle Ivair Cavalcanti de Oliveira*

|  |    |
|--|----|
| 4.1 Notas introdutórias .....  | 52 |
| 4.2 Acordos Semânticos .....   | 55 |
| 4.3 Necessária remissão constitucional na interpretação do direito processual positivo ..... | 56 |
| 4.4 Considerações finais .....   | 59 |
| Referências .....  | 60 |

**5. A análise econômica do direito e a interpretação jurídica ..... 63**

*Tárek Moysés Moussallém*

*José Borges Teixeira Júnior*

|   |    |
|---|----|
| 5.1 Introdução .....  | 63 |
| 5.2 Os fundamentos da análise econômica do direito .....                            | 64 |
| 5.3 Comentários acerca do ferramental teórico da análise econômica do direito ..... | 69 |
| 5.4 A racionalidade epistemológica da teoria da escolha racional .....              | 73 |
| 5.5 Conclusão .....   | 74 |
| Referências .....   | 76 |

**6. O contraditório no processo democrático e asua aceção no código de processo civil..... 79**

*Adriana Pereira Campos*

*João Vitor Sias Franco*

*Pedro Luiz de Andrade Domingos*

|  |    |
|--|----|
| 6.1 Introdução.....  | 79 |
| 6.2 O princípio do contraditório nos diversos modelos de processo..... | 80 |
| 6.3 O contraditório democrático.....                                   | 81 |
| 6.4 O contraditório no CPC/2015.....                                   | 85 |
| 6.5 Considerações finais.....  | 87 |
| Referências.....   | 88 |

## **7. Do contraditório formal ao contraditório substancial ..... 91**

*Guilherme Simon Lube*

*Reichiele V. Vervloet de Carvalho*

*Ronald Kruger Rodor*

|   |    |
|---|----|
| 7.1 Introdução.....   | 91 |
| 7.2 Origem e Evolução da Noção de Direito ao Contraditório na Legislação Brasileira.....  | 92 |
| 7.3 Mudança da noção de contraditório: contraditório como direito fundamental e como elemento dinâmico do processo.....                               | 93 |
| 7.4 Direito ao contraditório no cpc/2015, a possibilidade de influir na formação da decisão judicial e o princípio da vedação à decisão surpresa..... | 95 |
| 7.5 Conclusão.....  | 97 |
| Referências.....  | 99 |

## **8. Boa-fé objetiva processual: de princípio implícito à norma fundamental do processo civil brasileiro..... 101**

*Arthur Lopes Lemos*

*Henrique Zumak Moreira*

*Vitor Rodrigues Gama*

|  |     |
|--|-----|
| 8.1 Introdução.....  | 101 |
| 8.2 A origem da boa-fé objetiva processual.....  | 102 |
| 8.2.1 Boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva.....  | 103 |
| 8.2.2 Formas de aplicação da boa-fé pela doutrina alemã ao processo ( <i>treu und Glauben</i> )..... | 104 |
| 8.2.3 O modelo de boa-fé adotado no direito processual civil brasileiro ...                          | 105 |
| 8.3 A boa-fé objetiva processual e o ordenamento jurídico brasileiro.....                            | 105 |
| 8.3.1 O fundamento constitucional da Boa-Fé Objetiva Processual.....                                 | 106 |
| 8.3.2 A Boa-Fé Objetiva Processual e o CPC/15.....   | 106 |

|  |     |
|--|-----|
| 8.3.3 Hipóteses típicas de aplicação da Boa-Fé Objetiva Processual.....            | 106 |
| 8.3.4 Hipóteses atípicas de aplicação da Boa-Fé Objetiva Processual.....           | 106 |
| 8.3.5 A extensão da Boa-Fé Objetiva Processual a qualquer participante do processo | 107 |
| 8.4 Considerações finais .....   | 107 |
| Referências .....  | 108 |

## **9. Breves comentários aos métodos adequados de resolução de conflitos..... 111**

*Aline Simonelli Moreira*

*Giovana Aparecida Fazio Zanetti*

*Rafael Gaburro Dadalto*

|   |     |
|---|-----|
| 9.1 Da política estatal para priorização da autocomposição .....    | 111 |
| 9.2 Do princípio da decisão informada na autocomposição .....       | 112 |
| 9.3 Da obrigatoriedade da audiência do artigo 334 do CPC .....      | 113 |
| 9.4 Da possibilidade de autocomposição em ações de improbidade..... | 114 |
| Referências .....   | 117 |

## **10. Os tratamentos adequados de solução de conflitos: um caminho ao modelo cooperativo proposto na teoria da justiça de Axel Honneth?..... 119**

*Ricardo Gueiros Bernardes Dias*

*Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira*

|   |     |
|---|-----|
| 10.1 Introdução .....   | 119 |
| 10.2 A liberdade jurídica em Axel Honneth.....  | 120 |
| 10.3 Os tratamentos adequados de resolução de conflito e a liberdade jurídica de Axel Honneth ..... | 126 |
| 10.4 Na contramão do modelo cooperativo? .....  | 129 |
| 10.5 Conclusão .....  | 132 |
| Referências .....   | 133 |

## **11. Algumas questões sobre a transação de direitos indisponíveis no contexto do sistema de justiça multiportas..... 135**

*Betânia Teodora Andrade da Silva*

*Caroline Bolsoni Ribeiro*

*Manuela Coutinho Costa*

*Maria Izabel Pereira de Azevedo Altoé*

|   |     |
|---|-----|
| 11.1 Introdução .....   | 135 |
| 11.2 Retomando o problema do controle semântico dos direitos indisponíveis .....                                    | 136 |
| 11.3 Proposta de redimensionamento do conceito direitos indisponíveis .....   | 138 |
| 11.4 A legitimação extraordinária e a intangibilidade do direito material<br>para o legitimado extraordinário ..... | 139 |
| 11.5 Conclusão .....  | 141 |
| Referências .....   | 143 |

**12. A adequação do procedimento.....145**

*Helio Antunes Carlos*

*Leonardo Goldner Dellaqua*

|  |     |
|--|-----|
| 12.1 Introdução .....  | 145 |
| 12.2 A natureza da adequação do procedimento .....                   | 146 |
| 12.3 A adequação do procedimento segundo a vontade manifestada ..... | 146 |
| 12.3.1 Da adequação judicial.....                                    | 148 |
| 12.3.2 Da adequação convencional .....                               | 148 |
| 12.4 Conclusões .....  | 151 |
| Referências .....  | 152 |

**13. Da tutela provisória às técnicas de distribuição do ônus do tempo no processo.....154**

*Gabriel Pereira Garcia*

*Hector Cavalcanti Chamberlain*

*Patrícia de Arruda Pereira*

*Pedro Lenno Rovetta Nogueira*

|   |     |
|---|-----|
| 13.1 Introdução .....   | 154 |
| 13.2 Estabilização da tutela antecipada antecedente e técnica monitoria ..... | 155 |
| 13.3 Pressupostos da estabilização .....                                      | 156 |
| 13.4 O confronto entre estabilização e coisa julgada.....                     | 158 |
| 13.5 Conclusão .....  | 159 |
| Referências .....   | 161 |

**14. Da jurisprudência dominante persuasiva aos precedentes normativos formalmente vinculantes.....164**

*José Angel Cornielles*

*Nauani Schades Benevides*

*Ricardo Chamon Ribeiro II*

|   |     |
|---|-----|
| 14.1 Introdução .....   | 164 |
| 14.2 Aproximação entre o <i>common law</i> e o <i>civil law</i> . Precedentes como fonte do direito ..... | 165 |
| 14.3 Da aplicação dos precedentes formalmente vinculantes .....   | 168 |
| 14.4 A função das cortes supremas no estado democrático constitucional .....                              | 169 |
| 14.5 Conclusão .....  | 170 |
| Referências .....   | 171 |

**15. Do modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes .....174**

*Gabriel Sardenberg Cunha*

*Nádia Ceccon Libardi*

*Pedro Machado Tavares*

|  |     |
|--|-----|
| 15.1 Introdução .....  | 174 |
| 15.2 A concepção do precedente.....  | 175 |
| 15.2.1 Definição material e formal do precedente .....   | 175 |
| 15.2.2 Dos requisitos materiais para a formação do precedente.....   | 175 |
| 15.2.3 Precedente, jurisprudência, súmula e teses fixadas em procedimentos de formação de precedentes – diferenças e aproximações..... | 176 |
| 15.3 A obrigatoriedade racional do precedente .....  | 177 |
| 15.3.1 Precedente e Teoria da Argumentação/Interpretação .....   | 177 |
| 15.3.2 Distinção teórica entre texto e norma .....   | 177 |
| 15.3.3 Obrigatoriedade racional e formal .....   | 178 |
| 15.4 Modelo de precedentes no código de processo civil de 2015.....  | 178 |
| 15.4.1 Jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente e a vinculatividade normativa dos precedentes .....                        | 179 |
| 15.4.2 Metodologia de julgamento e aplicação dos precedentes .....   | 179 |
| 15.5 Conclusão .....   | 180 |
| Referências .....  | 181 |

**16. Breves anotações sobre a coisa julgada no código de processo civil de 2015 .....183**

*Gabriel Zoboli de Assis*

*Rafaella Boone Schimidt*

*Vladimir Cunha Bezerra*

|  |     |
|--|-----|
| 16.1 Introdução .....                                      | 183 |
| 16.2 Conceito de coisa julgada .....                       | 184 |
| 16.3 Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada ..... | 186 |
| 16.4 Relativização da coisa julgada .....                  | 188 |
| 16.5 Considerações finais .....                            | 189 |
| Referências .....  | 190 |

**17. Princípio da primazia da resolução do mérito em grau recursal .....193**

*Sara Barbosa Miranda*

*Walméia Elyze Carvalho*

|   |     |
|---|-----|
| 17.1 Introdução .....   | 193 |
| 17.2 Ataque à jurisprudência defensiva .....  | 195 |
| 17.3 Saneabilidade dos vícios .....   | 196 |
| 17.3.1 Hipóteses de não incidência da regra prevista no artigo 932,<br>Parágrafo Único, do CPC..... | 197 |
| 17.4 Fungibilidade recursal .....   | 199 |
| 17.5 Conclusão .....  | 200 |
| Referências .....   | 202 |

**18. Da diminuição dos recursos à diminuição da recorribilidade.....204**

*Carolina Biazatti Borges*

*Daine Gonçalves Ornellas Lima*

*Ricardo Ribeiro dos Santos*

|   |     |
|---|-----|
| 18.1 Introdução .....   | 204 |
| 18.2 O CPC/15 e a incidência das “normas fundamentais” do modelo<br>constitucional do processo: uma nova racionalidade ao sistema recursal..... | 205 |
| 18.3 A função das cortes de vértice e o reflexo no modelo recursal brasileiro .....   | 207 |
| 18.4 Algumas das inovações dos recursos em espécie e suas problemáticas.....  | 208 |

|                      |     |
|----------------------|-----|
| 18.5 Conclusão ..... | 209 |
| Referências .....    | 211 |

**19. Dos meios típicos aos meios atípicos de execução.....213**

*Cynthia S. Lacerda Cunha*

*Davi Amaral Hibner*

*Vander Santos Giuberti*

|  |     |
|--|-----|
| 19.1 Introdução .....  | 213 |
| 19.2 O direito fundamental à propriedade e o direito fundamental à tutela executiva.....                 | 214 |
| 19.3 A atipicidade do procedimento para execução nas obrigações de pagar quantia certa .....             | 216 |
| 19.4 A aplicação do brocardo <i>nulla executio sine titulo</i> e o Artigo 515, Parágrafo 2º, do CPC..... | 218 |
| 19.5 Conclusão .....   | 219 |
| Referências .....  | 221 |

**20. Considerações acerca das medidas atípicas no CPC/15..... 223**

*Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira*

*Lorena Rodrigues Lacerda*

*Luiza Tosta Cardoso*

*Priscila Ferreira Menezes*

|  |     |
|--|-----|
| 20.1 Introdução .....  | 223 |
| 20.2 Da tipicidade à atipicidade – mudança paradigmática CPC/1973 e CPC/2015 .....   | 224 |
| 20.3 Da discussão doutrinária acerca da (in) constitucionalidade das medidas atípicas<br>na execução de pagar quantia..... | 225 |
| 20.4 A atipicidade dos meios executivos nos tribunais .....  | 227 |
| 20.5 Considerações finais .....  | 227 |
| Referências .....  | 229 |

**Índice .....** 232

**Sobre os organizadores /autores..... 234**

## *Introdução à obra*

En el mes de diciembre de 2018 fui invitado por Hermes Zaneti Jr. a dar una conferencia a la Universidad Federal de Espírito Santo, en Vitoria, Brasil, en el marco del Posgrado en Derecho Procesal Civil. Más allá de la calidez y hospitalidad con que fui recibido, noté un gran compromiso de los asistentes con la investigación.

Luego de la conferencia, en el segundo y tercer día de mi visita, se realizó un Seminario en Piedra Azul, parque estatal ubicado a unos 100 kilómetros de Vitoria, donde se trasladaron todos los estudiantes.

La experiencia fue realmente importante. Tuvieron la delicadeza de invitarme a escuchar y debatir cada uno de los temas de investigación escogidos para concluir el Posgrado. Claramente todos los que concurrimos al Seminario salimos modificados y enriquecidos. Los intensos debates sobre cuestiones novedosas, en los que se expusieron en forma sintética las líneas de investigación trazadas, merecieron observaciones, críticas y sugerencias de todos los asistentes.

Fruto de ese esfuerzo, del empeño en la investigación y del compromiso con la evolución del Derecho Procesal Civil, guiados y alentados por Zanetti, son los trabajos que conforman esta obra.

Mi agradecimiento, nuevamente, por hacerme parte.

*José María Salgado*  
Buenos Aires, marzo de 2020.

# *O conceito de processo no atual sistema processual brasileiro*

*Francisco Vieira Lima Neto*

*Lucas Pacif do Prado Muniz*

*Thais Milani Del Pupo*

## 1.1 INTRODUÇÃO

A consagração do processo como elemento cultural lhe agregou a importante noção de humanidade, socialidade e normatividade, assim, indubitavelmente, já não mais se admite uma dissociação entre o Sistema Cultural e o Sistema Jurídico. Desse modo, tal como a Cultura<sup>1</sup> também é produto de seu tempo, os elementos do Direito sofrem influxo direto dos aspectos históricos, sendo estes fundamentais, portanto, à compreensão de processo.

Neste diapasão distinguiu-se historicamente o processo em quatro fases: praxismo, processualismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo, ou processo civil no Estado Constitucional.<sup>2</sup>

No presente estudo, adotaremos como premissa que o novel diploma processual surge sob a égide do formalismo-valorativo, que se mostra como teoria científica adequada ao atual contexto histórico, pois confere mais poder às partes para atuar nos processos mediante participação, ao mesmo passo em que provoca uma desconcentração de poderes do Estado-juiz em um processo baseado em pressupostos de globalidade, intercomunicação e valores positivados no ordenamento jurídico (DEL PUPO, 2019, p. 28).

---

1 Neste aspecto utilizamos cultura segundo o aspecto da civilidade, tomando-a por noção coletiva e transindividual, que emerge a partir do momento histórico e evolutivo social. Conferir em Falzea (1999, p. 190-191).

2 Conferir em Jobim (2014), Mitidiero (2015), Madureira (2017) e Zaneti JR. (201).

Rompendo, assim, com o império do tecnicismo presente no Código de Processo Civil de 1973 (OLIVEIRA, 2008, p. 17).

Destarte, o novo sistema processual civil transformou o processo no *locus* onde ocorrem as discussões democráticas.<sup>3</sup> Portanto, trata-se de elemento para concretização do modelo deliberativo procedimental entre as partes, tendo em vista o requisito da busca pela correção como forma de controle pelos participantes e pela sociedade, em que se pretende solução para o problema fundamental da justiça.

Este novo paradigma atende aos pressupostos da adequação, efetividade e tempestividade dos direitos, “buscando uma tutela de pessoas, acima de tudo, pois é delas que se constituiu o processo” (DEL PUPO, 2019, p. 29). Assim sendo, ação deve dar ensejo a efetiva realização do direito pleiteado pela parte, bem como a prestação da tutela específica do direito (MARINONI, 2017, p. 209-211), deixando para trás o aspecto tecnicista que impregnava o diploma anterior.

Nessa perspectiva de conceber o processo, se admite maior substancialização nas relações entre os envolvidos, para que haja uma construção de soluções com vistas em resultados representantes e efetivos da participação em contraditório. Rejeita-se, assim, a abstração excessiva, ao contrário, pretende-se estabelecer equilíbrio entre a abstração do direito previsto com o direito reconstruído a partir da prática procedimental no processo.

Antes de esboçar qualquer definição do conceito de processo, é necessário compreender a complexidade presente neste ato, pois o vocábulo processo é afetado por vícios de linguagem, como a ambiguidade, a vaguidade e a carga emotiva, presentes na linguagem ordinária, cabendo ao cientista jurídico tentar eliminá-las, na medida do possível (GUIBOURG, 2004, p. 33).

Ressalta-se, ainda, que a tarefa de definição, realizada pelo sujeito cognoscente é pessoal e unilateral, o que implica dizer que as características definitórias são eleitas por ele para atender ao seu próprio anseio. Não é difícil prever que na seara jurídica, existirão inúmeras definições para o conceito de *processo*, contemplando distintas características definitórias. Assim sendo, a definição do referido conceito deverá ser resgatada do trabalho de cientistas jurídicos já reconhecidos pelo trabalho de expurgação dos vícios linguísticos.

Posto isso, visamos, a partir das premissas adotadas, a delinear o conceito de processo que melhor se adapta à fase metodológica atual, e, conseqüentemente, ao diploma processual de 2015.

---

3 Nesse sentido é a explicação de Daniel Mitidiero (2015, p. 47): “[...] a democracia participativa, tida mesmo como um direito fundamental de quarta dimensão, sugere a caracterização do processo como um espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo. Nessa quadra, potencializa-se o valor da participação no processo, incrementando-se as posições jurídicas das partes no processo a fim de que esse se constitua firmemente como um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais.”

## 1.2 BREVE ESCORÇO SOBRE OS CONCEITOS DE PROCESSO

A concepção de Elio Fazzalari inaugurou uma nova forma de ver o processo,<sup>4</sup> outrora adstrita à noção de relação jurídica processual, quando concebe a “[...] estrutura dialética do procedimento”, qual seja, o contraditório (FAZZALARI, 2006, p. 119) e, nesta égide, tratando-o como espécie de procedimento, que dele se diferencia a partir do tratamento destinado a cada um dos participantes no cenário processual — atores estes que serão atingidos pela norma final, e, por isso mesmo, devem atuar com simetria, ou, para usar o termo mais correto, em contraditório.<sup>5</sup>

Ao estabelecer o contraditório como elemento basilar para a concepção de processo a doutrina de Elio Fazzalari mostra-se de extrema relevância vez que permite a análise de sua estrutura, pois o contraditório que significava participação<sup>6</sup> dos interessados no processo passa a significar a participação de todos os sujeitos envolvidos, quais sejam: o juiz, os seus auxiliares, o Ministério Público, os peritos e também os autores e os réus.<sup>7</sup>

---

4 Conferir em Pellegrini (2003, p. 04), na concepção do processualista italiano o procedimento passa a ser visto como uma sequência de normas, posições subjetivas e atos, encadeados e voltados para a consagração de um ato final, que também origina uma norma precedente, descritora de conduta, e uma consequente, ligadas aquela como sua *fattispecie* e a este conceito redimensionado de procedimento o autor acopla o conceito de processo, os distinguindo pelo critério lógico.

5 Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p.68). acerca da concepção de processo de Fazzalari ensina que “pelo critério lógico, as características do procedimento e do processo não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que a disciplina. E o sistema normativo revela que, antes que distinção, há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos”.

6 A doutrina de Fazzalari, ao buscar a legitimidade do exercício da jurisdição no procedimento realizado em contraditório, não entra na seara da legitimidade da decisão pelos direitos fundamentais. Conferir em Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 478).

7 Tratando sobre a temática, esclarece Antonio do Passo Cabral: “Como afirma Fazzalari, a par das discussões sobre a abstração ou concretude da ação, devemos reputar que a situação material pretérita deve ser abstraída quando da análise dos atos processuais, e estes não pressupõem necessariamente a relação material. A situação substancial é relevante como pressuposto de alguns atos processuais, mas não todos; e a ela se juntam outros requisitos processuais definidores de situações legitimantes não necessariamente vinculadas a um direito subjetivo ou a uma relação jurídica material. Na verdade, a colocação dos atos em

Todavia, compreende-se, atualmente, que os sujeitos processuais irão suportar os resultados do provimento e por isso devem ter um espaço democrático de atuação, visando a concretização da paridade, o que exige nova concepção do contraditório, conforme se pasará a demonstrar (PELLEGRINI, 2003, p. 06-07).

Cumpra-nos salientar, também, que a concepção de Fazzalari não considera o direito subjetivo como simplesmente o poder de um sujeito sobre a conduta de outrem, mas sim como uma posição de vantagem prevista na própria norma (ZANETI Jr., p. 240-242, no prelo). Partindo deste entendimento, Hermes Zaneti Jr. (p. 240, no prelo) consolida sua tese sobre o processo e começa afirmando que o processo no Brasil deve ser compreendido de maneira muito mais ampla, haja vista o princípio da unidade da jurisdição, devendo-se, aplicar ao modelo brasileiro o conceito de processo como “procedimento em contraditório exercido no âmbito da jurisdição”.

Nesse cenário, o processualista gaúcho destaca que o elemento participação sem o contraditório não é suficiente em si mesmo, posto que necessita ser levado em “consideração no momento de decidir” (ZANETI Jr., p. 240, no prelo).<sup>8</sup> Em outras palavras, indispensável é a participação em contraditório, privilegiando-se o caráter dialético deste princípio com a consequente equalização dos poderes das partes e do juiz na busca de um contexto processual simétrico.<sup>9</sup>

Dessa forma, Zaneti Jr. (p. 242, no prelo) distancia-se do conceito de Elio Fazzalari, por crer que o autor engendra enorme apelo privatista e lógico-formal que não se coaduna ao sistema brasileiro de veio plubicista, para conceber o processo como razão prática procedimental, pautando-se, para tanto na unidade da jurisdição e na *judicial review*, que ampliam os poderes do juiz abranger também controle judicial dos demais poderes,

---

sequência faz com que, com exclusão do primeiro ato da série, cada ato processual dependa, para ser praticado, de requisitos e pressupostos que somente poderão ser corretamente compreendidos a partir da análise da cadeia formativa dos atos anteriores e da múltipla e difusa implicação entre eles. Além disso, as situações legitimantes são todas cambiantes ao longo do processo, e o controle da legitimidade não pode se dar senão na dinâmica do contraditório” (CABRAL, 2009, p. 24).

8 Conferir em Madureira (2015, p. 283) e Mitidiero (2015, p. 72-73), afirmando que há paridade no diálogo e assimetria apenas nas decisões.

9 Hermes Zaneti Jr. (p. 241, no prelo.) estabelece a fronteira entre a sua concepção de contraditório e a de Fazzalari, pelo que afirma serem “[...] as observações de Fazzalari, conquanto sirvam para dar suporte à noção de módulo processual, não estão de todo assentes com o que aqui se desenvolve como dimensão democrática e participativa do processo no marco do Estado Democrático Constitucional. Fazzalari se coloca um passo atrás, adotando uma divisão interna entre processo público e privado que não satisfaz, e é por isso afastada”.

havendo, portanto, maior abertura democrática, o que acaba por amplificar a função jurídico-política do juiz brasileiro.

De outro lado, Fredie Didier Jr. (DIDIER Jr., 2017, p. 36). busca traçar analiticamente o conceito de processo, construindo-o a partir da metonímia, visto ser o processo — em sua concepção — tanto método de produção de fontes normativas numa perspectiva da Teoria da Norma Jurídica, quanto ato jurídico complexo (procedimento) sob o enfoque da teoria do fato jurídico ou, mesmo, como relação jurídica.

Como método de criação de normas jurídicas, ensina o autor que “o poder de produção de normas jurídicas só pode ser exercido processualmente” (DIDIER Jr., 2017, p. 36) e, em aberta concordância com Zaneti, destaca que este enfoque exige conceber também o processo como exercício da jurisdição, sendo, ao cabo, esta que permite, no âmbito do processo jurisdicional, a criação de norma válida.<sup>10</sup>

Já sob a perspectiva da Teoria do Fato Jurídico a concepção do autor vai ao encontro com Fazzalari, para tratar o processo como ato jurídico complexo de formação sucessiva, dando um passo final para o enquadramento das teorias, ao dizer que pode também ser visto como efeito jurídico, especificamente, como um conjunto das relações jurídicas — muito embora Fazzalari considere mais adequado o termo posições subjetivas — que se concretizam entre os distintos sujeitos processuais e não exclusivamente entre as partes.

Em síntese, infere-se a pretensão de elaborar um conceito de processo que sirva para a “compreensão do fenômeno processual, onde quer que ele ocorra” (DIDIER Jr., 2017, p. 76). restando clara pretensão universalista da Teoria Geral do Processo do autor, colocando o processo com conceito jurídico fundamental.

Dentro do espectro teórico elaborado pelo processualista baiano um conceito de processo como procedimento em contraditório é considerado útil para teorias particularizadas acerca do processo, aptas à explicação do direito processual em países democráticos, como é o caso do Brasil.

Cabendo-nos esclarecer, por fim, que o contraditório para Hermes Zaneti Jr. (p. 231-238, no prelo). deve ser o valor fonte do processo, indispensável à noção própria de um conceito de processo, enquanto para Fredie Didier Jr. (2017, p. 83-84) o contraditório é requisito de validade.

---

10 É valioso o que ensina o autor: “A jurisdição exerce-se processualmente. Mas não é qualquer processo que legitima o exercício da função jurisdicional. Ou seja: não basta que tenha havido processo para que o ato jurisdicional seja válido e justo. O método-processo deve seguir o modelo traçado na Constituição, que consagra o direito fundamental ao processo devido, com todos os seus corolários (contraditório, proibição de prova ilícita, adequação, efetividade, juiz natural, duração razoável do processo etc.)” Conferir em Didier (2017, p. 32-33).

### 1.3 CONCEITO DE PROCESSO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Com relação aos conceitos apresentados, infere-se haver concepções de processo distintas a partir de pretensões teóricas dos autores, notadamente Hermes Zaneti Jr e Fredie Didier Jr., dizemos isso pelo fato de o primeiro autor claramente asseverar que “[...] o modelo processual brasileiro é o procedimento em contraditório exercido no âmbito da jurisdição” (ZANETI Jr., p. 201, no prelo). e, é a partir dessa compreensão, que temos o mais adequado conceito de processo, conforme já visto linhas acima.

Isso porque, Hermes Zaneti Jr. apresenta a preocupação com o processo jurisdicional, no sentido de se elaborar um conceito que melhor reflita o momento cultural do Estado Democrático Constitucional, enquanto Fredie Didier Jr. (2017. p. 54-55) preocupa-se em elaborar um conceito universal de processo, portanto, “a priori alheio a qualquer realidade jurídica determinada”, tomando-o por conceito jurídico fundamental.

Com relação ao conceito de processo a partir de uma Teoria Geral do Processo, Fredie Didier Jr. (2017, p. 77) admite que a sua amplitude reduza sua intensidade, pelo que há uma diminuída “capacidade de explicação de fenômenos jurídicos próprios de uma determinada ordem jurídica”. Nesse ponto, há convergência com Hermes Zaneti Jr. (p. 80, no prelo), que elabora um conceito que atenda ao fenômeno processual brasileiro contemporâneo, propondo outro conceito de processo, “que passa a ser melhor entendido como procedimento em contraditório, abandonando as vestes formais da relação jurídica processual que lhe caracterizavam” e o faziam servir quaisquer facções ideológicas.

Nesse sentido, infere-se que o conceito pretendido por Fredie Didier Jr., dentro de uma Teoria Geral do Processo, padece da abstração dos elementos jurídico-culturais uma vez que elaborado para ser compreendido em qualquer ordenamento jurídico sem diferenciação de espaço e de tempo (MARINONI, 2017. p. 24). Assim, trata-se de um conceito que atende a uma acepção “cientificista do jusnaturalismo racionalista de Setecentos” (MARINONI, 2017. p. 24).

Portanto, para a compreensão do conceito de processo, mirando o Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessário entender que não se pretende conceituá-lo a partir de pressupostos epistemológicos de uma Teoria Geral do Processo e sim a partir de uma Teoria do Processo Civil Brasileiro, resultado do contexto histórico-cultural em que se encontra.

Dessa forma, compreende-se o Código de Processo Civil de 2015 como um código de doutrina na medida em que “impõe mudanças culturais através da consolidação de posições teóricas para melhoria do sistema de justiça, em uma interpretação constitucionalmente conforme” (ZANETI Jr., p. 322, no prelo). É nesse sentido que já no artigo 1.º do Código de Processo Civil de 2015 se estabelece que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República de 1988.

Da mesma forma, a previsão do artigo 7º do Código de Processo Civil de 2015 consagra a paridade participativa das partes em efetivo contraditório e, combinado com o artigo 489, § 1º, IV do mesmo diploma, evidencia que o juiz deve considerar a participação das partes ao decidir como um requisito de fundamentação das decisões, pelo que se percebe a participação em contraditório como valor fonte no atual sistema processual civil (ZANETI Jr., p. 322, no prelo).

A participação no processo também necessita ser resignificada, a partir da própria noção de “despolarização” da demanda, sem que se tenha de antemão fixado a forma ou limites de atuação de cada “parte” processual ou de opositores em um “jogo”. A bipolarização foi a posição adotada e defendida pela fase tecnicista, especial da pandectística alemã (FAZZALARI, 1994, p. 422-423). No entanto, a situação legitimante, e nesse ponto volvemos à Fazzalari (1994, p. 429), está relacionada a posição ocupada pelos diversos sujeitos processuais nos atos que pratica no processo.

Assim, conforme explica Antonio do Passo Cabral (CABRAL, 2009, p. 25), “o poder de ação é o mesmo poder de praticar um ato jurídico processual, apenas considerados a partir de momentos distintos e atos diversos”, portanto, posição no processo é definida pela prática dos atos processuais e dos poderes dos sujeitos, quando o fazem, de maneira que acaba por ser uma atuação positiva, portanto, ativa, tornando a polarização do conceito um mero adereço técnico-pragmático, pois o objetivo é que as partes em conjunto recriem dentro do processo, conjuntamente, a correção normativa.

Dessa forma, “[...] o processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia, e, por isso mesmo, deve ser legítimo” (MARINONI, 2017, p. 441). Portanto, entende-se para este estudo que o CPC/15 encerra o conceito de processo conforme preconiza Hermes Zaneti Jr. (p. 240-241, no prelo) quando afirma ser o processo o procedimento em contraditório no exercício da jurisdição, cujo elemento participação privilegia o caráter dialético do contraditório. Cuida-se de uma participação substancial entre os sujeitos processuais (juiz, partes, servidores), com a finalidade de se produzir uma decisão de mérito justa em que a participação das partes seja considerada no momento de decidir.

#### 1.4 CONCLUSÃO

Ao elegermos os conceitos de processo na perspectiva Hermes Zaneti Jr. como premissa para o presente estudo, buscávamos nos afastar da concepção tradicional de processo como relação jurídica, para enfim promover um encontro entre o novo sistema processual delineado pelo Código de Processo Civil de 2015 e o formalismo-valorativo, no perpendicular abandono à era tecnicista vivenciada pelo diploma processual anterior.

Dentro desta ótica, o movimento evolutivo que nos fez ascender para o modelo processual formalista-valorativo, alocando sobre o processo uma incandescência nunca antes experimentada, tornou igualmente necessário a criação de um conceito de processo que se harmonizasse ao momento histórico.

Assim, indubitavelmente vivenciamos hoje um modelo processual preocupado com o exercício da jurisdição, a ponto de podermos afirmar que corretamente definiu Hermes Zaneti Jr. ser o processo o procedimento em contraditório exercido jurisdicionalmente, abandonando paulatinamente o conceito acultural e hermético, para avançar em direção à tutela de pessoas e direito, possibilitando-se assim, o verdadeiro acesso à justiça e ao exercício do *status activus processualis*.<sup>11</sup>

---

11 Trata-se o *status activus processualis* de processo desenvolvido por Canotilho (1999, p. 158) segundo o qual “a ideia de procedimento continua a ser indissociável dos direitos fundamentais, mas a participação no e através do procedimento já não é tanto um instrumento funcional da democratização, mas uma dimensão intrinsecamente complementadora, integradora e garantidora do direito material”.

# Referências

CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 26, p. 19-55, 2009.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, p. 151-163, 1999.

DEL PUPO, Thais Milani. **Responsabilidade Civil Processual do Estado no Processo Civil**: a despesa com honorários contratuais como dano injusto reparável pelo Estado como autor sucumbente. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2019.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FALZEA, Angelo. Sistema culturale e Sistema giuridico (1998). In: **Ricerche di Teoria Generale del Diritto e di Dogmatica Giuridica**. Milano: Giuffrè, 1999.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FAZZALARI, Elio. La dottrina processualistica italiana: dall'azione' al 'processo' (1864-1994). **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 49, n. 4, 1994.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

GUIBOURG, Ricardo. **Introducción al conocimiento científico**. Buenos AIRES: Eudeba, 2004.

JOBIM, Marco. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

MADUREIRA, Claudio. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 10, n. 3, p. 253-283, 2015.

MADUREIRA, Claudio. **Fundamentos do novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. Teoria Geral do Processo Civil Constitucionalizado. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFES**, Vitória, v. 2, p. 13-42, 2008.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. **Processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari**. Belo Horizonte: VirtuaJus 2003.

ZANETI Jr., Hermes; GOMES, Camila de Magalhães. O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil. **Revista de Direitos Difusos**, ano 11, v. 53, mar. 2011. Disponível em: Acesso em:

ZANETI Jr., Hermes. **Processo civil constitucional**. 3. ed. No prelo.

# *Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos — espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções<sup>12</sup>*

*Fredie Didier Jr.*

*Hermes Zaneti Jr.*

## 2.1 NOTA INTRODUTÓRIA

O CPC/2015 (LGL\2015\1656) estruturou um complexo sistema de julgamento de casos repetitivos. A relação entre esse sistema e o sistema das ações coletivas é um dos desafios que o novo Código impõe à doutrina e aos tribunais brasileiros.

Partimos da premissa de que ambos são instrumentos de tutela coletiva de direitos, são, portanto, processo coletivo.

As relações, aproximações e distinções entre eles devem começar a ser identificadas e sistematizadas.

Esse ensaio tenta dar um ponto de partida sobre o tema.

---

<sup>12</sup> Artigo publicado originalmente na Revista de Processo (RePro) v. 256 em jun. 2016.

## 2.2 CONCEITO DE PROCESSO COLETIVO

O processo coletivo<sup>13</sup> pertence ao gênero processo jurisdicional: procedimento (ato complexo) destinado à produção de norma jurídica em razão do exercício da jurisdição (DIDIER Jr., 2013, p. 68). Não se cogitam, nesse ensaio, o processo administrativo coletivo, que pode ser visualizado no inquérito civil público, nem o processo negocial coletivo, vislumbrado nas negociações para a celebração de convenção coletiva (de trabalho ou de consumo). O foco é o processo jurisdicional coletivo.

A especificidade do processo coletivo encontra-se no objeto litigioso.

O processo é coletivo se a relação jurídica litigiosa é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero *grupo*). Se a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo, está-se diante de um processo coletivo.

Assim, *processo coletivo* é aquele *em que se postula um direito coletivo lato sensu (situação jurídica coletiva ativa)*<sup>14</sup> *ou se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, por exemplo)*.<sup>15</sup> Observe-se, então, que o núcleo do conceito de processo coletivo está em seu objeto litigioso: coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva.

Essa definição se distingue da proposta por Antonio Gidi:

Segundo pensamos, ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo (*legitimidade*), em defesa de um direito coletivamente considerado (*objeto*), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (*coisa julgada*). Aí está, em breves linhas, esboçada a nossa definição de ação coletiva. Consideramos elementos indispensáveis para a caracterização de uma ação como coletiva a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada (GIDI, 1995, p. 16).

Não parece correto pôr, na definição de processo coletivo, as circunstâncias de ser instaurado por um legitimado autônomo e de ter um especial regime de coisa julgada.

---

13 Conferir Didier Jr. e Zaneti Jr. (2014, p. 273-280) sobre o tema, mais amplamente.

14 Direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos, no caso do direito brasileiro (art. 81, CDC (LGL\1990\40).

15 Conferir em Didier Jr. e Zaneti Jr. (2008) sobre o processo coletivo passivo.

Em primeiro lugar, a legitimidade extraordinária não é uma exclusividade dos processos coletivos — não é, enfim, uma sua especificidade. Basta lembrar os casos de legitimação extraordinária individual existentes em todos os ordenamentos jurídicos; v.g., no ordenamento brasileiro, a legitimação extraordinária: (a) do Ministério Público para promover ação de alimentos para incapaz; (b) da administradora de consórcio para cobrar valor mensal do consorciado; (c) do terceiro que pode impetrar mandado de segurança em favor de outra pessoa, nos termos do artigo 3º da Lei n. 12.016/2009 etc.

Além disso, é possível cogitar, ao menos no direito brasileiro, uma ação coletiva ajuizada pela própria comunidade envolvida: a ação coletiva proposta pelas comunidades indígenas: artigo 37 da Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio), “Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio”.

Também o regime da coisa julgada não é uma especificidade do processo coletivo. Dizer que a coisa julgada vinculará à coletividade, em processo coletivo, não acrescenta nada ao conceito, já que, sendo a situação jurídica litigiosa pertencente à coletividade, obviamente eventual coisa julgada a ela dirá respeito. Além disso, nada impede que o legislador crie uma disciplina de coisa julgada coletiva que, em certos casos, não vincule a coletividade - por exemplo, a coisa julgada penal somente ocorre nos casos de sentença absolutória, ou ainda, o regime da *extensão* dos efeitos da coisa julgada *secundum eventum litis* apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais, disciplinado no Código de Defesa do Consumidor (art. 103 da Lei n. 8.078/1990). *Finalmente, nada impede que se crie instrumento de tutela coletiva cujo propósito não seja a produção da coisa julgada, como é o caso do incidente de julgamento de casos repetitivos.*

Legitimidade, competência e coisa julgada coletivas não compõem o conceito de processo coletivo. Todas elas poderão receber disciplina jurídica própria, peculiar em relação ao processo individual, mas não é isso que torna coletivo um processo. O exame de cada uma delas é importante para identificar como se estrutura o processo coletivo em determinado país, mas não para identificar o que é um processo coletivo.

É certo que após a definição do processo coletivo será necessário definir um regime de garantias processuais adequadas ao objeto nele definido, assim como são previstas garantias para os processos jurisdicionais individuais, mas este é um momento seguinte, que não interfere no conceito definido. Aliás, a importância da distinção é exatamente esta, isolar os objetos permite perceber as diferenças no arco de seu desenvolvimento teórico.

### 2.3 INSTRUMENTOS PARA A TUTELA DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS COLETIVAS NO DIREITO BRASILEIRO: A AÇÃO COLETIVA E O INCIDENTE DE JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS

No Direito brasileiro, as situações jurídicas coletivas podem ser tuteladas por dois tipos de instrumento: as *ações coletivas* e o *julgamento de casos repetitivos* (art. 928 do CPC (LGL\2015\1656)), como tipo de incidente em processos que tramitam em tribunais<sup>16</sup>

Ambos os instrumentos podem ser considerados “processos coletivos”,<sup>17</sup> nos termos defendidos neste ensaio, pois têm por objeto a solução de uma situação jurídica coletiva — titularizada por grupo/coletividade/comunidade.

Na *ação coletiva*, a situação jurídica coletiva é a questão principal do processo - o seu objeto litigioso. Algumas questões não podem ser questões principais de ação coletiva, tendo em vista a proibição decorrente do artigo 1.º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/1985. O seu propósito é a prolação de uma decisão final que tenha aptidão para a formação de coisa julgada coletiva: a situação jurídica coletiva litigiosa passa a ser situação jurídica coletiva julgada. A coisa julgada pode ser desfeita pelos instrumentos usuais do processo coletivo (ação rescisória, ação para produção de prova nova capaz de, por si só, alterar o resultado da decisão anterior, resultante da coisa julgada *secundum eventum probationis*). A ação coletiva pode ser proposta por alguns legitimados e a decisão final vincula o grupo, *necessariamente*, e os membros do grupo, no caso de ser favorável. Pendente a ação coletiva, cabe ao membro do grupo, caso queira *sair (opt out)* do âmbito de incidência da ação coletiva, propor a sua ação individual ou nela prosseguir, uma vez informado da pendência do processo coletivo.

O julgamento de casos repetitivos tem por objeto a definição sobre qual a solução a ser dada a uma questão de direito (processual ou material, individual ou coletivo; não há restrições como aquelas decorrentes do artigo 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/1985) que se repete em diversos processos pendentes. Esses processos podem ser homogêneos (têm por objeto litigioso questão de direito semelhante) ou heterogêneos (têm objeto litigioso dessemelhante, mas há questões comuns, normalmente processuais, que se repetem em todos eles — em todos se discute, por exemplo, se uma pessoa jurídica pode ser beneficiária da gratuidade da justiça, embora nos processos pendentes a discussão de fundo seja totalmente

---

16 Sobre o julgamento de casos repetitivos, conferir em Didier Jr., Cunha (2016, p. 583-652) e Zaneti Jr. (2015, p. 1332-1338).

17 Em sentido diverso, entendendo que o incidente de resolução de demandas repetitivas não é técnica de processo coletivo, conferir Temer (2016, p. 91-92).

diferente).<sup>18</sup> A repetição da questão em diversos processos faz com que surja o grupo daqueles em cujo processo a questão se repete; surge, assim, a situação jurídica coletiva consistente no direito à certificação da questão repetitiva. O julgamento de casos repetitivos tem alguns propósitos: (a) definir a solução uniforme a uma questão de direito que se repete em processos pendentes, permitindo o julgamento imediato de todos eles em um mesmo sentido; (b) eventualmente, uma vez observadas as exigências formais do sistema de precedentes brasileiros (como, por exemplo, a obtenção de maioria sobre determinado fundamento determinante), produzir precedente obrigatório a ser seguido em processos futuros, em que essa questão volte a aparecer. O julgamento de casos repetitivos pode ser instaurado por provocação do próprio órgão julgador, do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da parte de um processo pendente. Os legitimados à propositura de *ação coletiva*, que não se encaixem em um dessas situações legitimantes, poderão participar do incidente como intervinientes (assistentes ou *amici curiae*). A tese jurídica que venha a ser a vencedora poderá ser revista após a instauração de um novo incidente de julgamento de casos repetitivos — note que não se trata de coisa julgada, que virá da aplicação da tese jurídica nos casos pendentes e futuros. A definição da questão de direito vincula todos os membros do grupo que estejam com processos pendentes ou que venham a ser ajuizados. Para *entrar (opt in)* no âmbito de incidência dessa decisão, é preciso que o membro do grupo permaneça com o processo em andamento — por isso, o artigo 1.040, § 2º, do CPC/2015 (LGL\2015\1656) permite que o membro do grupo desista do seu processo, *saindo* do âmbito da incidência do julgamento de casos repetitivos — ou que proponha uma demanda, de modo a que a decisão seja aplicada também ao seu caso.

As distinções entre as técnicas facilitam que se percebam, também, as semelhanças entre elas.

Além de ambas servirem à tutela de direitos de grupo, há aspectos técnicos semelhantes, como o regramento especial da desistência (seja da ação coletiva, seja do caso que deu azo à instauração do incidente de julgamento de casos repetitivos), a legitimação extraordinária para a provocação de um ou outro, a realização de audiências públicas, a intervenção obrigatória do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica e o aumento da participação de outros sujeitos no processo em qualquer dos casos.

O uso de uma técnica ou de outra dependerá, de um lado, evidentemente, das definições estratégicas dos litigantes: legitimados coletivos, membros do grupo (litigantes eventuais) e os litigantes habituais. A busca (ou a precaução contra) de uma coisa julgada ou de um precedente obrigatório são as variáveis em torno das quais discussões sobre os custos (financeiros,

---

18 Percebendo o ponto conferir em Temer (2016, p. 91), Talamini (2016, p. 127), Didier Jr. e Cunha (2016, p. 587).

políticos, sociais etc.) da litigância surgirão<sup>19</sup>. Opções como a desistência do caso em andamento (arts. 976, § 1.º, 998, parágrafo único, e 1.040, § 1.º, do CPC/2015 (LGL\2015\1656)), intervenção como *amicus curiae* ou interessado (art. 983 do CPC/2015 (LGL\2015\1656)), suscitação do incidente, escolha do caso de que o incidente deva partir ou propositura da ação coletiva são ferramentas à disposição dos litigantes na definição de suas estratégias processuais.

De outro lado, a escolha da técnica a ser utilizada deverá observar o princípio da adequação. É também uma questão de estratégia processual do grupo.

Há situações jurídicas coletivas insuscetíveis de solução pela técnica da ação coletiva - é inconcebível a instauração de uma ação coletiva cujo propósito seja definir se uma pessoa jurídica (em tese) pode ser beneficiária da gratuidade da justiça ou para definir se um determinado bem pode ser penhorado ou não.

Do mesmo modo, há situações jurídicas coletivas insuscetíveis de solução por meio do julgamento de casos repetitivos. É inconcebível a instauração de um incidente de resolução de demandas repetitivas para definir se há o dever de uma indústria de colocar um filtro antipolvente em suas chaminés. Esse é um tipo de situação jurídica coletiva que somente pode ser veiculada por meio de ação coletiva (ROQUE, 2016, p. 180).

Pode haver, no entanto, coincidência entre os objetos de uma ação coletiva e um incidente de julgamento de casos repetitivos. Ou seja: uma mesma situação jurídica coletiva pode ser objeto de ação coletiva e de incidente de julgamento de casos repetitivos.

Basta pensar na hipótese de uma ação coletiva que versa sobre o “direito de alunas de universidade de usar saia” e um incidente de resolução de demandas repetitivas, eventualmente instaurado em razão da existência de diversas ações individuais ajuizadas por estudantes que queiram usar esse traje. Quando isso acontecer, é preciso priorizar o julgamento da ação coletiva, por ser a técnica mais adequada, já que a situação jurídica coletiva leva à coisa julgada e é inteiramente conduzida por legitimado coletivo. É possível, inclusive, criar uma diretriz para o incidente de resolução de demandas repetitivas em Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal: a existência de ação coletiva, pendente no Estado ou na Região, como não estiver no Tribunal, seria fato impeditivo da instauração do incidente; a pendência da ação coletiva deveria levar à suspensão, até mesmo de ofício, dos processos individuais, tal como defendido em outro lugar (DIDIER Jr.; ZANETI Jr., 2014, p. 171-175) e sufragado pelo STJ.

Além disso, no caso de serem distintos os objetos da ação coletiva e do incidente de julgamento de casos repetitivos — o que poderá ocorrer com frequência quando o julgamento de casos repetitivos tiver por objeto questão processual —, havendo entre as causas repetitivas

---

19 Propondo a escolha estratégica e adequada entre ações coletivas *opt-in* e *opt-out*, conferir em Dodson (2016, no prelo).

uma ação coletiva, ela deve ser a escolhida como caso piloto (causa representativa da controvérsia, nos termos do parágrafo 6.º do artigo 1.036 do CPC/2015 (LGL\2015\1656)).<sup>20</sup>

No caso de Mariana, o maior acidente ambiental da história do Brasil, existirão, provavelmente, várias ações individuais de indenização, mas a ação coletiva já ajuizada para discutir a responsabilidade e sua extensão deve ser analisada prioritariamente como caso piloto, caso ocorra a afetação a um incidente de resolução de demandas repetitivas, pois a característica de indivisibilidade do grupo, decorrente do litígio global envolvendo o meio ambiente, e a maior representatividade dos interesses do grupo na ação coletiva, são essenciais ao julgamento do incidente neste caso. Muito embora exista uma concomitância de situações jurídicas distintas, há uma predominância da tutela coletiva. A ação coletiva neste caso não admite a opção pela exclusão. Tutela direitos difusos. Quando a situação jurídica ambiental é principal a técnica das ações coletivas *opt-out* deve predominar para garantir a adequada tutela.

Se houver desistência ou abandono do caso em andamento, escolhida a ação coletiva como caso-piloto no julgamento de casos repetitivos, poderá o Ministério Público ou qualquer outro legitimado assumir o polo ativo. A condução da discussão da tese jurídica a ser firmada continuará vinculada ao caso-piloto, pois se trata de desistência ineficaz — aplica-se ao caso-piloto o regramento diferenciado da desistência ou abandono em processo coletivo (art. 5.º, § 3.º, da Lei 7.347/1985). Nesse caso, a tese a ser fixada *aplicar-se-á* ao caso-piloto.

Se houver desistência do caso em andamento, não sendo ele uma ação coletiva, Ministério Público assumirá a condução da discussão da tese jurídica a ser firmada, migrando da posição de *fiscal da ordem jurídica* para a posição de *parte* do incidente. Nesse caso, a tese a ser fixada *não se aplicará* ao caso-piloto.<sup>21</sup> O incidente será julgado; o caso, não.

Assim, é preciso fazer a sintonia fina entre esses dois instrumentos que, juntos, compõem o complexo sistema da tutela de direitos coletivos no Brasil.

---

20 Enunciado 615 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Na escolha dos casos paradigmas, devem ser preferidas, como representativas da controvérsia, demandas coletivas às individuais, observados os requisitos do artigo 1.036, especialmente do respectivo § 6º”.

21 Assim, Enunciado 213 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “No caso do artigo 998, parágrafo único, o resultado do julgamento não se aplica ao recurso de que se desistiu».

# Referências

DIDIER Jr., Fredie. Código Modelo de Procesos Colectivos un diálogo iberoamericano comentarios artículo por artículo. *In*: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo (orgs.). Cidade do México: Porrúa, 2008.

DIDIER Jr., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 3.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. **Revista de Processo**, São Paulo, São Paulo, n. 229, 2014.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Processo coletivo passivo. **Revista de Processo**, São Paulo, 165, São Paulo, 2008.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. v. 4.

DODSON, Scott. An Opt-In Option for Class Actions. **Michigan Law Review**, v. 115, n. 2, 2016. No prelo.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROQUE, André Vasconcelos. As ações coletivas após o novo Código de Processo Civil: para onde vamos? *In*: ZANETI JR., Hermes (coord.). **Repercussões do novo CPC (LGL\2015\1656) - Processo Coletivo**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil. *In*: ZANETI JR., Hermes (coord.). **Repercussões do novo CPC (LGL\2015\1656) - Processo Coletivo**. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 127.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

ZANETI Jr., Hermes. Comentários ao artigo 928. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. CABRAL, Antonio; Cramer, Ronaldo (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

# Conflicto masivo y proceso

*José María Salgado*

*— La ventura va guiando nuestras cosas mejor de lo que acertáramos a desear, porque ves allí, amigo Sancho Panza, donde se descubren treinta, o pocos más, desaforados gigantes, con quien pienso hacer batalla y quitarles a todos las vidas, con cuyos despojos comenzaremos a enriquecer; que ésta es buena guerra, y es gran servicio de Dios quitar tan mala simiente de sobre la faz de la tierra.*

Miguel de Cervantes, Don Quijote de la Mancha.

## I

El abordaje de los conflictos masivos es múltiple y variable. Depende de las herramientas procesales que el sistema de administración de justicia brinde, de las condiciones estructurales para hacerlo, del conflicto que se presente, del plan de manejo del caso, de los distintos objetivos que se fijen y de la respuesta o producto que intente darse al entorno social luego de la intervención de la jurisdicción en la cuestión a la que ha sido convocada.

Buscando trazar un mapa de posibilidades y opciones, tenemos que vincular los dos elementos esenciales que pueden guiar esa tarea: el conflicto masivo y los sistemas procesales disponibles o posibles.

El conflicto masivo, por definición, requiere la concurrencia de un número plural de personas con intereses comunes. Desde ese punto de partida, referenciado intencionalmente de un modo simple y amplio a efectos de poder incorporar una amplia cantidad de supuestos, encontraremos diversas variantes de conformación de los grupos entorno al conflicto.

En lo que respecta a los sujetos, la base de sus intereses puede estar fundada en una única relación jurídica indivisible, en una divisible o en múltiples relaciones (individuales o plurales) con componentes análogos u homogéneos entre ellas.

Es menester identificar, dentro de la multiplicidad de intereses en el grupo, cuáles son aquellos específicos comunes, idénticos o coincidentes de los integrantes de ese colectivo y los matices que pueden presentarse al cribar y evaluar con más detalle dichos objetivos individuales mediante sus distinciones, detalles y excepciones. La monoliticidad del actor colectivo estará dada por la mayor o menor cohesión e intensidad con que se compartan los intereses comunes. Aunque nunc es nítida la línea que determina la constitución y la fragmentación (ENTELMAN, 2009, p. 77-87).

Hacia el interior de la conformación del actor colectivo podemos encontrar tensiones intragrupales entre los distintos sujetos que componen el grupo — integrantes que a su vez pueden ser unidades constituidas por individuos singulares o por otros grupos que funcionen como unidad-; también habrá diferencias entre los objetivos de cada uno de ellos y el interés general del colectivo, aspecto que puede medirse en base al promedio entre sus componentes, o bien por el objetivo de máxima o de mínima prefijado. Las diferencias, traducidas en tensiones, podrán derivar en una mayor o menor fragmentación del conjunto, en su división e, incluso, en la desaparición del colectivo por las divergencias internas (CALVO SOLER, 2014, p. 105-114).

Las conductas individuales, en tanto buscan su propia satisfacción, muchas veces no son coincidentes con la optimización de los resultados grupales. Existe un vínculo entre el tamaño del grupo, la conducta de cada uno de sus miembros y su influencia en el resultado final para optimizar los fines del colectivo. Por ejemplo, en un grupo de gran tamaño sus integrantes no harán su mayor esfuerzo al pensar que su actividad no tendrá incidencia en el resultado final y, además, supondrán que los beneficios de su empeño serán repartidos entre todos los componentes del grupo. Es decir, los intereses individuales muchas veces no coincidirán con los intereses grupales si estos se desarrollan en forma voluntaria sin ningún condicionamiento externo. Por su parte, en los grupos pequeños, es mucho más sencillo encontrar un mejor desarrollo de las conductas individuales a favor de los intereses grupales. Sin embargo, aquellas no se mantendrán hasta que se logre el objetivo final buscado, sino que los individuos cesarán en su obrar antes de obtener el nivel óptimo para el grupo. En estos casos se observa una tendencia a la explotación del grande por parte del pequeño (OLSON, 1968. p. 53).

El grado o vínculo organizacional interno es también en algunos casos relevante, dado que no sólo redundará en la mayor o menor cohesión o diferenciación, sino en el mecanismo de toma de decisiones en relación a los destinos del grupo.

Encontraremos también conflictos en los cuales el colectivo se sitúe en uno de los lados de la relación en disputa, si esta fuera bipolar; sea formulando el reclamo, sea recibéndolo, y otros en lo cuales existan grupos enfrentados, sea en una relación de dos bandos o multipolar.

No terminan aquí las posibles descripciones de los grupos en conflicto. Es claro que, en cada caso, podremos encontrar singularidades, divergencias o diferencias entre los integrantes individuales de los grupos en tanto ahondemos en su análisis e indagemos más detalladamente sobre cada posición. Un aspecto relevante, entonces, para determinar el mecanismo de abordaje de los conflictos masivos es su mapeo, el estudio de las circunstancias fácticas, el análisis de las cuestiones comunes que podrían resolverse, los intereses contrapuestos, la conformación y vínculos entre los sujetos y las características, tanto de la relación jurídica sustancial, de la pretensión colectiva y los intereses subyacentes.

## II

El todo no es la suma de sus partes, sino la interacción que se verifica entre sus componentes (VON BERTALANFFY, 1995, p. 10; FALCÓN, 2018, p. 505-582). Es por eso que el servicio de justicia debe ser analizado en clave sistémica, a efectos de establecer cuáles son los resortes mediante los cuales pueden abordarse los conflictos masivos. La mirada holística permitirá advertir que no en todos los casos el modelo de proceso colectivo — tal y como lo ha descripto el Máximo Tribunal argentino en el caso “Halabi”<sup>22</sup> — es la mejor opción para brindar respuestas a los conflictos masivos. Muchas veces una cuestión que abarca en forma homogénea a una multiplicidad de personas puede decidirse, total o parcialmente, mediante mecanismos que, merced a articulaciones internas del sistema, puedan extender una sentencia a procesos análogos y/o a la concreción de precedentes estables que de modo indirecto logran la misma finalidad, en menor tiempo, con un menor costo y con menor complejidad estructural en la constitución del proceso.

Desde otro punto de vista, ciertos conflictos masivos sólo podrán ser atendidos mediante procesos estructurados a tal fin pues, por distintos motivos, como la complejidad fáctica común, el interés público en las cuestiones involucradas, la necesidad de un debate transparente y abierto hacia la sociedad en la que se escuchen a todos los sectores involucrados, la legitimidad que quiera darse a la decisión de un proceso en el que se discute una política pública, la dificultad en el cambio a implementar y/o la necesaria emisión de una respuesta común para todos los involucrados entre varios supuestos más, hace que su abordaje parcelado pueda resultar, no solo inconveniente, sino nocivo y frustratorio de los derechos en juego.

En este trabajo no abordaremos todos los componentes del sistema de justicia: operadores, insumos, procesador, producto, control y retroalimentación, ya que ello desbordaría las posibilidades con las que contamos, sino sólo aquellos dispositivos que, de uno u otro

---

22 CSJN, 24/2/09, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, H. 270. XLII.

modo, pueden dar respuestas a los conflictos masivos. En tal sentido nos referiremos a los mecanismos o subsistemas que pueden actuar sobre los conflictos colectivos, sea íntegramente o parcialmente; sea de modo directo o indirecto.

Varios aspectos deben notarse en este punto: i) con la última reforma constitucional en Argentina se incluyó en el artículo 43, segundo párrafo, los derechos de incidencia colectiva, perfilándolos como una especie tutelable a través de la “acción de amparo”.<sup>23</sup> El tiempo, el estudio y los casos nos hicieron ver que no se trataba de algo rápido y expedito y que había que tomar otros recaudos; ii) la lectura del precepto deja otras enseñanzas, lo postulado en el texto no es limitante de otras vías para tutelar los derechos de incidencia colectiva, sino una base o piso de garantías disponibles y, como sucede con los sujetos legitimados, puede estructurarse la modalidad que se considere más eficaz de acuerdo a los objetivos deseados; iii) la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue, entre los distintos poderes del Estado, quien más y mejor se ocupó de desarrollar la temática, eligió una opción de tutela específica, que no sólo no es mencionada por la Constitución Nacional, sino que hasta su introducción pretoriana era ajena a nuestro sistema procesal por provenir del *common law*; iv) los conflictos masivos son tan antiguos como lo es la vida en sociedad. Lo novedoso, si se puede llamar así a un fenómeno incorporado hace más de veinticinco años en el vértice del ordenamiento jurídico, son los mecanismos específicos para brindar soluciones y, en este aspecto, no tiene porque haber limitaciones en la búsqueda de un sistema más completo, eficiente y desarrollado.

### III

Didier Jr. y Zaneti Jr. sostienen que la especificidad del proceso colectivo está en el objeto litigioso; hay proceso colectivo si la relación jurídica litigiosa es colectiva por lo que, en al menos en uno de sus términos — activo o pasivo —, se encuentra un grupo y se involucra en la disputa un derecho o un deber o estado de sujeción de ese grupo en sede jurisdiccional. “Así, se configura un proceso colectivo cuando están presentes el grupo y la situación jurídica colectiva” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 267-275; DIDIER JR.; ZANETI JR., 2019, p. 43). El American Law Institute al establecer los principios de derecho de los procesos colectivos hace una distinción útil para diferenciar distintos supuestos: a) “Un proceso colectivo es un proceso único que abarca pretensiones o defensas sostenidas

---

23 “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.”

por múltiples partes o personas representadas”, dentro de la cual corresponde incluir tanto lo litisconsorcial como lo representativo en sentido amplio; b) agregaciones administrativas, refiriéndose a todos los procedimientos que permiten a los jueces coordinar procesos separados para lograr un tratamiento más eficiente en la etapa preliminar del proceso; c) agregaciones privadas, que involucran pretensiones relacionadas o defensas que tramitan coordinadamente, aunque bajo la dirección de personas privadas en lugar de jueces (AMERICAN LAW INSTITUTE, 2014, p. 10-15).

El debate sobre la eficacia y sobre los sistemas es permanente. Referirse a los procesos colectivos de modo genérico, como mecanismo de tutela masiva, puede resultar una actividad a veces confusa sino se precisa a qué entorno cultural se refiere el locutor. En el derecho comparado existen distintas “familias” de procesos colectivos cuyos contornos y utilidades resultan bien diferentes (DONDI; ANSANELLI; COMOGLIO, 2017, p. 281/296). La tendencia de los modelos es adoptar instrumentos que, aunque no se corresponden con su tradición jurídica, nutren la diversidad de mecanismos posibles para emprender la tutela de lo masivo.

La locución de origen sajón *class actions* (YEAZELL, 1987, p. 38)<sup>24</sup> da cuenta de la tipología de litigio representativo (*representative suits*) que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tomado abiertamente en sus fallos como un mecanismo idóneo para tratar los conflictos colectivos.<sup>25</sup> El eje de este sistema se centra en que una persona represente los reclamos o defensas del grupo sin que sea necesario que sus integrantes concurren personalmente al pleito, o que expresen voluntad alguna de quedar vinculados al resultado de ese proceso. La manifestación de voluntad, en su caso, deberá ser expresada para quedar fuera de la órbita de la demanda representativa. Por ello es denominado mecanismo de “*opt out*”. La representación adecuada es el modo en que el legitimado extraordinario se “auto postula” como el portador de la voz del grupo en conflicto y, bajo un riguroso control de sus condiciones, a

---

24 Verifique también Giussani (1996) e Bianchi (1988, p. 44).

25 Tuvo su nacimiento en la Inglaterra del siglo XVII en la *Court of Chancery*, con el denominado *bill of peace*, una suerte de recurso ante el *equity court* (tribunal de equidad). En Estados Unidos el origen de las acciones de clase se remonta al siglo XIX, cuando fueron reguladas desde 1842 en la Federal Equity Rule 48. La acción de clase, en su comienzo, era admitida cuando resultaba imposible agrupar a todos los integrantes de la clase y el juez era quien debía verificar la existencia de un interés común entre los miembros. Su formulación originaria tuvo aplicación hasta el año 1912, en que fue reemplaza por la Regla 38. Esta modificación se debió a cuestiones operativas de la herramienta puesto que se discutía si el alcance de la sentencia debía afectar, o no, a los miembros de la clase que no se habían hecho presentes en el proceso. En 1938 se sancionó la Regla 23, que importó la superación de la distinción entre la justicia de *common law* y de *equity*. Finalmente, en 1966 se efectuó una nueva modificación llevándola a su estructura actual, que es actualizada y modificada en forma periódica.

efectos de garantizar la eficaz tutela de todos los derechos comunes, les hace extensivas las consecuencias de ese proceso (SALGADO, 2011, p. 210).

Brasil (GIDI, 2004; MENDES, 2012; DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016; DIDIER JR., ZANETI JR., 2016), Colombia (ARRA, 2002; GUAYACÁN ORTIZ, 2013, p. 387-390), Canadá (WATSON Q. C.; Garry D., 2003, p. 27/42337; MENDES, 2012, p. 139-145; PICHÉ, 2012, p. 159-191), Australia (WILCOX, 2003, p. 43-56), Israel,<sup>26</sup> Argentina,<sup>27</sup> entre otros países, han tomado — con sus matices — la vía del litigio representativo desarrollada extensamente en los Estados Unidos, variando en cada caso las personas legitimadas para ejercer esa representación, las exigencias y garantías procesales con que se rodean los litigios, los efectos de la cosa juzgada, etc.

El abordaje de los conflictos colectivos no se limita, claro está, a la vía representativa, sino que la insertan en un menú de herramientas aptas para solventar conflictos masivos.

#### IV

Estados Unidos, por poner el ejemplo arquetípico donde más se han desarrollado las *class actions*, cuenta con otros dispositivos como alternativas a aquella tipología. En las esferas distritales o inter-distritales (*multidistrict-litigation*) es posible acumular o coordinar procesos relacionados; se trata de un mecanismo que facilita la resolución de diversos litigios de modo conjunto, generalmente en la etapa inicial y en algunos casos en la apelación, que involucran una o más cuestiones comunes de hecho que se encuentran pendientes de resolución en diferentes distritos federales, una vez producida la decisión por un tribunal multidistrital (*Judicial Panel for Multidistrict Litigation*) cada caso continúa con su tramitación individual (KLONOFF; BILICH, 2000, p. 1121-1147).<sup>28</sup> También en ese ámbito, cada vez con más frecuencia, se utiliza el *bellwether trial*, es un mecanismo informal de caso testigo que es instrumentado por la coordinación de los jueces por fuera del ámbito específico de reglas o estatutos y sirven como guía para resolver casos análogos (AMERICAN LAW INSTITUTE, 2014, p. 10-48), utilizando el caso típico más representativo de un grupo de casos propuestos.

Son dispositivos orientados a simplificar trámites, compartir y economizar insumos, unificar la realización de pericias o la realización de un *discovery* coordinado, etc. Se aplica

---

26 En 2006 dictó la Class Actions Law.

27 Aunque no se ha dictado una ley específica, existen fallos de la Corte Federal que han fijado esta tendencia con sustento en el artículo 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional. Verifique también Oteiza (2006), Giannini (2007), Verbic, 2007; Meroi (2008) e Salgado (2011).

28 Verifique también Verbic (2011, p. 189-201), comparando el sistema norteamericano y el brasileño.

a procesos que están tramitando en los que no se efectúa representación alguna a personas ausentes por lo que, a los fines conceptuales, corresponde relacionarlos con los mecanismos “*opt in*”.

En este modelo encontramos, también, dentro del marco de la regulación de la Regla 23 norteamericana, autores que postulan, en base al análisis de la conformación de las distintas clases, que se pueden adoptar sistemas diferenciados; es decir, el uso del sistema “*opt in*” para los casos de daños individuales que, no obstante caer bajo la calidad de individuales homogéneos, justificarían el interés individual en efectuar el reclamo particular. De ese modo, conformando un único proceso sobre el que se estipula que debe formularse la opción de ingreso, se sostiene, que se simplifica notoriamente el trámite (DODSON, 2016; DODSON, 2017).

Finalmente, y no se trata de un aspecto menor sino todo lo contrario, la tradición jurídica del *common law*, hace que los precedentes judiciales participen de modo principal en la formación del derecho (MICHELLI, 1938, p. 14). Entonces, mediante el “*stare decisis et quia non movere*”,<sup>29</sup> se impone que las decisiones de los jueces o tribunales tomadas después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, sea una autoridad o precedente obligatorio para este tribunal y para los tribunales de igual o inferior rango, en los casos en los cuales se presenten en el futuro y que se debata la misma cuestión.

Este sistema, especialmente en lo referido al *judicial review of law* en materia de control de la legitimidad de las leyes, brinda respuestas más allá de los casos que son decididos y, por ello, también debe ser considerado dentro de lo que, en ese contexto cultural, integra los mecanismos de resolución de conflictos masivos. Inevitablemente en esta vertiente debemos sumar, en aras de analizar los efectos generales de las decisiones judiciales, que la Suprema Corte de aquel país — en algunos casos- recurre al *facial challenger*, es decir por un confornte internormativo entre la norma y la Constitución, generando respuestas más allá del caso que es sometido a análisis (DORF, s.d.; FALLON, s.d.; ISSERLES, s.d.).

Brasil, ejemplo de un país de tradición continental, también muestra múltiples carriles para lo masivo. Como lo hemos referenciado, fue pionero en la región al regular la vía colectiva,<sup>30</sup> como un mecanismo de tutela representativo siguiendo la línea “*opt out*” (GRINOVER, 1994, p. 1106). Se trata de una herramienta que resguarda diversas situaciones jurídicas, reconoce legitimación al Ministerio Público, la Defensoría Pública, al Estado Federal y a los distintos estados y municipios, empresas públicas, fundaciones

---

29 Del latín, “estar a lo decidido sin alterarlo”.

30 Acción Civil Pública, Ley 7347/85; Código del Consumidor sancionado el 11 de septiembre de 1990, ley 8.078, artículos 81 a 100.

y asociaciones,<sup>31</sup> con efectos de la cosa juzgada que consideran lo sucedido en el proceso (*secundum eventum litis*), fundamentalmente solo beneficiando a los miembros del grupo y, en general, sin perjudicar sus acciones personales, aunque clausurando la posterior demanda colectiva.<sup>32</sup> Pendiente la vía colectiva, el miembro del grupo cuenta con la posibilidad de ejercer el derecho de exclusión y postular el reclamo individual.

El proceso colectivo descrito se complementa con otras herramientas orientadas a brindar respuestas masivas. Desde hace muchos años cuenta con la acción popular,<sup>33</sup> incorporada en el artículo 5.º de la Constitución Federal, inciso LXXIII, que establece que cualquier ciudadano es parte legítima para promover acción popular con el fin de anular un acto lesivo al patrimonio público o de una entidad en la que participa el Estado, a la moralidad administrativa, al medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural, quedando el autor, salvo que se compruebe su mala fe, exento de costas judiciales y de la carga de haber perdido el pleito. Mediante el instituto se buscó preservar la actuación de todo ciudadano en el control de los actos o contratos de la administración a efectos de la preservación del patrimonio público federal, estadual o municipal, por lo que en su historia han sido mínimas las modificaciones legislativas verificadas en cada una de las constituciones. La última, en cambio, ha ampliado sus incumbencias a la defensa de la moralidad administrativa y del medio ambiente, natural y cultural,<sup>34</sup> pero siempre que el acto lesivo provenga de la administración pública (GRINOVER, 1986, p. 108; 1989, p. 484).

Otros conflictos colectivos, en cambio, encuentran solución a través del enjuiciamiento de casos repetitivos.<sup>35</sup> Mediante el incidente o recurso repetitivo se obtiene una solución para todos los casos cuyas cuestiones jurídicas procesales o sustanciales se reiteren en los juicios pendientes, con la particularidad de circunscribir de un modo más exhaustivo la — a veces — escasa homogeneidad que puede existir entre los casos que dicho mecanismo viene a

---

31 Cuyas finalidades institucionales sean la protección del patrimonio público y social, el medio ambiente, al consumidor, al orden económico, a la libre competencia, a los derechos de grupos raciales, étnicos o religiosos o al patrimonio artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico.

32 Arts. 103 y 104 del CDC). Denominada preclusión unilateral modificada.

33 Ley n. 4.717/1965. La acción popular es un instituto que históricamente se ha hecho presente en las distintas constituciones brasileñas: desde la de 1824 — *Constituição do Império* —, pasando por las Republicanas de 1934, 1946, 1964, 1967 y llegando a la actual redacción efectuada en 1988.

34 Pellegrini Grinover señala, refiriéndose a la incorporación de las acciones colectivas en el derecho brasileño, que la acción popular no se encontraba en grado de cubrir el complejo campo de la tutela de los intereses difusos, ni lo relativo al medio ambiente, porque su ejercicio quedó subordinado a la ilegalidad proveniente de la conducta activa u omisiva de la administración pública, mientras que la amenaza o violación de los primeros provenía también de acciones privadas. Verifique también Grinover (1999, p. 19).

35 Arts. 928 y 976 sgts. del Código Procesal Civil, sancionado en 2015.

resolver.<sup>36</sup> La vía es muy versátil y especialmente apta para dirimir cuestiones cuya homogeneidad es limitada a ciertos aspectos, aunque las distintas relaciones jurídicas puedan ser sustancialmente diversas en lo restante. Tal el caso, por ejemplo, del derecho a una justicia gratuita, que puede ser homogéneo en distintos juicios, sin que el objeto central de cada uno de ellos tenga necesariamente alguna similitud. Se trata de un dispositivo cuyo objetivo es evitar la dispersión de la jurisprudencia, definir soluciones uniformes para cuestiones que se plantean en procesos pendientes y permitir el enjuiciamiento inmediato de todos ellos con un mismo sentido (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 267-275). La cuestión de los casos repetitivos puede ser promovida de oficio por el juez, por el Ministerio Público, la Defensoría Pública o la parte de cualquier proceso pendiente, genera un precedente obligatorio para los casos análogos que se encuentren en trámite, los que son suspendidos en tanto es resuelto el incidente. Evidentemente la modalidad es útil para algunos conflictos, más económica y sencilla en comparación con la que usualmente propone un sistema representativo; aunque será inapropiada para otros, por no poder abordarlos adecuadamente, en orden a la complejidad de las relaciones materiales involucradas y los objetivos buscados.

Además, el control de constitucionalidad que originariamente tomó el sistema difuso, concreto e incidental al modo norteamericano<sup>37</sup>, con el tiempo incorporó la modalidad concentrada, abstracta y principal de vertiente austríaca<sup>38</sup>, conformando un sistema mixto apto para brindar, cuando el conflicto gira en torno al cuestionamiento de una norma, soluciones a conflictos masivos (CLÈVE, 2002; BARROSO, 2004; RAMOS, 2010; MARINONI, 2012, p. 707-1.199; ZAVASKI, 2012). A ello se suma la posibilidad de emitir precedentes formalmente vinculantes con efectos generales (*erga omnes*) por el Superior Tribunal Federal que son resumidos en sùmulas (ZANETI JR., 2017), conforme lo autoriza la Constitución.<sup>39</sup>

---

36 El sistema se inspiró en el *Multidistrict Litigation* norteamericano, en el *Musterverfahren* alemán y en el *Group Litigation Order* inglés. Verifique también Zaneti Jr.(s.d.)

37 Artículo 5.º, inciso XXXV, de la Constitución brasilera de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

38 Artículo 102, inciso I, de la Constitución de la República Federativa de Brasil: “Es competencia del Supremo Tribunal Federal, principalmente, la garantía de la Constitución, correspondiéndole: 1. procesar y juzgar, originariamente: 1. la acción directa de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos federales o estatales;”

39 Enmienda Constitucional n. 45, que añadió el artículo 103-A de la Constitución brasileña. “El Supremo Tribunal Federal podrá, de oficio o a petición de parte, por decisión de dos tercios de sus miembros, después de repetidas decisiones sobre asuntos constitucionales, aprobar una sùmula que, desde su publicación en la prensa oficial, tendrá efecto vinculante en relación a los demás órganos del Poder Judicial y a la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal así como proceder a su revisión o cancelación, en la forma establecida por la ley.”

Los países europeos, en cambio, han tenido mayor resistencia a adoptar la matriz representativa y se ha difundido mayormente,<sup>40</sup> en el contexto cultural del *civil law*, el mecanismo del *opt-in*. En general se confía en un sujeto legitimado, no comprendido directamente en el conflicto, al que se considera institucionalmente representativo de los intereses del grupo y se espera la adhesión de los individuos virtualmente interesados en el litigio que él conducirá. Es usual en estas legislaciones que exista una delimitación objetiva de los ámbitos de aplicación de este tipo de instrumentos a sectores específicos de particular relevancia social, como la tutela de los consumidores y de los inversores, instrumentando acciones colectivas resarcitorias.

La normativa comunitaria, por su parte, ha marcado un piso mínimo mediante directivas de protección de los consumidores,<sup>41</sup> que no cambia el rumbo elegido por la mayoría de los países que componen ese bloque regional y que propicia un régimen de *opt-in* y rechaza los mecanismos representativos de las *class actions*.<sup>42</sup> Esto no ha limitado, sin embargo, la imbricación de los modelos.

---

40 Merece destacarse el caso español que, con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, excepcionalmente ha seguido un sistema representativo aunque limitado a los usuarios y consumidores. Silgueiro, Joaquín, “Las acciones colectivas de grupo en España”, Verifique en Gidi, Ferrer Macgregor (2003, p. 337). También el portugués, regulado en la ley 83/95, que tiene un espectro más amplio de aplicación. Verifique también Freitas (2003, p. 381-401) e Mendes (2012, p. 129-138).

41 La Directiva 98/27/CE se refiere a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (modificada por la 2009/22/CE) que se podrán interponer ante los órganos jurisdiccionales competentes en cada Estado miembro en caso de infracción cometida por un operador comercial de otro país. Verifique en ARMENTA DEU (2013. p. 115/124), respecto al reconocimiento y ejecución de sentencias colectivas transfronterizas.

42 Ver la conclusión 16 del COM(2013) 401 final, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — «Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo», “El CESE acoge favorablemente que la Comisión Europea rechace el modelo estadounidense de las “class actions”: precisamente una acción colectiva conforme al Derecho europeo no puede constituir una «class action» del tipo existente en los EE. UU. Las medidas de seguridad previstas por la Comisión Europea a este respecto son adecuadas y razonables. Es justo que se rechacen los pactos de cuota litis por la prestación de servicios jurídicos — que incentivan los litigios- y las sanciones punitivas. Deben revisarse las normas relativas a la legitimación de los demandantes y la imposición de las costas desde el punto de vista del acceso a la justicia”. Más recientemente, mediante la Directiva COM (2018) 184 final 2018/0089 (COD), se modernizó y sustituyó la 2009/22/CE, aunque manteniendo en lo que aquí interesa la misma línea de trabajo en lo relativo a los instrumentos de tutela, que hacen foco en las entidades especialmente habilitadas a interponer acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

En Alemania, por ejemplo, existen tres formas de implementar acciones colectivas: a través de las acciones promovidas por asociaciones (*verbandsklage*), el mecanismo de la causa modelo (*musterverfahren y musterrklage*) y las acciones de grupo propiamente dichas (*sammelklage*).

El primer caso, considerado excepcional en el derecho alemán, se encuentra habilitado para sectores determinados: derecho a la competencia, competencia desleal, defensa del consumidor y regulación de las condiciones generales de contratación. Se trata de pretensiones de cesación, sin posibilidad de reclamos por compensaciones indemnizaciones o tutelas que representen derechos ajenos; la asociación persigue la defensa de un interés propio, aunque también resguarda los intereses de un grupo determinado, siempre que esté habilitada para ello en su estatuto. La asociación debe estar inscrita en un registro oficial para obtener legitimación, lo que de todas maneras no es suficiente -de acuerdo a la experiencia empírica- para concluir que no existen conflictos de interés. La resolución a la que puede arribarse mediante dicha actuación consiste en la recuperación, a nivel general, de los ingresos ilícitos y no beneficiaria a los afectados individualmente quienes deberán hacer sus propias reclamaciones. El sistema no encuentra respuesta para el problema de los *small claims* (KOCH, p. 235; WALTER, p. 251, 2003; PALNCHADELL GARGALLO, 2014, p. 420-475).

El proceso modelo o proceso patrón, por su parte, tiene efectos de prejudicialidad sobre las demandas análogas. Se trata de una decisión de derecho adoptada en una causa individual que, en la medida que demuestre una importancia significativa de la decisión para otras causas con contenido similar, es inscrita por el juez en un registro electrónico de libre acceso.<sup>43</sup> No se produce aquí una unión de los miembros del grupo, sino que las decisiones serán tomadas individualmente con una base homogénea, aunque sin relevar la necesidad de la promoción individual de la demanda, lo que constituye una barrera para su utilidad práctica y no consigue descargar el trabajo y los costos que la multiplicidad de procesos idénticos irrogan en el sistema. Lo dicho también revela, en este carril, la ausencia de representatividad. La elección del demandante

---

43 Pérez Ragone (2019) indica que, “A partir de la fecha de publicación del procedimiento declarativo patrón ninguna otra acción sobre la misma cuestión. Durante el proceso un consumidor registrado no puede iniciar una acción contra el demandado cuyo tema se relaciona con los mismos hechos de la vida y los mismos objetivos. Se permite la transacción según el § 611 que puede concluir con efecto a favor y en contra de los consumidores registrados. La transacción debe contener reglas sobre los beneficios atribuidos a los consumidores registrados, la prueba de elegibilidad que deben proporcionar los consumidores registrados; la fecha de vencimiento de los servicios y el reparto de costas entre las partes. El acuerdo requiere la aprobación del tribunal. El tribunal aprobará el acuerdo si lo considera un acuerdo amistoso apropiado de la disputa o la incertidumbre de los reclamos o las relaciones legales notificadas, teniendo en cuenta los hechos y las disputas del momento. El permiso es emitido por decisión sin oposición. Finalmente, según el § 612 el modelo o patrón que emita el fallo se hará público después de su promulgación en el registro de la demanda”.

modelo, por su parte, se hace de oficio por el tribunal, que a ese efecto se basa en parámetros de temporalidad –quien primero presentó la reclamación – ya de cuantía – la más onerosa.<sup>44</sup>

Las acciones de grupo propiamente dichas han sido instadas por la doctrina en el mercado de capitales y resultan ser la especie más parecida a la tradicional *class action*. Son postuladas para determinar la responsabilidad por la información y la protección del inversor. Están dispuestas a favor de las asociaciones de consumidores, que los representan, pero sólo funcionan si el número de sujetos no es demasiado alto y pueden ser identificados con facilidad.

En el caso italiano se legisló, bajo el título “*azione collettiva*” dentro del Código del Consumidor,<sup>45</sup> un mecanismo que fue de escasa utilización y que fue definido como litisconsorcio facultativo “agregado”, ya que se trataba de una posibilidad de gestión conjunta de acciones individuales, puesto que los consumidores o usuarios que pretendían valerse de la tutela debían comunicar la propia adhesión, por escrito, al proponente de la acción colectiva (CAPONI, 2008, p. 822). Recientemente se ha sancionado una nueva normativa que instala el mecanismo en el *Codice di Procedura Civile*,<sup>46</sup> aunque entrará en vigencia en 2020.<sup>47</sup> Se trata de un cambio que intenta ampliar tanto el objeto para el cual puede ser usada la vía procesal, más allá de las cuestiones de consumo, y los sujetos legitimados para interponerlas.<sup>48</sup> La particularidad, respecto al sistema que viene a modificar, es que los miembros del grupo pueden adherir al proceso al comienzo o con la sentencia que acoge la demanda. Más allá de los cambios, que podrán modificar el estado de estancamiento en el uso de la herramienta, se mantiene el sistema *opt-in*, que resultará útil en ciertos supuestos, aunque limitante de la posibilidad real de acceso a la jurisdicción en otros (TARUFFO, 2003, p. 532; KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2003, p. 51-134; GIUSSANI, 2003, p. 331).

La *action de groupe* francesa<sup>49</sup> se caracteriza por su atribución exclusiva a asociaciones registradas en cada ámbito de aplicación y son herramientas destinadas a sectores determinados como el consumo, el medio ambiente, la salud, la protección de las discriminaciones y los datos

---

44 Como puede advertirse no existe una verdadera constatación de la idoneidad, eje de los litigios colectivos representativos, sea para postular como para ejercer la defensa.

45 Art. 2, parágrafo 446, de la ley 224/2007, que agregó al Código del Consumidor el art 140 bis. Entró en vigor el 1 de enero de 2010 y sufrió modificaciones por las leyes 1 y 27 de 2012.

46 Ley 31 del 12/4/2019.

47 19/04/2020.

48 Organizaciones y asociaciones sin fines de lucro (inscritas en un registro del Ministerio de Justicia) y miembros de la clase (art. 840 bis CPC).

49 Recién en 2014 se instauró la acción de grupo en el Código del Consumidor, en 2016 entró en vigor la acción de grupo en el Código de Salud Pública y en noviembre de ese año se adoptó la Ley de Modernización de la Justicia del Siglo XXI, intentando buscar un marco común para todas ellas. Verifique también Azar-Baud (2017) e Boré (2003, p. 283).

personales. Solo aquellos que decidan adherir al reclamo (*opt-in*), una vez determinada la responsabilidad, podrán beneficiarse con sus resultados cuando la sentencia resulta favorable al grupo. El mecanismo se enrola en la acción colectiva resarcitoria, con ausencia de legitimación y participación de los miembros individuales del grupo y se destinan únicamente al resarcimiento de daños patrimoniales con exclusión de compensaciones por daños no patrimoniales.

En el modelo inglés se presenta la posibilidad de efectuar reclamos representativos (*Civil Procedure Rules* 19.6), aunque resultan poco comunes en la práctica, sea por el elevado riesgo que implican para el demandante quien debe exponerse, eventualmente, a tener que abonar los costos del reclamo en forma personal y a una interpretación restrictiva de la noción de interés común por parte de los tribunales, que impiden que esta clase de litigios concluyan con una indemnización a favor de los representados. En 2009 se rechazó una propuesta de legislar acciones de clase genéricas *opt-out*, que hubiera significado un mecanismo transversal que alentara su uso.

Las órdenes de litigación grupal (*Group Litigation Order*) son el pilar del sistema inglés para los procesos con partes múltiples, basado en el mecanismo *opt-in*. Se trata de un modo particular de acumulación múltiple que incorpora una lista de las demandas en un registro de grupos (ANDREWS, 2013, p. 209/226; MULHERON, 2012, p. 115/133). La noción de *representative action*, utilizada cuando la entidad del perjuicio individual priva de posibilidades a las acciones individuales, resulta impracticable; contradictoriamente se exige consentir a todos los interesados la adhesión a la clase (*opt-in*), para la consiguiente extensión a su respecto del resultado de la controversia.

Dentro de los ámbitos europeos operan, por lo demás, sistemas de control de constitucionalidad concentrados, en los cuales — en términos generales — las decisiones sobre la invalidación de las normas tienen efectos *erga omnes*, lo que constituye otro mecanismo masivo de resolución de conflictos (CAPPELLETTI, 1973; FERNÁNDEZ SEGADO, 2003; MEZZETTI, 2009).

## VI

Los modelos referenciados dan cuenta de una imbricación de las distintas herramientas. En general se advierte una menor expansión de los mecanismos representativos en comparación con los adhesivos ("*opt in*"). Es usual que aquellos sistemas que han incorporado la primera vía, cuenten con mecanismos adhesivos; esa lógica no se presenta del modo inverso. Esto se debe a la potencialidad de los instrumentos y, por ende, a la mayor aversión de quienes tienen el poder de regularlos. Existen, a su vez, ciertos mitos en torno a lo que puede suceder con las *class actions*, que fundamentalmente provienen de mala información a su respecto. El uso abusivo del mecanismo procesal no parece ser una calificación que les resulte exclusiva. En todos los ámbitos se generan espacios no imaginados en los que se intentan sacar réditos mediante el uso desviado de los procesos. Sin embargo, el litigio

representativo presenta posibilidades de abordaje de los casos y prestaciones que el sistema no puede brindar por otros carriles (TARUFFO, 2012, p. 23-30). Esa afirmación permite válidamente concluir que, no obstante que usualmente se los mencione como tales, los mecanismos *opt-in* y *opt-out* no pueden sustituirse entre sí, ni reemplazarse. Por el contrario, se trata vías que pueden resultar más o menos útiles de acuerdo al conflicto en concreto al que se enfrenten (TARUFFO, 2012, p. 23-30).

Un campo en el cual el proceso colectivo representativo encuentra sustanciales ventajas en su utilización, que desde la mirada de la organización democrática del Estado hoy no encuentra otro reemplazo, son los conflictos de interés público y/o la discusión sobre políticas públicas. El debate en torno a la potestad y capacidad judicial para tomar esta clase de decisiones no será abordado en esta presentación (CHAYES, 1976, p. 1312; SABEL; SIMON, 2004, p. 80-82; BICKEL, 1986; ISSACHAROFF, 2015; COURTIS, 2003; ELY, 1997; CAPPELLETTI, 2010, p. 147), sólo nos quedaremos con la premisa de que se trata de la mejor vía procesal para receptor estos conflictos. Señalando al litigio dialogal (GARGARELLA, 2014, p. 119-158), de matriz representativa, como un mecanismo eficiente para diluir las objeciones al poder contramayoritario de los jueces (SALGADO, 2015a; 2015b, p. 229/245) y capaz de canalizar las tensiones democráticas en la discusión de la política pública (HOLMES, 1999, p. 217-262).

Las versiones no representativas, en esta vertiente, resultan inoperantes para receptor la pluralidad y multipolaridad de intereses que se presentan en este tipo de conflictos y, en definitiva, no garantizan el debido proceso. Tampoco lo hacen aquellos sistemas representativos que asignan la posibilidad de conducir el reclamo a ciertas personas jurídicas controladas por el propio Estado, ya que por definición limitan las verdaderas posibilidades de esta clase de litigios. Este aspecto no es menor, ya que en el debate público no hay posibilidad de solicitar el *opt out* dada la propia naturaleza de la decisión, de modo que el espacio participativo es central para tener el día ante el tribunal.<sup>50</sup>

Los mecanismos representativos deben ser considerados como formas generales de protección de tutela de derechos, sin limitaciones a particulares categorías de sujetos o a tipos específicos de relaciones jurídicas.<sup>51</sup>

---

50 Es necesario, cuando trabajamos con un conflicto de estas características, verificar la idoneidad de aquel que toma la dirección del proceso. Cuando no hay ningún tipo de control, y sólo se constata la inscripción de la asociación en un registro, no existe análisis sobre la sinceridad del planteo, su correcto manejo, la solidez de las argumentaciones, la investigación del caso, los conflictos de interés con la contraparte y con el grupo representado, entre otras cuestiones relevantes, nos expone — justamente — a los abusos procesales que referíamos.

51 Taruffo llega a esa conclusión a la luz de la enseñanza que brinda la experiencia norteamericana. El profesor italiano critica aquellos proyectos que se dedican a introducir mecanismos de protección colectiva de

Cuando se requiere actividad por parte de los integrantes del grupo expresando su voluntad de adherir al proceso (*opt-in*), fundamentalmente en los derechos individuales homogéneos, aunque pueden resultar mecanismos útiles en algunos casos, en otros se revelan poco efectivos. Cuando el valor individual es bajo, la ausencia de un proceso representativo constituye un obstáculo. La motivación individual, sea para demandar o para adherir a un reclamo grupal, carece del incentivo suficiente para hacerlo. Un parámetro para establecer el grado de viabilidad de la postulación colectiva en contraposición con las individuales o de adhesión, es balancear el grado de variación existente entre las pretensiones individuales que definan el núcleo fundamental de la disputa y el grado de viabilidad en la realización individual de cada una de ellas (ISSACHAROFF, 1997, p. 805; 831-832; 1999, p. 135; 149).<sup>52</sup>

En esa línea, no puede dejar de señalarse que las demandas colectivas pasivas o mixtas resultan impracticables bajo los parámetros de los sistemas *opt-in* e incluso también fracasan en sistemas representativos que no pivotan en el instituto de la representatividad adecuada como un eje central del sistema, dadas las insalvables dificultades que presentan a la hora de imponer su resultado con efectos preclusivos.

Nada obsta, como sucede en los Estados Unidos y en Brasil, que un sistema provea mecanismos adhesivos (*opt-in*), de procesos modelo, de demandas repetitivas, mecanismos de precedentes formalmente vinculantes, de control de constitucionalidad concentrado y directo, etc., para resolver ciertos conflictos colectivos, cuando la morfología de la cuestión lo permita. Es más, muchas veces es deseable contar con ellos pues se presentan como herramientas que, con menores costos y de modo más directo y preciso pueden afrontar las necesidades de ciertos conflictos, sin tener que acudir a vías de estructuras más complejas.

## VII

La lucha de Don Quijote contra los molinos de viento es un parágrafo muy conocido en la literatura universal, con el que pueden trazarse diversos paralelismos. El más evidente es aquel que posiciona a los mecanismos masivos como instrumentos potentes, gigantes que atemorizan a los poderosos. Otra mirada es la lucha en disparidad, el litigio tradicional — arcaico — como mecanismo, no de pacificación, sino de adormecimiento y de naturalización de conflictos, de inequidades y de perjuicios. El enfrentamiento de Don Quijote es

---

los usuarios y consumidores afirmando que ellos son discutibles por defecto, ya que no sólo los consumidores pueden ser víctimas de ilícitos que afecten a una pluralidad de personas; Verifique en Taruffo (s.d., p. 530).  
52 Verifique también American Law Institute (p. 126).

también la descripción de la obsesión por las aventuras de caballería, que lo hacen enloquecer y ver gigantes en la planicie manchega.

En un contexto cultural como el argentino, las distancias con ordenamientos comparados -en lo que hace a mecanismos de tratamiento masivo- son tan evidentes como abismales; Alonso Quijano lucharía, en nuestro caso, contra la ignorancia y el miedo, dos gigantes invisibles para muchos. Estamos acostumbrados a que los cambios estructurales, aquellos que realmente aportarían una mejora sensible en las condiciones de vida, demoren inexplicablemente. Las masas críticas de ciudadanos que portan pretensiones insatisfechas, que constituyen conflictos o casos judiciales masivos, nos deben hacer tomar la cuestión atinente a ampliar los mecanismos para su tratamiento con empeño quijotesco.

## CONCLUSIONES

Los mecanismos representativos deben establecerse de modo transversal en el sistema, sin limitación a objetos o a sujetos específicos.

El sistema *opt-in* no reemplaza, ni es sustituto del mecanismo colectivo representativo.

Determinados conflictos colectivos sólo pueden ser tratados apropiadamente mediante la pretensión o la defensa representativa.

Los reclamos individuales homogéneos de bajo valor o interés individual, como los derechos colectivos de naturaleza indivisible relativos a la discusión de políticas públicas o al funcionamiento del Estado, no encuentran cauce en mecanismos adhesivos y quedan fuera de sus posibilidades. En ellos el ejercicio de la representatividad adecuada es una garantía elemental del resguardo del debido proceso de los derechos del grupo o clase.

El sistema se enriquece, se hace más eficiente y completo en tanto pueda abordar de modo preciso, en menor tiempo y con menores costos cada conflicto masivo, si a la par del mecanismo representativo, se disponen otras vías de abordaje, como las demandas adhesivas, los recursos repetitivos, los casos modelo, los precedentes formalmente vinculantes o sistemas de control de constitucionalidad mixtos, en miras a dar soluciones que, de modo controlado, brinden soluciones masivas y/o trasciendan los límites casos en que son adoptadas.

# *Da lei processual à constituição: a necessária remissão constitucional na interpretação do direito processual civil positivo*

*Geovany Cardoso Jeveaux  
Bárbara Altoé Puppim  
João Guilherme Gualberto Torres  
Michelle Ivair Cavalcanti de Oliveira*

## 4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

O paradigma do Estado Democrático Constitucional,<sup>53</sup> forjado, no Estado Brasileiro, no âmago da Constituição de 1988, conforma e justifica todo e qualquer processo (ZANETI

---

53 O atingimento do Estado Democrático Constitucional – conferir em Barroso (2006) e Zaneti Jr. (2017, p. 72) –, a par da limitação ao arbítrio estatal, revela a primazia dos direitos fundamentais individuais e coletivos, apresentando-se como um *plus* normativo – conferir também Streck (jan.-abr. 2010, p. 158-173), Streck; Morais (2003, p. 94) – em relação às formulações predecessoras de Estado Liberal e de Estado Social – Bonavides (1972). Nesse paradigma, referidos direitos fundamentais exercem papel contramajoritário, submetendo atos normativos, emanados dos poderes públicos, à Constituição e, de conseqüente, ao controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado.

JR., 2014, p. 162), impondo regras a serem observadas para a consecução de um processo válido, posto que adequado constitucionalmente.

Conquanto haja autores que compreendam como “processo” apenas aquele constitucional, é preciso ressaltar que a adequação aos requisitos constitucionais é característica de validade do processo, e não de sua existência, sendo possível haver, por exemplo, processo sem contraditório, porquanto o contraditório é princípio constitucional que torna válido o processo.

É, pois, nesse sentido, que Fredie Didier Jr. encara o conceito lógico-jurídico de “processo jurisdicional”, espécie do gênero processo, como “o ato jurídico complexo pelo qual se busca a produção de uma norma jurídica por meio do exercício da função jurisdicional.” (DIDIER JR., 2017. p. 87).

Com efeito, a um só tempo, o autor agrega o que é, o que gera e para quê serve o processo, consignando que o modo como este se estrutura variará de acordo com o ordenamento jurídico observado pelo cientista, e, de conseguinte, a validade do método processo dependerá da observância, ou não, do modelo traçado na Constituição (DIDIER JR., 2017, p. 87).<sup>54</sup>

A Constituição — é comum a referência — é o vértice da pirâmide do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade para todas as demais normas jurídicas, cujos procedimento e competência (e matéria) são por ela estipulados e delimitados.<sup>55</sup> Desse modo, é a Constituição que, no seu viés dirigente, conforma a atividade do legislador

---

54 Compreendendo o atendimento aos preceitos constitucionais como inerente ao processo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2002, p. 39) adverte que “a participação no processo e pelo processo já não pode ser visualizada apenas como instrumento funcional de democratização [...], mas como uma dimensão intrinsecamente complementadora e integradora dessas mesmas esferas”. Mais acentuadamente, diferindo procedimento de processo exatamente em razão do contraditório, Hermes Zaneti Jr. (2014, p. 185) conclui, com apoio em Elio Fazzalari, que “existe processo somente quando, em uma ou mais fases do iter de formação de um ato, é contemplada a participação do seu autor e dos destinatários de seus efeitos, de modo que cada um possa desenvolver atividade, cujo autor do ato deve observar em contraditório, de sorte que os resultados das atividades dos demais participantes ele pode desatender, mas jamais ignorar”.

55 Corrente, nesse sentido, a referência a Hans Kelsen (2011), sobretudo, ao capítulo atinente à dinâmica jurídica, na qual o autor austríaco desenvolve os sistemas de normas estático e dinâmico, sendo o primeiro aquele cujas “[normas] podem ser deduzidas daquela [a norma pressuposta] pela via de uma operação lógica do geral para o particular” (2011, p. 218) e o segundo “caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou — o que significa o mesmo — uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental” (2011, p. 219). A recorrência, todavia, à norma fundamental pressuposta não se faz necessária, pois é a própria Constituição o fundamento de sentido do ordenamento jurídico (*als ob*), na qual se desvela o processo de compreensão, no interior da espiral hermenêutica. Conferir ainda em Streck, (2014b,

(CANOTILHO, 2001, p. 11-12), coactando-lhe para edição de normas constitucionalmente adequadas, inserido que está neste contexto compartilhado de sentido (STRECK, 2010, p. 163-164), com explicitação do contrato social e produto de um processo constituinte (STRECK, 2014, p. 57).<sup>56</sup>

A unidade do ordenamento jurídico em um Estado Democrático Constitucional redundando, pois, na unidade da Constituição, a qual deve guiar a atividade legiferante conducente à introdução de enunciados prescritivos atinentes a todo e qualquer ramo do Direito, assim classificado pela Ciência Jurídica, no seu mister de teorização do objeto de estudo, qual seja, o direito positivo.

De modo peculiar, porém, desponta o processo civil, como “coração do direito processual” (MERRYMAN, 1980, p. 191), pois os demais ramos do direito processual, presumidamente incompletos, abeberam-se na fonte do processo civil (direito processual comum),<sup>57</sup> que, por sua vez, serve de fonte subsidiária, supletiva e residual (ZANETI JR., 2017, p. 415).

Daí porquanto o presente texto se presta a identificar a necessária interpretação dos enunciados jurídicos constantes do Código de Processo Civil em adequação à Constituição, no momento da construção das normas jurídicas, afastando sua aplicação quando não condizentes com as normas constitucionais que fundamentam sua validade.<sup>58</sup>

---

p. 259). e Jeveaux (2015, p. 410-415), sobre a norma fundamental pressuposta e sobre o caráter estático e dinâmico da ordem jurídica.

56 Muito embora tratando de um direito ao processo justo, coincidem, no ponto, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, ao afirmarem que “A Constituição — o direito ao processo justo nela previsto — é o *centro* a partir do qual a legislação infraconstitucional deve se estruturar. O direito ao processo justo exerce papel de *centralidade* na compreensão da organização infraconstitucional do processo. É nele que se deve buscar a *unidade* na conformação do processo no Estado Constitucional. Dada a *complexidade* da sua ordem jurídica, marcada pela pluralidade de fontes normativas, impõe-se não só uma leitura a partir da Constituição da legislação infraconstitucional, mas também *um diálogo das fontes* para *melhor interpretação* da legislação processual e para *otimização* de soluções conforme ao direito fundamental ao processo justo.” Conferir em Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 772-773).

57 São exemplos encontrados no ordenamento jurídico: CPC, artigo 15; CPP, artigo 3º; CE, artigos 20, 28, 275; CLT, artigos 855-A, 882, 896-B, 769.

58 São seis as hipóteses nas quais o Órgão Judiciário está autorizado a deixar de aplicar a norma jurídica: a) quando inconstitucional, por meio de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade; b) quando for o caso de aplicação de solução de antinomias; c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição; d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto; e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; f) quando a regra contrariar o princípio, caso em que a regra cederá em face do princípio; conferir em Streck (2012, p. 605-606). Conferir também em Zaneti Jr. (2017, p. 141), para uma crítica à sexta hipótese.

## 4.2 ACORDOS SEMÂNTICOS

Adota-se um “modelo constitucional de processo” (OLIVEIRA, 2016, p. 174) como superação da distinção entre “direito processual constitucional” e “direito constitucional processual”. Se a Constituição é fundamento de validade do ordenamento, posto que estabelece normas pelas quais outras normas serão produzidas, não há Direito Processual válido que não seja constitucional. Se se persegue um processo constitucionalmente adequado, a dicotomia das expressões só serve para causar embaraços ao intérprete e, de consequente, deixa de ter razão de ser (ZANETI JR., 2014, p. 163-164).

Noutro giro, no Brasil, toda jurisdição é jurisdição constitucional, dada a existência de um modelo híbrido de controle de constitucionalidade, havendo, de um lado, o controle difuso, devendo ser realizado por cada órgão julgador e, de outro, concentrado, cuja competência é outorgada exclusivamente à Corte Constitucional (STRECK, 2013, p. 45-68).<sup>59</sup>

O ordenamento jurídico predicado compõe-se de normas jurídicas válidas em determinado espaço-tempo. Válidas porque guardam consonância com o fundamento de validade último, a Constituição, ápice deste mesmo ordenamento, conforme referido alhures. As normas jurídicas, diante do que prelecionado, são produto da interpretação do texto jurídico, dele dependendo necessariamente. Não há texto sem norma e, tampouco, norma sem texto. A norma é o sentido do ser do ente (texto). Não se concebe, diante disso, a possibilidade de que haja texto sem sentido, pois a interpretação é “cogente”, por assim dizer, sobre o sujeito interpretante. E não é possível texto sem contexto, pelo que um *a priori* compartilhado impede que se diga qualquer coisa sobre qualquer coisa, a partir do texto legislado. Em resumo: as normas guardam limites de interpretação, de modo que, ainda, não se pode atribuir qualquer norma a qualquer texto (STRECK, 2014).

Admite-se, todavia, uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”, formada por segmentos sociais, representativos das forças produtivas de interpretação (*interpretatorische Produktivkräfte*) que cointerpretam a Constituição, funcionando como pré-intérpretes (*Vorinterpreteten*), em manifestação notadamente democrático-participativa, subsistindo, nada obstante, a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece a última palavra sobre a interpretação (HÄBERLE, 2002, p. 13-14), a qual, no entanto, não está imune às críticas, sobretudo, da doutrina jurídica, que tem o dever de constranger epistemologicamente as decisões tomadas pelo Órgão Judiciário, sobretudo quando confrontantes com as normas constitucionais.

---

<sup>59</sup> Conferir Pegoraro (2005, p. 242-247), para um estudo sobre a hibridação dos modelos de jurisdição constitucional.

A preservação da Constituição reside em que é ela o remédio contra as maiorias, cuja guarda incumbe ao Órgão Judiciário, responsável pela Jurisdição Constitucional, concentrada ou difusa, por meio da qual, preservam-se os direitos fundamentais da minoria, em desejada atuação contra majoritária. A Jurisdição Constitucional, destarte, a um só tempo, limita o Poder Público, corrige equívocos e desvios legislativos, garante a existência das minorias, assegurando seus direitos fundamentais e garante a própria autonomia do Direito, por meio de decisões devidamente fundamentadas (ABBOUD, 2016, p. 110), e, por tudo isso, compatibiliza-se com a democracia (TORRES, 2019, p. 21-56; 125-147).

Demonstrada, assim, a necessidade de uma Corte Constitucional, a qual, por meio da Jurisdição Constitucional, fiscaliza os atos emanados do Órgão Legislativo, sob o parâmetro de validade erigido (STRECK, 2012), reputando-os, se for o caso, inválidos, e expulsando-os do ordenamento jurídico (STRECK, 2014).

É por meio do argumento da rigidez constitucional que se pode inferir que a Constituição é alçada a patamar hierárquico elevado, a ponto de servir como parâmetro para o controle de atos que lhe são inferiores (RODRÍGUEZ-ZAPATA; PÉREZ, 1983. p. 1.530). A manutenção de leis ou atos normativos no ordenamento jurídico, aprovados por procedimento e quórum simples, em detrimento de normas constitucionais, que exigem para sua alteração procedimento e quórum qualificados, alteraria impunemente o texto constitucional, e, em última análise, impediria que este servisse de parâmetro constitucional (JEVEAUX, 2015, p. 211), ao se igualar às demais normas.

É com essa constatação, que se encerra a razão de ser de um órgão de controle que possa aferir a quebra da relação causal de inferência quando houver violação do parâmetro constitucional, impedindo a permanência de incompatibilidades (KELSEN, 2001, p. 9-32), ou, negando a aplicação de normas constitucionais no caso concreto (controle difuso), cuja aferição constitui questão prejudicial para solução do mérito processual.

#### 4.3 NECESSÁRIA REMISSÃO CONSTITUCIONAL NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL POSITIVO

Estabelecidas as premissas, passa-se ao desenvolvimento do objeto central desse pequeno estudo, a fim de que se torne justificada a interpretação dos enunciados prescritivos do direito processual civil à luz das normas constitucionais fundantes.

Assim, as normas jurídicas construídas a partir das disposições do código de processo civil, somente se mantêm no ordenamento jurídico, se e somente se, estiverem adequadas às normas constitucionais. Do contrário, deverão ter sua aplicação inegavelmente afastadas, sob pena de violação dos direitos e garantias fundamentais dos jurisdicionados, que esperam a concretização de uma tutela tempestiva, efetiva e adequada à Constituição.

A tutela de direitos por meio de aplicação de “normas jurídicas inconstitucionais” — uma contradição em termos necessária à explicação —, para além de violar o pacto federativo, com criação de normas jurídicas que não encontram fundamento constitucional e, portanto, colidem com o produto do Constituinte, esmorecem direitos fundamentais, oriundos de lutas populares e encartados na Constituição.

A adoção da perspectiva constitucional na interpretação do direito processual objetivo, outrossim, permite a inserção do processo civil na realidade política e social na qual foi formado, atendendo aos direitos fundamentais das partes em litígio.

Não por acaso, o legislador, imbuído do ímpeto de efetivar a Constituição, atendendo a reclamos, sobretudo, da doutrina jurídica, reproduziu, logo no início do Código,<sup>60</sup> disposições constitucionais, sob o título “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”. Conquanto a impropriedade terminológica, de cognominar “norma” aquilo que é tão somente enunciado prescritivo, e nada obstante a particularização de algo que se destina a todo e qualquer processo, o feliz intento deve repercutir na interpretação de todo e qualquer preceito positivo, conformando-o constitucionalmente, mesmo quando o legislador contrariou frontalmente normas constitucionais.

O trabalho do intérprete, desse modo, consiste em adequar a interpretação do direito processual positivo (normas jurídicas) às normas constitucionais, a fim de avaliar sua validade e, de conseguinte, sua permanência no ordenamento, incumbindo ao Órgão Judiciário, quando negativa a resposta, seu afastamento no caso concreto (controle difuso) ou sua expulsão do ordenamento (controle concentrado).

É dizer: toda e qualquer disposição do Código de Processo Civil deve guardar consonância com a busca pela solução consensual do conflito (art. 3.º), com a obtenção, em prazo razoável, da efetiva tutela (art. 4.º), pelas partes, que devem se comportar de acordo com a boa-fé objetiva (art. 5.º), cooperando, reciprocamente, com os demais sujeitos processuais (art. 6.º), tratadas, ademais, paritariamente (art. 7.º), a fim de que se chegue a uma decisão democraticamente construída sob o manto do contraditório (art. 9º e 10) e devidamente fundamentada (art. 11), a atender os fins sociais e as exigências do bem comum (art. 8º).

Esses cânones do ordenamento jurídico, de cariz constitucional, espraiam-se por todo o Código de Processo Civil, convalidando as normas jurídicas construídas pelo intérprete,

---

60 O Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015) é o primeiro concebido e promulgado em regime democrático, isto porque, em âmbito nacional, apenas tivemos dois outros Códigos de Processo Civil: o de 1939 (Estado Novo) e 1973 (Ditadura Militar). Ao contrário, portanto, dos Códigos de Processo Civil anteriores, os quais foram concebidos em regimes ditatoriais, este contou com a participação da comunidade jurídica e da sociedade civil organizada. Conferir em Mazzei (2015) a respeito da história do Direito Processual Civil brasileiro.

desde o nascedouro do processo até seu deslinde. O afastamento desse “padrão de conduta processual” viola os mais mezinhos direitos e garantias constitucionais do indivíduo e, de resto, nulifica, não somente o processo jurisdicional, como também todo avanço até aqui observado.

Fato é que se tornava despicienda a repetição das disposições constitucionais no bojo da codificação, mas em um país de democracia jovem e tardia, cuja consolidação de direitos encontra óbice nos predadores da moral, da política e da economia, que insistem em afastar a aplicação do produto legislado em prol de interesses solipsistas, essas tautologias são muito bem-vindas. E devem ser efetivadas<sup>61</sup>.

O processo é, pois, instrumento de garantia, quando adequado constitucionalmente. E só pelo filtro da Constituição é que deve ser “processado”, todo o resto é processo que até pode servir a outro ordenamento jurídico, mas que não encontra guarida em solo brasileiro.<sup>62</sup>

Todo órgão judicante é instado a se manifestar previamente sobre a questão constitucional surgida no curso do processo, quer seja motivado pelas partes, quer seja suscitada de ofício pelo julgador, com prévio contraditório. As normas constitucionais que não guardarem pertinência com a Constituição devem passar pelo controle de constitucionalidade, no mais das vezes preservando-se a interpretação constitucional (interpretação conforme à Constituição).

Há que se levar em consideração, ainda, na construção das normas processuais, a interpretação dos enunciados prescritivos que menor prejuízo cause aos direitos fundamentais, *in casu*, processuais. A decisão judicial deve ser corretiva do abuso legislativo, e não recrudescimento de danos àquele que busca ver tutelado seu direito (OLIVEIRA, 2002, p. 37).

---

61 Em boa hora, pretendendo a aplicação das normas constitucionais ao processo penal, a Lei n. 13.964/19, epitetada “Pacote Anticrime”, trouxe, no artigo 3.º-A, a previsão de uma “estrutura acusatória” (“O processo penal terá estrutura acusatória.”). Conquanto a previsão já fosse constitucional, sua reprodução na legislação infraconstitucional reforça a necessidade de, em democracias tardias, repetir à exaustão as disposições constitucionais. De igual modo, a suspensão de sua vigência nas ADI’s 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, pelo Min. Luiz Fux, reforça a dificuldade de implementação das normas constitucionais.

62 “No entanto, o que está em questão, aqui, não é uma teoria procedimental geral, mas a análise da relação entre procedimentos legais e direitos fundamentais. Ao se fazer uma limitação a apenas esse ponto, é possível afirmar que apenas o segundo modelo é compatível com a ideia de direitos fundamentais. Direitos fundamentais são, em alguns aspectos decisivos, não-procedimentais. Isso é perceptível com toda nitidez a partir de sua relação com o processo legislativo democrático. Nem tudo aquilo que pode ser resultado de discussões e votações no parlamento é possível na perspectiva dos direitos fundamentais. É certo que os direitos fundamentais, de um lado, garantem direta e indiretamente a participação no processo democrático. Nessa medida, eles são procedimentais. Mas, de outro lado, na medida em que estabelecem limites materiais a esse processo, eles são não procedimentais.” Conferir em Alexy (2017, p. 488-489).

A noção de Estado Democrático Constitucional, portanto, materializa os escopos de um processo civil destinado à satisfação dos interesses em questão, garantindo ao jurisdicionado, de um lado, a limitação do arbítrio estatal e, de outro, exigindo dos sujeitos processuais o atendimento, de modo geral, aos fins da democracia, entre os quais a divisão dos poderes e a igualdade, e, particularmente, ao devido processo legal e seus consectários (juiz natural e imparcial, contraditório, ampla defesa, recurso, inadmissibilidade de provas ilícitas, decisão fundamentada).

#### 4.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma Constituição rígida, compromissória e dirigente, engendrada em um Estado Democrático Constitucional, implica elaboração legislativa conformada constitucionalmente, que, em caso de desvios, será passível de correção pelo Órgão Judiciário, quer seja através de uma interpretação que salve o vício da norma, quer seja julgando inconstitucional a norma jurídica, expulsando-a do ordenamento jurídico (controle concentrado) ou afastando-a no caso concreto (controle difuso).

Em que pese a eventual redundância das oposições suso trazidas, a vigília deve ser perenemente quando predadores da moral, da economia e da política tentam inflar os egos solipsistas e sufragar os arbítrios legislativos, mitigando direitos fundamentais, ou ensejar desvios judicantes no julgamento das causas submetidas à sua apreciação.

# Referências

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Forense**, ano 102, n. 384, p. 71-104, mar.-abr., 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

DIDIER JR., Fredie. **A teoria geral do processo, essa desconhecida**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

JEVEAUX, Geovany. **Teorias do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: GZ, 2015.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (a justiça constitucional). Sub Judge. **Justiça e Sociedade**, Coimbra, v. 20-21, p. 9-32, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou “estória”) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. *In*: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Doutrina Selecionada**: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectivados direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 22, p. 31-42, set. 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. **Processo Constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

PEGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, Belo Horizonte: Del Rey, n. 6, p. 235-261, jul.-dez. 2005.

RODRÍGUEZ-ZAPATA Y PÉREZ, Jorge. Desviacion de poder y discrecionalidad del legislador. **Revista de Administración Pública**, ns. 100-102, ene.-dec., p. 1527-1554, 1983.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ — Eletrônica**, Vale do Itajaí, v. 15, n. 1, pp. 158-173, jan-abr. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, MartonioMont'alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista Argumenta**, Paraná, n. 7, p. 45-68, fev. 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, LuizGuilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TORRES, João Guilherme Gualberto. **Fatos e prognoses no controle de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

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.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

# *A análise econômica do direito e a interpretação jurídica*<sup>63</sup>

*Tárek Moysés Moussallém  
José Borges Teixeira Júnior*

## 5.1 INTRODUÇÃO

A interpretação de textos legais é basicamente o problema histórico enfrentado pela ciência do direito.

Não foram poucas as linhas, e de grandes autores, que enfrentaram a construção de um conteúdo semântico para as regras jurídicas.

Qual o conteúdo semântico dos comandos normativos? Uma vez que o sujeito cognoscente constrói a norma jurídica diante de enunciados prescritivos do Direito Positivo, quais os textos por ele utilizados? Quais os textos que *deveriam* ser por ele utilizados? Se há uma divergência entre o ser e o dever ser aqui, como o dever ser atua para moldar o mundo fenomênico? Há limites a esta enunciação pelo sujeito cognoscente?

Essas são apenas algumas das questões que a literatura jurídica, ao longo de tempos, se propôs a analisar.

O objetivo desse artigo é o de colocar um tijolo a mais sobre esse muro. Não há, evidentemente, pretensões de terminar a obra e, tampouco de demolir todo o projeto. O

---

63 Este artigo contém excertos extraídos da Dissertação intitulada “A gratuidade de acesso nos juizados especiais cíveis de Vitória/ES e sua influência sobre o acesso à justiça: uma análise econômica do Direito”, defendida por José Borges Teixeira Júnior em 19.06.2019, para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, com orientação pelo Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallém, que foram reformulados especialmente para apresentação nesta obra.

escopo é apenas o de realizar uma contribuição, trazendo as bases conceituais e metodológicas de um instrumento que — ao menos no Brasil — vem estado bastante em voga diante de decisões recentes da jurisprudência e das obras de doutrina, que é a análise econômica do direito.

Para tanto, esse ensaio explicita o funcionamento desse método de interpretação jurídica e exhibe suas fundações filosóficas e algumas de suas possíveis críticas e também alguns de seus méritos.

A divisão do raciocínio opera-se da seguinte forma: a Seção 2 explicita os fundamentos da análise econômica do direito. A Seção 3 traz o ferramental teórico de primeira hora empregado no método. A Seção 4 discute uma questão crítica acerca da análise econômica do direito. A Seção 5 conclui este ensaio.

## 5.2 OS FUNDAMENTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A interpretação jurídica se propõe *apenas e tão somente* a criar um modelo ideal através do qual o sujeito cognoscente pode se aproximar (*i.e.*, construir linguisticamente) do real que, no caso do Direito Positivo, é um fato institucional<sup>64</sup>.

Em se tratando de um objeto cultural, próprio às ciências do espírito, o ato de sua (re) construção linguística, como visto, ocorre pela compreensão.

Tal compreensão, como afirma Paul Ricoeur, se inicia pelo ato da *conjectura*.

A conjectura ora mencionada é, por assim dizer, uma verdadeira adivinha acerca da intenção do texto, do seu propósito (1976, p. 89-91). Tratando-se o texto de uma forma de comunicação, David K. Berlo pontifica com clareza: a primeira atitude diante de uma comunicação é buscar entender a sua *finalidade* (1999, p. 12).

No caso dos textos do Direito Positivo, diante de uma série de enunciados prescritivos, o intérprete deve primeiramente conjecturar: qual é o *objetivo* da norma jurídica, isto é, qual é o propósito.

Por exemplo, ao se construir a norma jurídica que pune com pena de reclusão de 6 a 20 anos um crime de homicídio, é possível conjecturar que o objetivo do Estado seja o

---

64 Ideia cunhada por Anscombe e terminologia popularizada por Searle (1985, p. 2), visa a separar porções do mundo real que apenas são fatos em razão do consenso humano (*i.e.*, somente existem porque as pessoas acreditam que eles existam) daqueles que não dependem das preferências, avaliações ou atitudes moral de quem quer que seja. Os primeiros foram batizados de fatos institucionais ao passo que os outros, de fatos brutos. Os primeiros “[...] requerem instituições humanas para sua existência [...]”. Os fatos brutos não requerem instituições humanas para sua existência. Evidentemente, para que se possa afirmar um fato bruto é preciso a instituição da linguagem, mas o fato afirmado precisa ser distinguido da sua afirmação”.

de prender as pessoas, pois esse é seu “propósito”, ou então é factível ainda que o intérprete, diante do texto, entenda que ao criar tal sanção, o objetivo do Estado é assegurar que ela seja de tal monta que ninguém se arvore a ceifar a vida alheia, pelo temor da sanção (efeito dissuasório).

Isso não significa que a interpretação objetiva retornar a um impossível *mens legis* ou *mens legislatoris*. Ambos os conceitos não são relevantes para a conjectura pois tanto o conteúdo da mensagem não se encontra nas palavras em si (o que impede o *mens legis*) nem é possível ao leitor tocar o sentido da comunicação, que reside exclusivamente em seu emissor (o que impede o *mens legislatoris*).

A conjectura inicial diante de um texto a ser interpretado é uma postura exclusiva e isolada do leitor, e porque não dizer, arbitrária, do intérprete.

Então retomar-se-ia a figura de um intérprete “solipsista”? Seria isso?

Também se crê que não. A conjectura sobre o propósito da comunicação jurídica é apenas o primeiro passo ao trabalho do intérprete. Uma vez que se está não analisando a interpretação ontológica, mas sim a interpretação como método científico de aproximação de um objeto (o Direito Positivo), é ao exatamente *enunciar* esta conjectura “em voz alta” que se poderá passar a controlar os resultados do intérprete doravante.

Sim, a conjectura enunciada pelo sujeito cognoscente figurará como *axioma*<sup>65</sup> a partir do qual todas as proposições futuras terão sua coerência avaliadas, assegurando-se um discurso doravante controlável pela comunidade de interpretantes.

E é exatamente a partir daqui que a análise econômica do direito encontra seu diferencial e se mostra um instrumento metodológico útil para a construção de um discurso controlável pela comunidade de interpretantes, pois, contrariamente a diversos outros métodos de interpretação — que omitem ou deixam apenas subentendido a conjectura inicial — *depende necessariamente da conjectura iniciada* e deriva, a partir daí, passo a passo a construção de significações e o apontamento de significados para cada enunciado prescritivo do sistema até a formação da norma.

Outrossim, à luz de suas próprias particularidades metodológicas, permite enfim a verificação de *utilidade* ou não da conjectura enunciada quando autoriza (na verdade praticamente demanda) a verificação empírica das proposições interpretativas formuladas.

---

65 Conforme lições de J. Ferrater Mora (2004, p. 243-244), axiomas são “[...] proposições irreduzíveis, princípios gerais aos quais e reduzem todas as outras proposições e nos quais estas necessariamente se baseiam. O axioma possui, por assim dizer, um imperativo que obriga ao assentimento uma vez que seja enunciado e entendido [...]. Hoje, não se hesita em tratar os axiomas como enunciados hipotéticos. Os próprios sistemas axiomáticos são definidos às vezes como sistemas hipotético-dedutivos”.

Assim, a análise econômica do direito (AED) pode ser conceituada como o arcabouço teórico calcado na aplicação de postulados da Economia aos enunciados prescritivos do Direito Positivo ou, nas palavras de Richard Posner, o instrumento de análise consistente no uso de teorias e do método característico da economia para aumentar o entendimento do sistema legal (1975).

Quando se fala em economia, ou na ciência econômica, vale trazer à colação a sistematização proposta por Lionel Robins que bem se adequa às finalidades da análise econômica do direito, pois não partiu das categorias que se imagina usuais para os fatos econômicos (*v.g.*, produção, dispêndio, riqueza e etc.).

Robins fixou quatro pontos relevantes para a economia: *a multiplicidade de fins* (os objetivos que as pessoas visam alcançar são diversos), *a priorização de fins possíveis* (os fins possuem prioridade diversa entre si), *limitação dos meios* (os meios para alcançar os fins múltiplos são limitados) e *a possibilidade de emprego alternativo dos meios* (idênticos meios podem ser empregados para fins diversos).

Diante destes quatro fatores, Robins concebeu que apenas a capacidade humana de fazer escolhas é o liame que une estes fatores, sendo, portanto, a economia a *ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos* (1945, p. 16).

Em linhas gerais, o que a análise econômica do direito faz é utilizar conceitos essencialmente microeconômicos para analisar o fenômeno jurídico<sup>66</sup>, aplicando algumas de suas categorias na construção do conteúdo semântico, pelo intérprete, das normas jurídicas, tendo por base os enunciados prescritivos do Direito Positivo.

Como se verifica, ao contrário do que muitas vezes — equivocadamente — se aponta, a análise econômica do direito não se resume a uma redução dos institutos jurídicos (direito subjetivo, dever jurídico, negócio jurídico, obrigações, responsabilidade civil, processo, relação jurídica e etc.) às categorias da economia.<sup>67</sup>

Como afirma Robert Cooter, a alegação de que a análise econômica venha substituir a ciência do direito não possui sustentação, uma vez que existem algumas áreas do Direito

---

66 Efetivamente, a análise econômica do direito pode tanto concentrar-se na formulação de interpretações do Direito Positivo bem como na análise das decisões tomadas que possuam — conjunta ou isoladamente com outros fatores — as normas jurídicas como um ou algum dos incentivos que moldam as preferências do indivíduo. No primeiro caso, o foco é a *construção* da regra (a norma jurídica) ao passo que no segundo, a norma jurídica (evidentemente com seu conteúdo semântico pleno) é um dado, um pressuposto, restando saber como o indivíduo comportar-se-á à luz desse incentivo.

67 Por todos, vide as críticas de Ronald Dworkin, nesse sentido, no livro *O Império do Direito*.

que possam ser explicadas pela economia, mas em outras áreas em que tais explicações tornar-se-ão sempre incompletas (1982).

De fato, entende-se que a análise econômica não se presta a substituir a ciência do direito e, em especial, a teoria do direito, cujo papel central é o estudo da linguagem dos juristas (ROBLES, 1996, p. 156).

Pois bem, dito isso, é necessário indicar a primeira subdivisão na análise econômica do direito que opera tanto em sua vertente interpretativa quanto em sua vertente prescritiva, que é a diferença entre a AED *positiva* e a *normativa* (MICELI, 2009, p. 02).

Já se consideram clássicas as lições de MILTON FRIEDMAN no sentido de explicitar para fins científicos a diferença — para a ciência econômica, mas plenamente aplicável à seara jurídica — entre o discurso positivo e o normativo.

O primeiro seria, em princípio, independentemente de qualquer posição ética em particular, ou de julgamentos normativos, lidando com “o que é” e não com o que “deve ser”, sendo a sua tarefa de prover um sistema de generalizações que possam ser usadas para fazer previsões corretas acerca das consequências em qualquer mudança nas circunstâncias, tendo sua performance julgada por sua precisão e conformidade da experiência com as previsões que sustenta.

Por outro lado, haveria também o chamado discurso normativo (*normative economics*), que, apesar de também fazer previsões, traz enunciados normativos (*normative statements*), sobre o que deveria ser realizado ou construído (FRIEDMAN, 1953, p. 4).

No caso da análise econômica do direito, a AED positiva busca explicar as consequências das normas jurídicas no comportamento humano. Seu papel na análise da decisão é buscar explicar e prever o comportamento à luz de uma *dada* norma jurídica. Por outro lado, seu passo na interpretação é, à luz de uma conjectura sobre qual (ou quais) os propósitos de uma comunicação do Direito Positivo, construir uma interpretação (*i.e.*, a norma jurídica) que atinja esse objetivo da melhor<sup>68</sup> forma possível.

---

68 No momento em que se utiliza a palavra “melhor”, neste contexto, não se quer dizer outra coisa que não “eficiente”. A ciência econômica possui diferentes maneiras de tratar da eficiência. O critério mais tradicional para se tratar da eficiência é o critério de Pareto, pelo qual uma alocação de recursos somente será eficiente (Pareto ótima) se e somente se qualquer alocação posterior puder aumentar o bem-estar de um indivíduo somente às custas do bem-estar de outro. Portanto, uma alocação de recursos é Pareto superior a uma outra alternativa se e somente se ninguém terminar em uma situação pior do que a distribuição de bem-estar anterior e ao menos uma pessoa for beneficiada. Por outro lado, o outro critério mais comumente utilizado, batizado de Kaldor-Hicks, em homenagem aos dois economistas de cujas teorias seus postulados são extraídos, um certo ponto das relações econômicas será eficiente sob a ótica Kaldor-Hicks em relação a outro se e somente se o acréscimo de bem estar no movimento do primeiro ponto ao segundo puder inteiramente compensar aqueles que tiveram seu bem estar diminuído com um ganho

A AED normativa, contrariamente, questiona sobre como deveria ser o Direito Positivo, a fim de satisfazer determinadas preferências ou como deveria ser uma tal decisão tomada sob a ótica do Direito.<sup>69</sup>

Porém, é preciso sempre ter em mente o alerta de Richard Lipsey, bastante pertinente com as limitações do sujeito interpretante:

---

em rede do bem estar. Os perdedores não são verdadeiramente recompensados; apenas a potencialidade de uma compensação, decorrente do ganho agregado (em rede), já perfaz o critério Kaldor-Hicks. Conferir em Katz (2006, p. 10-11).

69 Quadra asseverar que a AED não toma a eficiência (por qualquer critério que se use) como um valor em si. Realmente, não se ignora que Richard Posner, durante os anos iniciais de sua pesquisa acadêmica, na década de setenta do século passado, tenha defendido que, à míngua de uma certeza com relação ao valor “justiça”, o valor “eficiência”, como maximização de riqueza, deveria ser defendido como apto a lastrear decisões e interpretações jurídicas (POSNER, 1979). Ocorre que, após uma série de críticas, em especial aquelas a ele endereçadas por Ronald Dworkin (vide *Is wealth a value?*, na bibliografia, além de diversas outras), o próprio Posner alterou sua opinião, reconhecendo não haver sustentáculo moral para a defesa de que o objetivo do Direito, ainda que imediato, fosse a maximização de riqueza (*Id.*, 1990). Atualmente, a visão consolidada é que a AED não se presta a indicar qual o valor a ser perseguido pelo Direito e, na verdade, tampouco o intérprete é capaz de fazê-lo. Tudo que é possível cogitar é o controle do discurso do cientista através do método por ele utilizado. Como sustenta Nicholas Georgakopoulos, a análise econômica do direito está aberta a todos os métodos para determinar as preferências social pois, uma vez estabelecidas estas, a análise econômica é capaz de auxiliar na interpretação ou no design de um arcabouço legal apto à sua satisfação (2005, p. 29). Sem um discurso firme no método e zeloso do conteúdo semântico das palavras utilizadas, não se estará diante de AED ou de qualquer ciência do direito, mas de um discurso político ou filosófico (extremamente importantes, por óbvio, mas em seu devido lugar). Esse é o papel da conjectura enunciada que se mencionou anteriormente. A AED busca realizar parte do mesmo pressuposto de que não cabe à ciência ditar os valores protegidos pelo Direito Positivo, que podem ser dos mais nobres (espera-se) até os mais obscuros. A AED, especialmente sob seu caráter interpretativo, parte de uma mera conjectura enunciada de tais valores e busca, a partir daí, construir uma norma jurídica capaz de atingi-los com a maior eficiência possível, ou seja, como afirmam Paul Samuelson e William Nordhaus, que atinja o maior grau de satisfação dessa conjectura enunciada (deste objetivo) diante dos meios escassos à sua disposição, isto é, ao menor custo possível (2012, p. 03). Os objetivos que serão maximizados pela norma jurídica construída pelo intérprete são apenas conjecturados pelo sujeito cognoscente. Se são eles “verdadeiros” ou “falsos” não importa para o discurso, que será analisado por conta de sua coerência interna. Evidentemente, eles importarão — e muito — em uma esfera política ou do debate comunitário, mas não é disso que trata a ciência do direito sob a ótica da AED. Por isso, pode-se afirmar que não é, sob qualquer mira, a eficiência o valor a ser maximizado. Todavia, seja o valor a ser maximizado a segurança dos mercados, o equilíbrio contratual ou a manutenção de gastos sociais, ninguém busca atingir tais objetivos incorrendo em desperdícios ou a um custo maior do que o estritamente necessário. Por isso se diz que a eficiência que a AED busca na construção interpretativa das normas jurídicas é o instrumento, o caminho para se alcançar os objetivos que o direito escolheu, esses, por certo, conjecturados pelo intérprete.

Os cientistas são seres humanos. Muitos têm valores fortemente arraigados e podem deixar que seus juízos de valor obscureçam a sua avaliação da evidência. Por exemplo, muitos cientistas não estão nem preparados para considerar a evidência de que possa haver diferenças de inteligência entre raças porque, como bons liberais, eles pensam que todas as raças devem ser iguais. Não obstante, o desejo de separar **o que é** daquilo que **gostaríamos que fosse** é uma luz de guia, um ideal, da ciência. A capacidade de fazê-lo, ainda que imperfeitamente, é atestada pela aceitação, primeiro pelos cientistas, depois pelo público em geral, de muitas ideias que inicialmente eram extremamente intragáveis, ideias tais como a imensa idade da Terra e a evolução do homem a partir de outras espécies animais (LIPSEY, 1986, p. 7. ).

Dito isso, é preciso tecer alguns comentários acerca dos postulados econômicos basicamente utilizados na AED.

### 5.3 COMENTÁRIOS ACERCA DO FERRAMENTAL TEÓRICO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Já é conhecida a posição de que os postulados da economia são instrumentos úteis não só para a análise de mercados financeiros, produção agregada ou o fluxo cambial de um certo grupo de nações.

Isso porque, desde a genial percepção de GARY BECKER, a análise econômica não é restrita a bens materiais ou desejos e tampouco ao mercado em si. É sua a visão de que os preços, sejam eles os monetários ou os preços “ocultos” de setores não mercadológicos, medem o custo de oportunidade de uso de um recurso escasso qualquer, e a análise econômica é capaz de prever o mesmo tipo de resposta aos preços “ocultos” que faz aos preços de mercado (BECKER, 1976, p. 6).

Por isso, é preciso apresentar os postulados, os conceitos básicos de economia que serão pressupostos neste ensaio, pois daí derivarão todas as consequências, *i.e.*, os resultados, da construção normativa almejada.

O primeiro postulado empregado, como não poderia deixar de ser, é também talvez o mais essencial por parte da economia: a noção da *escassez*.

Os recursos necessários à satisfação das preferências dos indivíduos são insuficientes para que todas as preferências possíveis sejam atendidas no grau almejado por todos. Simplesmente, o leque dos desejos dos indivíduos é extremamente amplo: a satisfação de um desejo inicial pode — e costuma — criar um desejo novo e maior.

Entretanto, por maior que seja a capacidade produtiva de uma dada sociedade, seja de bens materiais como de bens imateriais (por exemplo, para tratar de uma preferência imaterial, por mais de uma pessoa tenha necessidade de ser querida por *todos*, infelizmente mesmo

o carinho é um bem escasso e sempre haverá pessoas que com ela não simpatizarão e inclusive poderão até não gostar dela), essa capacidade não é ilimitada (WONNACOTT; WONNACOTT, 1994, p. 26).

Exatamente em razão disso, na presença do fenômeno da escassez e da necessidade de escolhas, que a economia trouxe outro postulado relevante para a análise econômica do direito, que é a imprescindibilidade da *escolha*. O indivíduo deve realizar uma opção entre o atendimento de determinada preferência, de certa forma, ou de outra preferência.

Satisfazer determinado desejo seu, assim, implica sempre uma troca (*tradeoff*), a qual terá um *custo de oportunidade*, assim conceituado por Joseph Stiglitz e Carl Walsh como o melhor uso alternativo de qualquer recurso quando decidimos destiná-lo a uma utilização determinada (STIGLITZ; WALSH 2003, p. 31).

E os custos de oportunidade dependem diretamente dos *incentivos* que as pessoas enfrentam na tomada de decisões. A figura dos incentivos é igualmente central para a economia. Tão central que se disse acerca da economia que as “Pessoas respondem a incentivos’. O resto são comentários” (LANDSBURG, 2012, p. 3).

Isso significa que se o ambiente que cerca os indivíduos se alterar de alguma forma — de qualquer forma — de uma maneira que eles possam aumentar sua satisfação ao alterar o seu comportamento, isso irá afetar os custos de oportunidade de sua decisão, que também moldará a escolha final por ele tomada (POSNER, 2014, p. 4-5).

No campo da análise econômica do direito, não só são levados em consideração os incentivos provenientes do “mundo do ser” como aqueles oriundos das normas jurídicas, do discurso prescritivo do Direito Positivo, os quais a AED toma por axioma que influenciam nas preferências dos indivíduos.

Na verdade, imaginar-se que as pessoas ignorem os incentivos — em especial aqueles de cunho normativo — tornaria a empreitada da ciência do direito deveras paradoxal, pois, como assinala Nicholas Georga Kopoulos, a própria existência da Lei implica a crença de que os indivíduos respondem a incentivos (GEORGA KOPOULOS, 2005, p. 31).

Tanto é assim que o próprio Kelsen, nos idos de 1945, já escrevia que a função de toda ordem jurídica era a de motivar certa conduta recíproca dos seres humanos, fazendo com que eles façam ou se abstenham de fazer determinados atos.

Todavia, ele mesmo reconhece que tal assertiva nada diz a respeito das *reais motivações* das condutas lícitas, ou seja, não há como se saber com certeza de que as condutas do Direito sejam realizadas no mundo fenomênico como causalidade da prescrição (KELSEN, 2005. p. 21/34).

Tudo o que é dito diz respeito ao *propósito da comunicação* e esse, evidentemente, é incentivar o comportamento.

É preciso dizer ainda que, ao mencionar a sujeição humana aos incentivos, implicitamente se acolheu ainda um outro pressuposto da ciência econômica, extremamente relevante — e também igualmente controvertido — que é a condição da *escolha racional*.

Segundo Robert Cooter e Thomas Ulen, uma concepção de racionalidade implica que um ator racional possa hierarquizar as alternativas de acordo com a extensão de que cada uma delas o entregue o que ele deseja, segundo suas limitações.

Em outras palavras, isso significa dizer que os indivíduos escolhem alternativas que são perfeitamente compatíveis com suas finalidades (preferências), dentro das possibilidades a ele disponíveis, o que é chamado de *maximização* (COOTER; ULEN, 2012, p. 13).

Isso importa dizer que a teoria da escolha racional pressupõe que, ao responder aos incentivos (*i.e.*, às circunstâncias), o ser humano sempre buscará aquilo que, a seus olhos (ou seja, diante de seu conjunto de preferências) parecer-lhe-á *melhor*, de acordo com as informações que possui naquele dado momento (MACKAAY; ROUSSEAU, 2014, p. 31).

Isso não significa, sob nenhuma ótica, que a decisão tomada de maneira racional se mostre a decisão *correta*. Ao contrário, a decisão racional e a decisão correta podem ser deveras diferentes entre si.

Por exemplo, na batalha de Narva (borda entre a Rússia e a atual Estônia), o Rei da Suécia e seus oito mil soldados atacaram o exército russo, que tinha mais de dez vezes o número de tropas à sua disposição. A maioria dos historiadores concordam que a decisão o monarca da Suécia foi irracional, pois era quase certo fadado ao fracasso, ao que se soma a ausência de uma razão estratégica para o ataque. Todavia, uma nevasca caiu sobre o campo de batalha e cegou o exército Russo, outorgando a vitória aos suecos, que perderam apenas pouco mais de seiscentos homens contra as quinze mil baixas dos russos.

A decisão do monarca sueco foi certamente aqui a decisão *certa* a se fazer; porém, como eles não possuíam, *no momento da decisão*, uma boa razão para fazê-lo, a decisão foi ainda assim irracional.

A fim de que a teoria da escolha racional se sustente, as preferências devem seguir determinados parâmetros (preferências “comportadas”, como se diz o jargão da economia). Eis os pressupostos (GINTIS, 2009, p. 5):

a) Completude: as preferências são completas, ou seja, o indivíduo prefere  $\partial$  a  $\rho$  ou  $\rho$  a  $\partial$ , o que também implica dizer que qualquer preferência possui uma preferência fraca (weakly preferred) em relação a ela mesma, pois a completude implica reflexividade. Em linguagem formal, utiliza-se que  $\partial \succeq \rho$  ou  $\rho \succeq \partial$  e ainda que  $\partial \succeq \partial$ , destacando-se que “ $\succeq$ ” implica preferência fraca e “ $\succ$ ” implica preferência forte;

b) Transitividade: as preferências são transitivas, ou seja, se o indivíduo prefere  $\partial$  a  $\rho$  e  $\rho$  a  $\theta$ , então necessariamente preferirá  $\partial$  a  $\theta$ . Em linguagem formal, diz-se que  $\partial \succeq \rho$  e  $\rho \succeq \theta$  implica que  $\partial \succeq \theta$ ; e

c) Independência de Alternativas Irrelevantes: a atratividade relativa de duas escolhas não depende de outras escolhas disponíveis ao indivíduo. Supondo-se que nos exemplos anteriores,  $\partial$  e  $\rho \in A$ . Para que esta condição subsista, então para que  $\partial$  e  $\rho \in B$ , onde  $B \subset A$ ,  $\partial \succeq_B \rho$  se e somente se  $\partial \succeq_A \rho$ .

Não obstante, é preciso dizer que a teoria da escolha racional parte do pressuposto do que se convencionou chamar de *individualismo metodológico*, isto é, os indivíduos agem movidos, basicamente, por seus próprios interesses (*i.e.*, por suas próprias preferências), desconhecendo outros aspectos, que serão tidos por irrelevantes no processo.

Entretanto, e nunca é demais, nesta seara, repetir, isso não significa primeiramente que a teoria da escolha racional pressupõe pessoas *egoístas*. Ao contrário. Todas as preferências individuais, das mais altruístas às mais mesquinhas, são em igual medida levadas em consideração, bastando que tenham sido reveladas pelo indivíduo e não meramente “enunciadas” (*i.e.*, faladas).

Em sendo exibidas pelo comportamento do agente, sejam preferências que valorizem princípios axiológicos “maiores”, como a pátria livre, o amor ao próximo ou o direito dos animais, ou sejam as preferências mais mezinhas como um certo tipo de alimento, a satisfação sexual própria ou a acumulação de carros de luxo, todas são *igualmente* valoradas pela economia, chegando-se ao ponto de David Friedman asseverar que, na análise econômica, serão tratados em igual plano a preferência do proprietário de uma coisa de manter sua propriedade do ladrão que possui a preferência de tirá-la dele (FRIEDMAN, 2000, p. 5).

É bem claro que o exemplo é extremo, mas elucida bem o quanto a sério a análise econômica vai no sentido de não tecer juízos de valor acerca das preferências dos indivíduos ou de imputar-lhes a pressuposição de egoístas.

Por outro lado, esse mesmo método implica dizer que as preferências, como categorias inerentemente subjetivas, somente podem ser aplicadas às ações de pessoas individuais, conforme preconizado por Max Weber (1947, p. 18/101).

Como afirma o autor, para outros objetivos cognitivos, pode ser útil considerar o indivíduo como um agregado de células ou algumas outras unidades elementares, ou usar ainda conceitos “coletivizados” que tratam as pluralidades de indivíduos como unidades.

Porém, por mais úteis que esses conceitos possam ser, aqui há a necessidade de uma redefinição dos mesmos para que as categorias subjetivas digam respeito *apenas* à ação de *indivíduos*.

Dito em linhas gerais os postulados que principalmente interessam a este ensaio, somente resta endereçar uma questão acerca da teoria da escolha racional.

## 5.4 A RACIONALIDADE EPISTEMOLÓGICA DA TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL

Em que pese a robustez do raciocínio da escolha racional, há uma severa crítica no sentido de que a teoria da escolha racional não seria capaz de vencer um teste de falseabilidade, ou seja, seria inadequada à comprovação empírica e, portanto, um método não científico de interpretação. E por que seria?

Segundo a teoria, diz-se que as pessoas se comportam de modo racional, maximizando suas preferências. Ocorre que, na vida real, no plano fenomênico, as pessoas podem estar bem longe destes *standards* ideais de racionalidade e não é incomum que os supostos agentes “racionais” não se comportem como maximizadores racionais, se valendo de procedimentos decisórios sub-ótimos, que escapam à predição teórica.

E, em sendo admitido meramente como um postulado universal, não sendo verdadeiro, ele necessariamente será falso. É o princípio da não-contradição da lógica clássica (duas afirmações contraditórias não podem ser verdadeiras ao mesmo tempo).

Isso tornaria inadequada a teoria formulada ou, como já dito por Karl Popper, que o princípio da racionalidade, enquanto um *a priori* de qualquer ciência social, é claramente *falso*, mesmo em sua mais fraca formulação, que ele põe da seguinte forma: “agentes sempre agem em uma maneira apropriada à situação em que eles se encontram” (1996, p. 172).

Por outro lado, poder-se-ia defender a teoria da escolha racional como postulado interno ao comportamento humano no sentido de que as pessoas são racionais, ainda quando “pareçam” irracionais, pois apenas ostentam preferências que não foram moduladas em seu comportamento pelo modelo inicial.

Porém isso também não serviria, pois tornaria a teoria “blindada” e à prova de qualquer refutação e, portanto, não falseável, extinguindo seu *status* de científica, especialmente à luz de um paradigma popperiano.

A resposta a essa crítica é trazida exatamente pelo mesmo POPPER, que propõe não tomar a racionalidade como “lei geral do comportamento humano” ou “axioma da teoria econômica”, mas sim como *princípio metodológico*, ou seja, estabelece que a teoria da escolha racional não busca explicações finais acerca de como as coisas *de fato são*.

Seu propósito na teoria econômica — e, no que diz respeito a este ensaio, também à AED — é se encontrar em um plano lógico “superior” ao plano teórico: o plano metodológico (ou metateórico) (FERNANDEZ; BÊRNI, 2014, p. 868), ou seja, a racionalidade faz o papel mais de regra metodológica do que de uma explicação sobre “aquilo que é”, figurando como uma regra metodológica, um guia para a investigação científica.

Portanto, resta excluída não por critérios de falsidade ou de verdade, sua possibilidade de refutação. Ademais, ele não figura como proposição interna à análise, mas sim como uma

diretriz normativa destinada ao *cientista*, a fim de se colher resultados no plano do ser, ou, em outras palavras, como *deve ser* interrogado o fenômeno (norma metodológica).

Por isso, sua verificação não se dá por ser verdadeira ou falsa, mas por ser útil ou inútil ao propósito do sujeito cognoscente. Daí Popper sustentar que:

[...] não se aprende muito em verificar que ele (o princípio da racionalidade) não é estritamente verdadeiro: nós já sabemos disso. Todavia, apesar de ser falso, ele é uma regra suficiente próxima da verdade: se nós podemos refutar sua teoria empiricamente, então sua quebra será, como uma regra, bastante drástica, e muito embora a falsidade do princípio da racionalidade possa ser um fator contributivo, a principal responsabilidade irá normalmente se voltar ao modelo. Além disso, a tentativa de se substituir o princípio da racionalidade por outro parece levar à completa arbitrariedade em nossa construção de modelos. E finalmente, nós não podemos negar que devemos testar uma teoria como um todo, e que esse teste consiste em achar a melhor de duas teorias competidoras que possuem mais em comum, e a maioria delas possui o princípio da adequação em comum (POPPER, 1996, p. 178).

Assim, reafirma-se a racionalidade epistemológica da análise econômica do direito como método científico de interpretação jurídica.

## 5.5 CONCLUSÃO

Pelo exposto, acredita-se que os comentários centrais acerca da análise econômica foram tecidos.

O propósito deste ensaio, como não poderia deixar de ser, foi o de apenas estabelecer as premissas básicas para uma compreensão geral da AED como método de interpretação jurídica.

Em síntese, expôs-se o diferencial desse método, que é a exposição inicial da conjectura do intérprete, possibilitando aos conhecedores do resultado da interpretação o controle da coerência interna do seu discurso.

Ademais, diante de tal conjectura, independentemente de valores positivados pelo Direito Positivo, é possível a construção de raciocínios de maximização da utilidade avaliada, de maneira a se assegurar a eficiência da norma jurídica, não com o escopo de buscar a eficiência econômica sob o aspecto financeiro uma vez que, como se viu, a ciência econômica trata de escolhas em um panorama de escassez, e nada mais.

Com isso, explicitaram-se outros fundamentos clássicos da AED, como o papel dos incentivos (inclusive normativos) e a escolha racional, sem embargo, evidentemente, das

evoluções da teoria, como a racionalidade limitada e os vieses e heurísticas comportamentais analisados e medidos.

O essencial, assim, é a entrega ao leitor de um panorama que permita conhecer a existência desse método e motivar pesquisas futuras e o emprego desse método da formatação da ciência do direito, evidentemente, é bom que se diga, não enquanto a panaceia, mas quiçá na qualidade de mais uma ferramenta capaz de outorgar racionalidade e qualidade à ciência.

# Referências

BECKER, Gary. The Economic Approach to Human Behavior. *In*: BECKER, Gary. **The Economic Approach to Human Behavior**. Chicago: University of Chicago, 1976.

BERLO, David K. **O processo da comunicação**: uma introdução à teoria e à prática. 9. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CARVALHO, Cristiano R. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COOTER, Robert. Law and the Imperialism of Economics: an introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books. *UCLA Law Review*. v. 29, n. 29, 1982. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1680&context=facpubs>. Acesso em: 10 jan. 2020.

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6. ed. Boston: Pearson, 2012.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. Is wealth a value. **Journal of Legal Studies**, v. 9, 1980.

EINHORN, Hillel J.; HOGARTH, Robin M. Behavioral Decision Theory: processes of judgment and choice. **Journal of Accounting Research**, v. 9, n. 1, 1981. Disponível em: [http-s://www.jstor.org/stable/2490959?seq=1&cid=pdf-reference#references\\_tab\\_contents](http-s://www.jstor.org/stable/2490959?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents). Acesso em: 10 jan. 2020.

FERNANDEZ, Brena Paula Magno; BÈRNI, Duilio de Ávila. Sobre o Estatuto Epistemológico da Racionalidade Econômica segundo Karl Popper. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 44, n. 4, out-dez 2014.

FRIEDMAN, Milton. **Essays in Positive Economics**. Chicago: University of Chicago, 1953.

FRIEDMAN, David. **Law's Order: what economics has to do with Law and why it matters**. New Jersey: Princeton University, 2000.

GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. **Principles and Methods of Law and Economics: basic tools for normative reasoning**. New York: Cambridge University, 2005.

GINTIS, Herbert. **The Bounds of Reason: game theory and the unification of the behavioral sciences**. New Jersey: Princeton University, 2009.

KATZ, Avery Wiener. **Foundations of the Economic Approach to Law**. San Francisco: LexisNexis, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LANDSBURG, Steven E. **The Armchair Economist: economics & everyday life**. New York: Free, 2012.

LIPSEY, Richard G. **Introdução à economia positiva**. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MICELI, Thomas J. **The Economic Approach to Law**. 2. ed. Stanford: Stanford University, 2009.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. Tomo 4.

PETERSON, Martin. **An Introduction to Decision Theory**. Cambridge: Cambridge University, 2009.

POPPER, Karl. A lógica da pesquisa científica. São Paulo: Cultrix, 1996.

POPPER, Karl. Models, instruments, and truth. *In*: POPPER, Karl. **The Myth of the Framework**: in defense of science and rationality. London: Routledge, 1996.

POSNER, Richard. The Economic Approach to Law. **Texas Law Review**, v. 53, n. 4, 1975.

POSNER, Richard. Utilitarianism, Economics, and Legal Theory. **Journal of Legal Studies**, v. 8, 1979.

POSNER, Richard. **The Problems of Jurisprudence**. Cambridge: Harvard University, 1990.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 9. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

RACHLINSKI, Jeffrey J. Gains, Losses, and the Psychology of Litigation. **Cornell Law Faculty Publications**. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1754&context=facpub>. Acesso em: 10 jan. 2020.

RICOEUR, Paul. **Teoria da Interpretação**. Lisboa: 70, 1976.

ROBINS, Lionel. **Essay on the Nature and Significance of Economic Science**. 2. ed. London: Macmillan, 1945. p. 16. Disponível em: [https://mises.org/sites/default/files/Essay%20on%20the%20Nature%20and%20Significance%20of%20Economic%20Science\\_2.pdf](https://mises.org/sites/default/files/Essay%20on%20the%20Nature%20and%20Significance%20of%20Economic%20Science_2.pdf). Acesso em: 10 jan. 2020.

ROBLES, Gregório. **Introducción a la Teoría del Derecho**. Madrid: Debate, 1996.

SAMUELSON, Paul; NORDHAUS, William D. **Economia**. 19. ed. Porto Alegre: AMGH, 2012.

SEARLE, John. **The Constitution of Social Reality**. New York: The Free, 1985.

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. **Introdução à microeconomia**. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

WEBER, Max. **The Theory of Social and Economic Organization**. New York: Free, 1947.

WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. **Economia**. 2. ed. São Paulo: Makron Books, 1994.

# *O contraditório no processo democrático e a sua aceção no código de processo civil*

*Adriana Pereira Campos*

*João Vitor Sias Franco*

*Pedro Luiz de Andrade Domingos*

## 6.1 INTRODUÇÃO

O princípio do contraditório passou por um histórico de transformações que envolvem desde o seu próprio significado, até os seus efeitos processuais.

O contraditório é um princípio que constitui a própria ideia de processo, sendo seu valor caracterizador. Não por outra razão, segundo definição de Elio Fazzalari (FAZZALARI, 1994), o processo deve ser definido como procedimento em contraditório.

A concepção do processo como simples desencadeamento de atos processuais, como uma marcha para a frente, sem qualquer aspecto valorativo, foi superada para dar lugar a uma visão do processo voltado para atender os princípios democráticos de promoção da Justiça, seja na sua relação com o acesso à justiça, seja na sua relação com a efetividade da tutela jurisdicional.

A partir do estabelecimento de um Estado Democrático de Direito, é essencial que a visão do contraditório seja valorada a partir dos princípios constitucionais, especialmente de acesso à justiça, efetividade da tutela jurisdicional, tendo esse princípio diversas funções no regime democrático atual, especialmente a de permitir que as partes tenham não só o direito de participação no processo, mas, especialmente, o poder de serem ouvidas e de influenciarem a decisão do Estado-juiz.

Isso significa que não se pode mais aceitar o contraditório como simples oposição de teses, mera garantia formal de dizer e contradizer das partes, sendo inerente a um contraditório democrático o direito de efetiva participação das partes de forma dialógica para, em conjunto com o juiz, construir a melhor solução para o caso concreto.

## 6.2 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NOS DIVERSOS MODELOS DE PROCESSO

O contraditório possivelmente tenha sido o princípio que mais transformações sofreu em sua concepção ao longo da história processual. Na fase denominada de liberalismo processual, havia grande preocupação com os princípios técnicos do Direito e com a necessidade de se observar a imparcialidade do juiz levada ao extremo de se atribuir um comportamento passivo ao Juiz na condução do processo.

Nesse modelo de processo, a participação do juiz era mínima, enquanto vigorava a supremacia da liberdade das partes, e o processo era visto como um instrumento privado para que cada uma das partes tentasse atingir o seu objetivo (NUNES, 2008, p. 151-174).

O contraditório era visto sob a perspectiva formal de igualdade das partes processuais, para que pudessem apresentar, sem desigualdades, no processo, os seus argumentos. Nesse sentido, entendia-se o contraditório como uma forma de se evitar a violação do princípio da igualdade das partes e da imparcialidade do juiz. Contraditório significava, assim, mera bilateralidade de audiência, ou seja, o direito de ambas as partes falarem no processo.

O liberalismo processual foi substituído pela publicização do processo, em que se atribuiu ao juiz poderes diretivos e instrutórios, passando a ditar a marcha processual e como se daria a participação de cada parte no processo. Apesar da mudança de paradigma, o contraditório continuou a ser visto como mero poder de participação das partes, o simples direito de falar no processo.

Com a publicização do processo se verificou a redução do papel do contraditório, entendido como mera garantia de forma, sem qualquer valor intrínseco, com a apropriação pelo Estado do procedimento judicial (GARRIGA, 2012, p. 89-100), e a sua conseqüente abreviação dos ritos e redução da discricionariedade dos juízes na decisão dos casos concretos, com a elaboração casuística de leis na busca de uniformização e controle das decisões judiciais, instituindo, com o passar dos anos uma justiça das leis por eles editadas e controladas (AGÜERO, 2007, p. 21-58).

Há, a partir dessa visão do processo e especialmente do contraditório, uma diminuição da importância das partes no processo, prevalecendo o papel do Estado-Juiz que apenas buscava nas partes elementos mínimos para que, na condução do *seu* processo, pudesse chegar à tutela jurisdicional correta.

Nessa sistemática, o processo é visto sob uma ótica científica e mecânica, como sequência predeterminada de atos, com atividade meramente subsuntiva dos juízes, passando o

contraditório a ser visto como princípio externo e puramente lógico formal, como simples direito de contraposição de tese das partes, sem que o juiz tivesse que levar em consideração esses argumentos na sua decisão.

O juiz se limitava a cumprir essa garantia formal de permitir que as partes se manifestassem no processo (contraditório liberal), sendo, entretanto, essa participação desqualificada, sem relevância na busca de uma verdade objetiva (absoluta e pré-constituída). Estabeleceu-se, assim, um processo assimétrico, no qual, cabia ao juiz, como representante do Estado, analisar os fatos trazidos pelas partes e chegar à verdade objetiva absoluta, não cabendo às partes discutir questões jurídicas e de prova. Essa assimetria fica evidenciada nas lições de Leibniz, quando diminui a importância da participação das partes por entender que o juiz no exercício de sua função jurisdicional seria o advogado geral das partes (PICARDI, 1998).

Entretanto, a partir do pós-Segunda Guerra Mundial, a doutrina, especialmente a partir das reflexões de Carnelutti e de Fazzalari, evidencia que a visão tecnicista do contraditório, desprovida de qualquer valoração e com eficácia restringida à bilateralidade de audiência, desprezando a relevância da efetiva participação das partes para a produção de uma tutela jurisdicional mais adequada, focada no Estado-Juiz, gera iniquidades, como os abusos realizados por pessoas que atuavam em nome do Estado nos regimes totalitários.

Assim, desenvolve-se a ideia de contraditório como valor fonte do processo, sob uma perspectiva democrática, afastando-se a limitação desse princípio à paridade de armas, com a ideia de *audiatur et altera parte*, e passando a ser o ponto principal da investigação dialética, conduzida com a colaboração das partes, sob técnica justificativa e argumentativa.

### 6.3 O CONTRADITÓRIO DEMOCRÁTICO

A ideia de contraditório democrático está relacionada com a participação efetiva das partes no processo para o desenvolvimento da tutela jurisdicional mais adequada. Essa questão é chave em nosso estudo: participação efetiva no desenvolvimento da tutela jurisdicional mais adequada.

Isso porque a partir da concepção do contraditório democrático, rompe-se com o paradigma anterior do processo publicista de que a tutela jurisdicional representaria uma declaração do direito aplicável ao caso, a subsunção do fato à norma.

A aplicação de um contraditório democrático leva a uma construção entre todos os atores processuais (partes, juiz e terceiros com participação processual) da tutela jurídica mais adequada. Há aqui a flagrante contraposição de paradigmas entre o contraditório formal, fincado na ideia da declaração do direito ao caso concreto, e o contraditório democrático, amparado na ideia da construção pelas partes da tutela jurisdicional mais adequada.

Obviamente que não se pode abandonar a ideia do processo como um elemento de sub-sunção do fato à norma. Entretanto, a concepção do processo democrático evidencia que ele é muito mais do que isso. O processo não é somente técnica e forma, ele também é valor, na medida em que é um instrumento para que os seus atores, de forma colaborativa, em um ambiente participativo, façam valer a vontade soberana das normas conjugada necessariamente com os princípios constitucionais.

Esse modelo democrático do processo da Constituição Federal institui um contraditório que deve contribuir dialogicamente em busca da decisão mais justa possível, destinado não só para as partes, mas também para o juiz em um processo de matriz cooperativa e policêntrica. O contraditório, assim, passa a ser visto como valor-fonte do processo constitucional (ZANETI JR., 2014), com papel dialógico e problematizante do processo como estrutura normativa de formação de decisões constitucionalmente adequadas (CASTANHEIRA NEVES, 1993).

É preciso, então, saber, qual o papel do contraditório democrático no processo.

Nas palavras de Dierle Nunes, o contraditório integrado por componentes “instituídos de um processo normativamente disciplinado pelos direitos fundamentais, que garantirá uma formação adequada dos provimentos, sem que estes possuam conteúdos fixos pré-determinados, ao se aplicarem as normas (princípios e regras).” (NUNES, 2008, p. 104).

Inicialmente, é preciso salientar que o contraditório é um dos princípios constitucionais, com previsão no artigo 5º, inciso LV, que precisam ser concretizados pelo processo. O contraditório funciona como uma forma de se concretizar o valor da democracia (BOBIO, 1997, p. 27-28) no processo (RIBEIRO, 2010, p. 100), uma vez que é a partir do contraditório que as partes se manifestam para a construção da tutela jurisdicional, exercendo assim a democracia no campo processual (MULLER, 2003).

As principais acepções do princípio do contraditório são: *audiatur et altera parte* (bilateralidade de audiência); direito de informação; poder de reação; poder de influência das partes e vedação de decisão surpresa.

O matiz do *audiatur et altera parte* é a obrigatoriedade de sempre se ouvir a parte contrária, permitir que ela apresente seus argumentos, suas teses, os fatos e as normas que entende serem aplicáveis ao caso, enfim, indiquem o seu ponto de vista no processo.

Essa bilateralidade de audiência está relacionada à garantia formal do contraditório, de assegurar que ambas as partes tenham isonomia no tratamento processual, paridade de armas, garantindo que ambas possam falar no processo.

Obviamente que algumas situações, por envolverem outros bens jurídicos relevantes, exigem uma mitigação à regra da oitiva de ambas as partes para a tomada de decisões. Uma dessas situações é a possibilidade de deferimento de tutelas de urgência, seja de natureza satisfativa, seja de natureza cautelar, antes da oitiva da parte contrária (*inaudita altera parte*), prevista no artigo 300, § 2º do Código de Processo Civil, em razão da circunstância de perigo

que o direito tutelado se encontra. Isso não quer dizer que haja aqui uma violação ao princípio do contraditório, apenas há o seu diferimento. Após a decisão a respeito do pedido de tutela de urgência, a parte requerida será intimada para se manifestar, apresentando as suas razões que podem, inclusive, levar à reconsideração da decisão anterior. Assim, apesar de diferido, o princípio do contraditório é respeitado.

Há também situações em que o contraditório passa a ser eventual, uma vez que não será realizado no mesmo processo, devendo a manifestação da parte contrária ser realizada em outro processo, específico para o exercício desse contraditório. É o que ocorre, por exemplo, com os embargos à execução, previstos no artigo 914, § 1º, do CPC, o qual determina que a defesa contra a execução fundada em título executivo extrajudicial será exercida em um processo separado (autuado em apartado) do processo de execução. Isso não representa violação ao princípio do contraditório, uma vez que é dada a oportunidade de manifestação à parte contrária, apenas sendo realizada em outro processo, a fim de assegurar outros princípios constitucionais, como a efetividade do processo e a sua celeridade.

Assim, a ideia de *audiatur et altera parte* continua sendo central ao princípio do contraditório, elemento essencial para a concretização também das demais funções desse princípio.

O direito de informação como elemento do contraditório significa que é necessário se dar conhecimento às partes de todos os atos processuais para que possam saber dos potenciais danos que podem sofrer com o desenvolvimento do processo, até mesmo para definir a sua atuação processual.

A principal forma de assegurar esse elemento do contraditório é o direito processual das partes de terem vista do processo, consagrado no artigo 107, inciso II do CPC, uma vez que permitirá que tenham acesso a todos os atos processuais praticados. Outra forma de assegurar esse direito é a garantia de serem intimadas de todos os atos processuais que tenham repercussão jurídica (afastando-se, assim, os despachos de mero expediente), conforme determina o artigo 269 do CPC.

Assim, é preciso assegurar às partes que saibam dos atos processuais praticados, bem como que tenham conhecimento da possibilidade de praticarem novos atos e das consequências de não os praticar.

Poder de reação é a faculdade que as partes possuem de se manifestar no processo a respeito dos fatos e também do direito discutido no processo, podendo se expressar, apresentar objeções, fazer perguntas e requerer esclarecimentos.

Nas palavras de Ingo Sarlet, esses três elementos (bilateralidade de audiência, direito de informação e poder de reação) são típicos da concepção do contraditório liberal.

Em geral, do ponto de vista do seu conteúdo, o direito ao contraditório é identificado com a simples bilateralidade da instância, dirigindo-se tão somente às partes. Neste contexto, o

contraditório realiza-se apenas com a observância do binômio conhecimento-reação. Isto é, uma parte tem o direito de conhecer as alegações feitas no processo pela outra e tem o direito de, querendo, contrariá-las. Semelhante faculdade estende-se igualmente à produção da prova.

Trata-se de feição do contraditório própria à cultura do Estado Liberal, confinando as partes, no fundo, no terreno das alegações de fato e da respectiva prova (SARLET, 2017, p. 1048).

Entretanto, a partir da concepção do contraditório democrático, outros elementos foram acrescidos a esse princípio, revelando que a efetiva participação das partes na construção da tutela jurisdicional mais adequada é elemento central do processo, devendo a ela se submeter o juiz.

Nesse sentido, outro elemento do contraditório é o poder de influenciar a decisão do juiz. A nosso sentir, é nesse elemento que reside a principal transformação do contraditório liberal e formal para o contraditório democrático. O poder de influência significa que à parte é dado o direito de contribuir para o desenvolvimento da tutela jurisdicional mais adequada ao caso.

Nas palavras do professor Antônio do Passo Cabral, “infatti, la partecipazione há non solo l’obiettivo di garantire che tutti possano influenzare la decisione, ma anche lo scopo di contribuire all’esercizio della giurisdizione” (CABRAL, 2005, p. 449-463).

O poder de influência pode ser sintetizado como o direito da parte de se fazer ouvir pelo magistrado. É o direito que a parte tem de que seus argumentos apresentados serão levados em consideração na construção da tutela jurisdicional, o que não significa que necessitam ser acolhidos, mas que, em não o sendo, devem ser fundamentadamente afastados pelo magistrado.

A concretização desse direito somente é possível a partir do dever de motivação das decisões dos juízes, uma vez que é na análise dos argumentos utilizados pelo magistrado que se poderá aferir se ele levou em consideração os argumentos das partes para formar o seu convencimento (CUNHA, 2016).

Não basta que se oportunize a manifestação das partes no processo, é essencial que todos os argumentos por elas apresentados sejam efetivamente levados em consideração para a formação da tutela jurisdicional mais adequada.

Podem, com isso, as partes exigir que o magistrado se manifeste sobre todos os argumentos apresentados no processo. Isso porque somente a partir da apreciação desses argumentos em sua integralidade é que será possível verificar se a parte teve efetivamente a possibilidade de influenciar no desenvolvimento da decisão judicial.

Deve, portanto, o magistrado enfrentar todos os fundamentos das manifestações das partes sob pena de nulidade.

Por fim, o contraditório também tem a acepção de vedação da surpresa. Não é permitido que as partes sejam surpreendidas no processo por uma decisão judicial que trate de matéria por elas não debatida (na verdade, sobre matérias que não tenham sido dada a elas a possibilidade de debater). É dizer, se as partes não foram chamadas a se manifestar sobre determinada circunstância ou fato processual, não pode o juiz apreciá-los.

Essa circunstância evidencia o caráter democrático do processo e do próprio contraditório, uma vez que a tutela jurisdicional não é declarada, ela é construída a partir da colaboração das partes. Nesse sentido, todos os fatos a serem decididos precisam ser levados a debate das partes para que possam elas, se quiserem, apresentar as suas perspectivas a respeito desses fatos para contribuir na construção do convencimento do juiz:

Essa nova ideia de contraditório, como facilmente se percebe, acaba alterando a maneira como o juiz e as partes se comportam diante da ordem jurídica a interpretar/aplicar no caso concreto. Nessa nova visão, é absolutamente indispensável tenham as partes a possibilidade de pronunciar-se sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício.

Semelhante exigência, de um lado, encontra evidente respaldo no interesse público de chegar a uma solução bem amadurecida para o caso levado a juízo, não podendo ser identificada de modo nenhum como uma providência erigida no interesse exclusivo das partes. Consoante observa a doutrina, o debate judicial amplia necessariamente o quadro de análise, constringe ao cotejo de argumentos diversos, atenua o perigo de opiniões pré-concebidas e favorece a formação de uma decisão mais aberta e ponderada. Funciona, pois, como um evidente instrumento de “democratização do processo”. De outro, conspira para reforçar a confiança do cidadão no Poder Judiciário, que espera, legitimamente, que a decisão judicial leve em consideração apenas proposições sobre as quais pode exercer o seu direito a conformar o juízo (SARLET, 2017, p. 1049-1050).

Assim, torna-se essencial verificar o contraditório não mais sob a concepção privatista ou publicista do processo, mas sim sob a ótica democrática e social, servindo o contraditório como valor fundamental para que o processo possa observar os princípios constitucionais.

#### 6.4 O CONTRADITÓRIO NO CPC/2015

A Lei n. 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil brasileiro, captou de forma perspicaz todos esses elementos do contraditório democrático.

Na parte atinente às normas fundamentais do processo civil, o legislador consagrou o contraditório democrático, ao prever, do artigo 6º ao 11, todos os elementos caracterizadores do contraditório democrático.

Os artigos 6º e 8º, ao preverem o dever de cooperação e as exigências do bem comum e dos fins sociais, também estabelecem o poder de as partes contribuírem para a construção da tutela jurisdicional mais adequada ao caso concreto, com a decisão de mérito justa e efetiva, levando em consideração os pontos de vista das partes.

Por sua vez, o artigo 7º prevê a paridade de armas, o direito de bilateralidade de audiência e o de informação e reação, devendo ser concedida a oportunidade para as partes se manifestarem de forma efetiva no processo, reagindo aos argumentos das partes contrárias e produzindo provas e indicando as normas jurídicas e os fatos que entendem serem aplicáveis para se chegar à solução que entendem mais adequada para o caso concreto.

A principal inovação do Código Processo Civil, entretanto, reside nos artigos 9º e 10, os quais prevêm tanto o direito de influência quanto o de vedação à decisão surpresa. Estabelecem esses dispositivos normativos que as partes necessariamente têm que ser chamadas a se manifestar a respeito de toda e qualquer matéria que será apreciada pelo juiz, contribuindo para a construção da tutela jurisdicional mais adequada ao caso concreto.

O direito de influência e participação das partes é ratificado pelo fato de o magistrado não poder proferir decisão sobre matérias a respeito das quais não foram as partes chamadas a se manifestar, mesmo aquelas que o juiz pode decidir de ofício. Isso evidencia que as decisões judiciais são um resultado da construção dialógica dos atores processuais, uma vez que, apesar de o juiz poder decidir sobre determinada matéria de ofício, ou seja, sem que essa tenha sido alegada por alguma das partes, é indispensável que sejam as partes intimadas a se manifestar a respeito dessa circunstância, uma vez que podem trazer argumentos que influenciem o convencimento do magistrado e afastem a concepção inicial que levou o magistrado a intimá-las.

Para não haver dúvida do grau de compromisso assumido pelo Código de Processo Civil quanto ao contraditório democrático e da vedação das decisões surpresas, o legislador estabeleceu penalidade severa para as situações de não observância das regras dos artigos 9.º e 10 do CPC, inquinando de nulidade as decisões judiciais que deixarem de apreciar algum dos argumentos expendidos pelas partes, conforme previsão do artigo 489, § 1º, IV, CPC.

Não há dúvida, portanto, que o Código de Processo Civil acolheu a acepção do contraditório democrático, concebendo-o em sua integralidade a partir de todos os seus elementos que permitam a observância dos princípios constitucionais.

## 6.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da constitucionalização do processo, o contraditório não pode mais ser lido como simples garantia de participação das partes no processo, o direito a se manifestar no processo, enquanto garantia formal de bilateralidade de audiência (*audiatur altera parte*), o simples direito de falar no processo.

O contraditório deve ser visto a partir de uma perspectiva democrática, que agrega valor ao processo, voltado para a satisfação e observância dos direitos e princípios constitucionais, sendo o contraditório composto pelos seguintes elementos: *audiatur et altera parte* (bilateralidade de audiência); direito de informação; poder de reação; poder de influência das partes e vedação de decisão surpresa.

O Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) evidenciou a aceção de contraditório democrático por ele adotada, estabelecendo como normas fundamentais do Processo Civil (nos artigos 6º a 11), o direito à influência das partes na construção da melhor tutela jurisdicional para o caso concreto, bem como a impossibilidade de o magistrado proferir decisão sem analisar a integralidade dos argumentos apresentados pelas partes e sem oportunizar às partes a possibilidade de se manifestar a respeito de alguma matéria que possa ser analisada.

Assim, o princípio do contraditório não pode ser mais lido como mera garantia formal de contraposição de teses, simples bilateralidade de audiência, impondo uma efetiva participação de matriz cooperativa das partes no procedimento de formação das decisões, voltada sob uma perspectiva tópico-problemática-argumentativa para a busca da solução mais adequada para o caso concreto.

O contraditório deve ser visto como cláusula democrática do processo, por permitir a participação das partes na construção da tutela jurisdicional mais adequada, útil e de acordo com as perspectivas democráticas constitucionais.

# Referências

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, v. 15, p. 7-20, 1998.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, ano 18, n. 71, p. 31-38, jul.-set. 1993.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da Democracia**. São Paulo: Terra e Paz, 1997. p. 27-28.

BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais**. Campinas: LZN, 2003.

CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório. *In*: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Orgs.). **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, anno 60, n. 2, p. 449-463, apr./giugno, 2005. Disponível em: [https://www.academia.edu/215400/IL\\_principio\\_del\\_contraddittorio\\_come\\_diritto\\_dinfluenza\\_e\\_dovere\\_di\\_dibattito](https://www.academia.edu/215400/IL_principio_del_contraddittorio_come_diritto_dinfluenza_e_dovere_di_dibattito) . Acesso em: 01. jan 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, São Paulo, v. 1, p. 17-33, jan.-jun. 2015.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1993.

CUNHA, Leonardo. Artigo 9º. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006. Tradução de: Istituzioni di Diritto Processuale. 7. ed. Padova: CEDAM, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através de Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GARRIGA, Carlos. ¿La cuestión es saber quién manda? Historia política, historia del derecho y punto de vista. **PolHis**, v. 10 p. 89-100, 2012. Disponível em: <https://www.academia.edu/23872807/>. Acesso em: 04 ago. 2017.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**. : Sérgio Fabris, 1997.

HOMEM, António Pedro Barbas. **Judex perfectus**: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal, 1640-1820. Lisboa: Almedina, 2003.

MULLER, Frierich. Quem é o povo. **A questão fundamental da Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa *In*: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (orgs.). **Teoria do processo. Panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 1, p. 151-174.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 3, 1998.

PICARDI, Nicola. Audiatur et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório. *In*: **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 168, p. 107, fev. 2009.

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.

# *Do contraditório formal ao contraditório substancial*

*Guilherme Simon Lube  
Reichiele V. Vervloet de Carvalho  
Ronald Kruger Rodor*

## 7.1 INTRODUÇÃO

O contraditório, conforme assinalam Marinoni, Arenhardt e Mitidiero (MARINONI, 2015, p. 179), constitui-se numa das linhas mestras do processo moderno, estando o direito processual civil estruturado a partir dos direitos fundamentais que compõem o direito fundamental ao processo justo.

Em sua gênese, correspondia apenas ao direito de audiência, ou seja, ao direito do réu de ser ouvido, além de ciência dos atos processuais e de poder produzir provas em contraposição àquelas produzidas pela parte contrária (informação-reação).

Com o crescente movimento de constitucionalização do direito processual ele deixa de ter esse caráter meramente formal, para adquirir feição distinta, mais substancial, em alinhamento com o preconizado nos países democráticos. Ou seja, o Estado-juiz, tido até então como o ator principal da relação jurídica processual, também deve se submeter aos princípios democráticos do processo, não bastando mais que seja apenas imparcial, mas também que promova o debate com as partes, utilizando-se do processo como meio ou mecanismo para a produção da decisão, necessária e esperada, para a composição do litígio, sempre com a colaboração das partes.

Nesse novo processo, de cunho cooperativo, o contraditório constitui elemento importante e central, pois é a partir da afirmação da noção de contraditório substancial e democrático que se irá aferir a efetividade do modelo colaborativo.

Os subscritores pretendem demonstrar, após rápido resgate da noção do princípio do contraditório, em seu caráter meramente formal, bem assim da evolução do tema na legislação nacional, constitucional e ordinária, como foram sufragados, no Código de Processo Civil de 2015 — CPC/2015, dispositivos que reafirmam ou consagram em nosso processo civil a noção do contraditório substancial, bem como os principais questionamentos que surgem a partir da leitura do artigo 10 do referido diploma legal, abordando, ao longo do texto, a noção atual que se tem do contraditório em sua feição substancial, seja como direito fundamental, seja como elemento dinâmico do processo.

## 7.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE DIREITO AO CONTRADITÓRIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Se considerado incluído na noção mais geral de ampla defesa, o contraditório já estaria presente em nosso direito constitucional, ao menos na dimensão processual penal, desde a Constituição da República de 1891 (art. 72, § 16), garantia repetida na Constituição da República de 1934 (art. 113, item 24).

A expressão *contraditória*, não obstante, surgiu de forma expressa, paradoxalmente, apenas na Constituição outorgada e ditatorial do Estado Novo, de novembro de 1937 (art. 122, § 11), daí porque, para alguns doutrinadores, como Antonio do Passo Cabral (CABRAL, 2011, p. 194), só a partir de então o princípio foi consagrado em nosso direito constitucional. A Constituição de setembro de 1946, por outro lado, optou por utilizar a expressão *plena defesa*, garantindo que *a instrução criminal será contraditória* (art. 141, § 25), o que foi repetido pela Constituição Federal de 1967 (art. 150, § §15; 16).

Somente com o advento da Constituição Federal de 1988 é que, pelo menos no que tange ao nosso ordenamento jurídico, o princípio do contraditório, no plano constitucional, deixa de estar vinculado restritamente ao processo penal, para constituir-se em valor fonte de todo o direito processual, mencionando-se expressamente os processos civil e administrativo (art. 5.º, LV).

No âmbito de nossa legislação processual civil, o Código de Processo Civil de 1939 — CPC/1939 (Decreto-lei n. 1.608), não adotou expressamente as expressões *contraditório*, *ampla defesa* ou *plena defesa*, de forma que devia-se extrair dos seus diversos artigos os preceitos que correspondiam à noção tradicional de contraditório. Esse contraditório, de feição restrita e formal, corresponde tão-somente à bilateralidade de audiência, à garantia de informação ou ciência do processo e dos atos processuais e à possibilidade de reagir à atuação da parte adversa. Claro que, mesmo no CPC/1939, essas garantias foram asseguradas, podendo-se mencionar a obrigatoriedade de citação do réu, sob pena de nulidade (art. 165), a obrigatoriedade de cientificar-se a parte contrária quanto ao documento

juntado pela outra (art. 223, parágrafo único), e a possibilidade de contraditar testemunhas arroladas pela parte contrária (art 240, *caput*), dentre outros dispositivos.

O Código de Processo Civil de 1973 — CPC/1973 (Lei n.º 5.869), por sua vez, embora tenha adotado em seu bojo toda a evolução da doutrina processual civil desenvolvida durante a primeira metade do século XX, quanto ao princípio do contraditório não diferiu muito de seu antecedente, também não havendo, neste diploma legislativo, menção expressa à palavra contraditório. Da mesma forma que no Código anterior, o princípio do contraditório, em sua feição formal, era extraído a partir das muitas garantias ou direitos processuais assegurados pelos diferentes dispositivos do diploma legislativo que se relacionavam com os direitos de informação e ciência, bilateralidade de audiência e reação à atuação da parte contrária (arts. 214, *caput*, 398; 421, § 1º; 442, parágrafo único, *passim*).

Já na vigência da Carta Magna de 1988, a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, ao dispor sobre o processo administrativo no âmbito federal, deixou expresso que a Administração Pública deve se guiar, dentre outros, pelos princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 2º, *caput*), estando bem firmemente delineado, na regra geral do inciso X do aludido artigo, o contraditório em sua dimensão formal, garantindo-se ao administrado, nos processos administrativos de seu interesse, garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos.

Mostrava-se evidente que o novo Código de Processo Civil, editado em 2015, na linha da evolução já vista no processo administrativo, seria mais explícito quanto à consagração do princípio do contraditório como um de seus valores-fonte, ou princípios vetores. Mas, muito além de simplesmente consagrar a expressão *contraditório*, que irá aparecer no texto da novel lei em pelo menos sete oportunidades (arts. 7º; 98, § 1º, VIII; 115; 329, II; 372; 503, § 1º, II e 962, § 2º), e de apenas repetir a noção tradicional do contraditório em sua dimensão formal, o CPC/2015 erige-o como norma fundamental do processo civil, deixando clara a opção, pelo legislador, do que a doutrina já defendia em termos de mudança de paradigma na interpretação do princípio, conforme veremos a seguir.

### 7.3 MUDANÇA DA NOÇÃO DE CONTRADITÓRIO: CONTRADITÓRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E COMO ELEMENTO DINÂMICO DO PROCESSO

Embora o movimento denominado *Constitucionalismo* tenha suas origens no final do Século XVIII, desenvolvendo-se ao longo do século XIX, como fruto dos ideais que se seguiram às duas grandes Revoluções, a norte-americana pela independência (1776), e a francesa pelo fim do Absolutismo (1789), será apenas a partir de meados do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, que se desenvolverá plenamente a ideia de Constituição democrática e participativa.

Com isso, vários conceitos jurídicos tradicionais, como o devido processo legal e o contraditório, passaram a ser vistos ou encarados com uma nova dimensão ou feição, de natureza mais democrática, garantindo-se ao cidadão a plena possibilidade de participação na tomada de decisão estatal. Não se trata de substituição da democracia representativa por uma democracia direta aos moldes atenienses da Antiguidade, o que seria impossível no mundo moderno, mas um redimensionamento da primeira, assegurando-se a efetiva interferência dos cidadãos no processo decisório, por meio de mecanismos prévios de audiência e exposição de seus interesses (audiências públicas, orçamentos participativos, manifestações plebiscitárias etc.), ou por intermédio de ações reativas à ofensa ou ao risco de malferimento deles, inclusive por meio de medidas judiciais, como a garantia da ação popular.

Para Paulo Sérgio Novaes Macedo (MACEDO, 2008, p. 189), a Constituição Federal de 1988 assegurou várias formas de participação direta da população na atuação estatal, como na composição de órgãos ou conselhos que fixam diretrizes de atuação em serviços públicos, caso das políticas e ações de assistência social (art. 204, II) e saúde (art. 198, III), na participação de organizações não governamentais em políticas voltadas à assistência integral à saúde da criança e do adolescente (art. 227, § 1º), na criação de ouvidorias no âmbito dos Ministérios Públicos da União e dos estados, para recebimento de reclamações contra seus membros (art. 130-A, § 5.º), na fiscalização da sociedade quanto à atuação das empresas estatais (art. 173, § 1º, I), entre outros.

No que respeita à atuação do Poder Judiciário, em particular, era necessário reinterpretar o princípio do contraditório, dando-lhe uma nova feição, compatível com as diretrizes democráticas que influenciaram e que foram plasmadas na Constituição Federal de 1988.

O processo, assim, deixa de ser entendido apenas como instrumento de que se vale o Estado-juiz para resolução dos litígios pela aplicação da lei ao caso concreto, para se constituir em mecanismo para a resolução justa do litígio, com a participação e colaboração das partes. As partes não assumem as atribuições do Estado-juiz, mas este passa a ter o dever de colaborar com elas, garantindo-lhes o poder de influenciar na construção da decisão judicial.

Portanto, o contraditório deixa de ser apenas garantia de bilateralidade de audiência, informação/ciência de atos processuais e reação à atuação da parte adversária, para garantir, também, o poder de influenciar na decisão judicial. Como adverte Hermes Zaneti Jr. (ZANETI Jr., 2014, p. 180), o processo é agora um procedimento em contraditório, surgindo este último renovado, não mais unicamente como garantia do direito de resposta, mas como direito de influência e dever de debate.

Claro que essa nova faceta do contraditório não anula ou torna obsoletas as garantias do princípio em sua configuração formal, que continuam existindo. O que se tem é um aprofundamento das garantias abrangidas pelo conceito, que estão em linha com a dimensão publicista do processo e com os escopos políticos do Estado Democrático de Direito,

podendo os sujeitos processuais, conforme doutrina Cabral (CABRAL, ago. 2005, p. 63), prestar relevante contributo para o labor jurisdicional, não só com o escopo de garantir que cada um possa influenciar na decisão, mas também com a finalidade de colaborar com o exercício da jurisdição.

Além de constituir um direito fundamental, o contraditório passa a ser encarado, também, como um elemento dinâmico do processo. Ele não será exercido apenas nos momentos estanques da apresentação de defesa, contradita de testemunha, manifestação sobre prova juntada pela parte adversária etc., conforme a rigidez estática normalmente desenhada nas leis processuais, mas sim, constituir-se-á em garantia de manifestação em qualquer momento do processo em que novos elementos possam ser invocados pelo órgão jurisdicional para solução do litígio, inclusive aqueles que este último pode conhecer de ofício.

Ao mesmo tempo, de acordo com Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (OLIVEIRA, 1998, p. 13), há uma clara relativização do brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*, pois o juiz também passa a ter maior participação na indicação do material fático da causa, que deixa de ser atribuição específica das partes. Não se trata de superação do princípio dispositivo, nem tampouco do afastamento das regras próprias do ônus da prova, mas sim, do reconhecimento de que em determinadas situações o juiz pode apreciar os fatos da causa por sua exclusiva iniciativa.

#### 7.4 DIREITO AO CONTRADITÓRIO NO CPC/2015, A POSSIBILIDADE DE INFLUIR NA FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À DECISÃO SURPRESA

Como dito anteriormente, o CPC/2015 consagrou, no plano da legislação ordinária, o princípio do contraditório na sua configuração substancial.

Essa consagração está delimitada, principalmente, em três artigos da nova lei, o 7º, o 10º e o 489, § 1º, IV.

No artigo 7º, tem-se uma regra geral de garantia e respeito ao contraditório e à paridade de armas, impondo-se ao juiz o dever de zelar pelo seu efetivo exercício. Estando inserido no capítulo referente às normas fundamentais do processo, não há mais como interpretar a expressão *contraditório*, ali consignada, apenas em sua dimensão formal.

Mas, será no artigo 10, com a chamada vedação à decisão surpresa, que se terá a mais evidente e clara disposição da novel legislação em relação ao direito das partes de influir na decisão judicial. Já o disposto no artigo 489, § 1º, IV, serve para coibir os atos judiciais de desrespeito à participação das partes no processo, vez que garante a fiscalização das decisões que não levam em conta as alegações formuladas por aquelas ao longo da relação processual. Por este último dispositivo fica claro que ao juiz compete não apenas oportunizar

o debate sobre determinado tema relevante para sua decisão, como efetivamente considerar o que foi debatido e os elementos/argumentos que as partes aportaram ao processo para influir na questão.

Outrora fulcrada restritamente na proibição de decisões judiciais de mérito que acolham questões prejudiciais apontadas por uma parte sem a oitiva da parte contrária, em especial a prescrição,<sup>1</sup> o princípio da vedação à decisão surpresa compreende hoje a proibição, pelo órgão judiciário, da adoção, em suas decisões, de qualquer fundamento jurídico ou questão de fato que as partes, previamente, delas não tenham tido a oportunidade de se manifestar.

Na forma como sufragado no artigo 10 do CPC/2015, a regra suscita, de partida, o questionamento sobre seu alcance, tendo em vista a opção legislativa pela expressão *fundamento* que, para alguns, se resume às questões de direito. Essa não parece ser a interpretação mais adequada do dispositivo, visto que restringe o alcance do contraditório substancial, o que não se coaduna com a garantia deste último como direito fundamental.

De qualquer modo, o efeito mais evidente da disposição é o de relativizar o *iura novit curia*, de modo que ao juiz não será permitida a construção de decisão que inclua em seu bojo fundamento jurídico, mormente aqueles que o juiz pode conhecer de ofício, que não tenha sido anteriormente apresentado às partes e por elas debatido, ou ao menos que se tenha possibilitado o debate.

Isso não significa dizer que o juiz deverá consultar as partes sobre toda e qualquer decisão que deva tomar, como alegado por críticos do dispositivo legal. A regra do impulso oficial não deixa de ser aplicada, somente sendo obrigatória a participação das partes nas questões relevantes, que afetem substancialmente seus direitos. Assim, por evidente, não serão as partes consultadas sobre questões de simples organização interna dos serviços do órgão judiciário, ligadas ao cumprimento das decisões por ele proferidas. Da mesma forma, questões sobre as quais já houve manifestação ou ciência prévias, ainda que decididas em momento posterior, não precisam ser rediscutidas novamente.

Outrossim, a disposição deve ser conjugada com outras que visam dar efetividade e celeridade ao processo. Assim, por exemplo, as normas atinentes à tutela provisória, por evidente, não são nulificadas pela disposição do artigo 10, mantendo-se sempre aplicável, quando compatível com a necessidade do caso, a regra do contraditório diferido. Igualmente, nenhuma questão que demande decisão urgente, com aplicação *inaudita altera pars*, e que possa ser prejudicada pela ciência prévia da parte contra quem será aplicada, poderá ser invalidada pela invocação de suposto malferimento ao direito de vedação à decisão surpresa. Claro que

---

1 Exemplo claro desta preocupação, em momento antecedente à vigência do CPC/2015, encontramos no parágrafo 4º do artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais – Lei n. 6.830/1980, incluído pela Lei n. 11.051/2004.

não está o órgão judiciário obrigado a cientificar previamente uma parte de medida que lhe será desfavorável e que foi requerida em caráter acautelatório pela parte adversa, hipótese comum no caso de implementação de medidas de constrição de bens patrimoniais em processos de execução ou em fase de cumprimento de sentença.

Ademais, mecanismos como o da improcedência liminar do pedido, adotada expressamente no novo Código (art. 332), não restam afetados, visto que, nesta hipótese, sequer chega a ocorrer a triangularização processual.

Por outro lado, no caso em que se têm vários antecedentes pelo julgamento de procedência, em demandas repetitivas e sucessivas em desfavor de uma mesma pessoa ou entidade, não parece ser lógica e razoável a aplicação do dispositivo em cada processo individualmente, em proveito daquela parte que é sucessiva e reiteradamente demandada, e da qual já se conhecem os argumentos de defesa de antemão. Não descartamos, assim, que o órgão judiciário se valha de instrumentos e métodos de trabalho que agilizem o andamento destas demandas, o que corriqueiramente ocorre no microsistema dos juizados especiais. Podemos citar, como exemplo, as petições padronizadas que são depositadas em secretaria para juntada em todos os processos idênticos, mormente as de contestação e de apresentação de quesitação em prova pericial.

A própria inclusão de documentos meramente ratificatórios do direito da parte contrária àquela que promoveu a juntada ou então daqueles que constituem mera etapa antecedente de ato processual principal subsequente não justificaria a aplicação do dispositivo de molde à que sua incidência apenas sirva para atrasar o andamento do feito. Assim, por exemplo, em ações repetitivas, como as que visam à apuração de expurgos inflacionários, não se justifica abertura de prazo para que o autor se manifeste sobre documentos juntados pelo réu, como extratos bancários, que irão subsidiar a perícia já deferida, se àquele será oportunizada essa manifestação posterior, juntamente com o resultado da prova deferida, momento em que poderá questionar qualquer omissão ou contradição existentes em um e em outro ato processual. A interpretação do dispositivo legal, desta feita, não deve conduzir a conclusões contraproducentes ao direito daquele a quem aproveita sua aplicação.

## 7.5 CONCLUSÃO

Sem embargo de se ressaltar a importância do contraditório, em sua feição formal, que continua sendo uma garantia relevante, a abrangência do princípio limitada às partes interessadas e aos domínios das garantias ciência-reação denota, como adverte Cabral (CABRAL, 2011, p. 197), uma visão individualista do processo.

O movimento do constitucionalismo de feição democrática, com enfoque nos direitos e garantias fundamentais, após a Segunda Guerra Mundial, possibilitou uma releitura do

princípio, agora encarado como direito fundamental do processo, sendo este último visualizado agora como um procedimento em contraditório.

Como consequência dessa releitura, o contraditório deixa de ser visto apenas como restrito às garantias tradicionais de ciência e informação dos atos processuais, de bilateralidade de audiência e de reação à atuação da parte contrária, para incluir, também, o direito de influir na decisão judicial.

O direito de influência acarreta ao Estado-juiz o dever de promover o debate no âmbito do processo, tendo como consequência a proibição da prolação das chamadas decisões surpresa, o que é agora expressamente previsto na legislação processual brasileira, conforme artigo 10 do CPC/2015. Mais do que isso, o direito de influência acarreta a necessidade de releitura dos tradicionais brocardos *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi ius*, que deverão ser relativizados ou reinterpretados à luz da nova noção que se dá ao princípio do contraditório, em sua feição substancial.

# Referências

CABRAL, Antonio do Passo. Princípio do Contraditório. *In*: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Elsevier, 2011, p. 193-210.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 126, p. 59-81, ago. 2005.

CRUZ, Adilson Aparecido Santos. **O Contraditório no Processo Civil**. São Paulo: PUC-SP, 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) — Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. Rev. e atual.: Antônio Ruilli Neto. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 24, p. 71-79, mar. 2005.

MACEDO, Paulo Sérgio Novaes. Democracia Participativa na Constituição Brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n.º 178, p. 181-193, abr.-jun. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 5, n. 29, maio-jun. 2004

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, p. 7-20, 1998.

ZANETI Jr., Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. rev., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

# *Boa-fé objetiva processual: de princípio implícito à norma fundamental do processo civil brasileiro*

*Arthur Lopes Lemos  
Henrique Zumak Moreira  
Vitor Rodrigues Gama*

## 8.1 INTRODUÇÃO

O processo civil brasileiro passou por significativas modificações nos últimos anos, frutificando em novel legislação no ano de 2015, por meio do novo código de processo civil. O CPC/2015 inaugura um novo momento em relação às normas processuais civis, positivando-as expressamente, baseadas na constitucionalização do processo, em valores fundamentais de boa-fé processual, cooperação, efetivo contraditório, vedação a decisões surpresas etc., com o escopo de uma promoção de justiça tempestiva, eficiente, satisfativa e justa.

Neste sentido, a pesquisa se propõe a examinar o modelo da cláusula geral de boa-fé objetiva processual em relação aos sujeitos processuais, às posturas e seus regramentos típicos e atípicos, que permeiam todo o texto do Código, sem, contudo, deixar de analisar sua extensão e forma de aplicação em relação àqueles que, de qualquer forma, participam do processo.

Diante desse panorama, apresentar-se-á um breve histórico da boa-fé, fazendo-se um recorte doutrinário com base na doutrina germânica, seus desdobramentos, e sua influência no direito processual, notadamente, o modelo brasileiro.

Em seguida, será abordado o regramento típico introduzido pelo CPC/2015, as hipóteses de aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva processual para situações atípicas, bem como, a imposição do princípio-norma em relação a todos os participantes do processo.

A pesquisa se insere no eixo temático relativo às normas fundamentais do processo civil, sendo de indispensável importância sua compreensão sobre todos os aspectos, sobretudo, as já consagradas concretizações da doutrina germânica derivadas da *Treu und Glauben* e extensão em relação aos sujeitos envolvidos no processo. Para tanto, recorre-se à pesquisa bibliográfica — sobretudo de doutrinadores de referência no direito processual civil e direito civil —, e com fundamento em tal pesquisa, mediante um raciocínio dedutivo, chega-se à conclusão ao final exposta.

## 8.2 A ORIGEM DA BOA-FÉ OBJETIVA PROCESSUAL<sup>2</sup>

Segundo Antônio Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro, ao direito comercial deve-se a história moderna da boa-fé (MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 372). Tanto assim que, no direito romano, já havia predominância da boa-fé nos espaços de tráfego comercial, estabelecendo, já nessa época, a proibição do *venire contra factum proprium*, a proteção da confiança e a inadmissibilidade do abuso de posições formais.

No Brasil, a primeira menção à boa-fé se deu no Código Comercial de 1850, em seu artigo 131, I, o qual exigia a interpretação das obrigações e contratos mercantis conforme a boa-fé.

Diz-se que as pregações por um procedimento honestamente conduzido são tão antigas quanto o próprio processo. A preocupação com a ética é especialmente sensível no processo pela existência de um conflito de interesses, contexto em que os interessados atuam buscando a prevalência de suas posições, utilizando-se do agir estratégico (CABRAL, 2009, p. 237).

O direito como instrumento hábil de concretização de justiça não caminha sem a moral. Ao contrário, opera sua engrenagem normativa imbuída de valores éticos. O processo — compreendido como procedimento em contraditório —, culturalmente o principal mecanismo de promoção de justiça em ambiente garantido pelo devido processo legal, necessita que a concatenação dos atos procedimentais seja realizada de forma ordenada, honesta e leal.

Adverte Antonio do Passo Cabral que por isso, e principalmente em relação às partes, houve progressiva necessidade de regramento de sua conduta processual, estabelecendo o ordenamento um complexo de regras dos quais a doutrina tradicional extraía do princípio da probidade, uma cláusula genérica de conduta ética no processo e que, na sua clássica acepção, dizia respeito às sanções de litigância de má-fé (CABRAL, 2009, p. 238).

---

2 Excerto extraído do artigo intitulado “Boa-fé objetiva processual e a guarda de filhos”. Conferir em Lemos (2017, p. 268-273) e sua republicação em 2019.

No direito comparado, a maioria dos diplomas processuais concretizam no plano do direito positivo a cláusula geral da boa-fé processual, merecendo destaque para: o dever de boa-fé processual do artigo 8º do CPC Português; o dever de lealdade e probidade do artigo 88 do *Codice di procedura civile* Italiano; a cláusula geral da boa-fé objetiva processual no artigo 52 do ZPO Suíço; o dever de verdade no parágrafo 138 do ZPO Alemão e a importante cláusula geral da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) prevista no parágrafo 242 do BGB Alemão.

O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 já estabelecia regras gerais de conduta de comportamento com base na lealdade e na boa-fé. Importante salientar a evolução da redação originária do artigo 14 que impunha os deveres apenas para as partes e seus procuradores, sendo corretamente alterado pela reforma legislativa através da Lei n.º 10.358/2001, estendendo a regra de comportamento não somente às partes, mas, também, a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo.

A partir de 2015, com o advento do novo Código de Processo Civil, passa-se do modelo assimétrico para o modelo cooperativo (MITIDIERO, 2015, p. 83-97), quando o princípio da boa-fé processual adquire o *status* de norma fundamental de processo civil através do artigo 5º, isto é, uma cláusula geral da boa-fé processual objetiva que passa a pautar todas as relações processuais civis em *standards* de lealdade, confiança, honestidade e boa-fé.

Oportuno ressaltar que o instituto da boa-fé se subdivide em objetiva e subjetiva. Passamos a analisá-las.

### 8.2.1 Boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva

A expressão boa-fé *subjetiva* traduz a ideia de estado de consciência, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito sendo aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se “subjetiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antiética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem (MARTINS-COSTA, 1999, p. 411).

Na boa-fé *objetiva* se quer significar — segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao parágrafo 242 do Código Civil Alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* — modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 411).

Ensina Antonio do Passo Cabral que a chamada boa-fé *objetiva* (*Treu und Glauben*, a boa-fé/lealdade) funda-se em padrões de conduta social, visando a estabilizar as interações intersubjetivas a partir do que se espera dos demais membros. Pretende-se a proteção às expectativas que os indivíduos nutrem uns dos outros na comunidade (CABRAL, 2009, p. 241). Ao conceito de boa-fé *objetiva* estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do *alter*, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado (MARTINS-COSTA, 1999, p. 412).

A boa-fé objetiva teve sua importante consolidação e desenvolvimento na doutrina germânica (BGB, § 242) através do brocardo *Treu und Glauben*.

### **8.2.2 formas de aplicação da boa-fé pela doutrina alemã ao processo (*Treu Und Glauben*)**

A doutrina alemã contribuiu significativamente com 04 (quatro) casos de aplicações da boa-fé ao processo: a) proibição de criar dolosamente posições processuais, ou seja, proibição de agir de má fé; b) proibição de *venire contra factum proprium*; c) proibição de abuso de direitos processuais; e d) *Verwirkung* (*supressio*).

A proibição de criar dolosamente posições processuais são as hipóteses tipicamente previstas na legislação processual civil entre os artigos 77 a 81 do CPC. São os conhecidos atos de litigância de má fé, os quais o legislador imputa responsabilidade às partes por eventual dano processual causado a outrem. Ressalta-se que nos termos do artigo 81, além da responsabilidade por perdas e danos em razão de litigância de má fé, será imposto ao litigante de má fé o pagamento de multa, honorários advocatícios e todas as despesas decorrentes do ato.

Pela proibição de *venire contra factum proprium*, não é permitido que o sujeito aja de forma contraditória em relação aos seus próprios atos no processo e mesmo fora dele (VIN-CENZI, 2003, p. 130). A expressão traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo titular do direito. Com efeito, cuida-se de dois comportamentos, lícitos e sucessivos, porém o primeiro (*factum proprium*) é contrariado pelo segundo. O fundamento técnico-jurídico de instituto não se alicerça na questão da contradição das condutas em si — pois não é possível ao direito eliminar as naturais incorrências humanas —, mas na proteção da confiança da contraparte, lesada por um comportamento contraditório, posto contrário à sua expectativa de benefício justamente gerada pela conduta inicial. (FARIAS, 2016, p. 204).

Em relação à proibição de abuso de direitos processuais, adverte Michele Taruffo que um ato ou conduta que não implica mau emprego da regra processual (porque está “dentro da faixa de discricionariedade” atribuída pelo direito àquele sujeito) pode ser abusivo, por

exemplo, quando é feito com o escopo de alcançar propósitos ilegais ou impróprios. Nessas situações, as cláusulas gerais de lealdade, devido processo, boa-fé ou parecidas devem ser utilizadas como cânones interpretativos a fim de detectar e avaliar práticas abusivas mesmo quando elas estão “escondidas” atrás da transgressão de regras processuais que não se referem explicitamente ao abuso de direito processual ou mesmo sob o véu de atos processuais (TARUFFO, 2009, p. 153). O autor propõe uma distinção dentro de toda a zona dos abusos de direitos processuais em: a) abuso de litígio, podendo ser cometido por autores (abuso de direito de ação) ou por réus (abuso de direito de defesa); e b) abuso de instrumentos processuais específicos. Quanto aos aspectos subjetivos do abuso de direito processual, destacam-se os abusos praticados pelos magistrados, pelos membros do Ministério Público e pelas partes e seus respectivos advogados.

Por fim, a *supressio* (*Verwirkung*) seria a perda de poderes processuais em razão de seu não-exercício por tempo suficiente para inculcar no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não mais seria exercido (DIDIER JR., 2010, p. 79-103).

Após análise sobre a aplicação da boa-fé objetiva ao processo e as contribuições da doutrina alemã, é importante saber qual o modelo de boa-fé adotado pelo processo civil brasileiro.

### **8.2.3 O modelo de boa-fé adotado no Direito Processual Civil Brasileiro**

A boa-fé objetiva delineada como cláusula geral aberta (MARTINS-COSTA, 1999, p. 302) consiste em verdadeira regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica, capaz de normatizar no plano objetivo um mínimo de deveres a serem observados por todos os participantes do processo.

Desse modo, conclui-se que o modelo adotado pelo CPC/15 é o modelo de cláusulas gerais abertas e de boa-fé objetiva processual, harmonizando-se com o modelo cooperativo de processo.

### **8.3 A BOA-FÉ OBJETIVA PROCESSUAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO<sup>3</sup>**

No ordenamento jurídico brasileiro, a despeito da previsão legal no artigo 996 do CPC/39 (somente em relação às benfeitorias indenizáveis, feitas de boa-fé pelo executado, nos casos de execução por coisa certa e algumas hipóteses de sanção monetária por má fé de forma espalhada pelo Código), foi a partir do CPC/73, dos artigos 14 a 18, que, efetivamente, se instituiu a garantia da boa-fé objetiva no campo processual.

---

3 Excerto extraído do artigo intitulado “Boa-fé objetiva processual e a guarda de filhos”. Conferir em Lemos (2017, p. 274-276).

### **8.3.1 O fundamento constitucional da boa-fé objetiva processual**

Em que pese haja divergências acerca de qual seria o fundamento constitucional da boa-fé objetiva processual se por: solidariedade (VINCENZI), dignidade da pessoa humana (ROSENVALD), igualdade (MENEZES CORDEIRO), contraditório (CABRAL). Comun-gamos com entendimento de Joan Pico I Junoy (é também a posição do Supremo Tribunal Federal, Humberto Theodoro Jr, Fredie Didier Jr, Hermes Zaneti Jr e José Carlos Barbosa Moreira), no sentido de que a boa-fé objetiva processual possui alicerce no principal eixo do direito num Estado Democrático Constitucional, o devido processo legal.

### **8.3.2 A boa-fé objetiva processual e o CPC/15**

No plano infraconstitucional, o CPC/15 estabelece em seu artigo 5º a cláusula geral da boa-fé objetiva processual, assim dispondo: *Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.*

Analisando o dispositivo, dois pontos merecem atenção: 1º) que a cláusula geral da boa-fé objetiva é extensiva a qualquer pessoa que, de qualquer forma, participe do processo; e 2º) há uma imposição de dever (deveres de informação, esclarecimento, conhecimento, colaboração, proteção, vedação de práticas surpresas e agir de acordo com a moral) de comportamento de acordo com a boa-fé, lealdade, confiança, verdade, probidade, cooperação etc.

### **8.3.3 Hipóteses típicas de aplicação da boa-fé objetiva processual**

São tipicamente hipóteses de aplicação da boa-fé objetiva processual aquelas previstas entre os artigos 77 e 81 do CPC/15, no capítulo dos deveres de todos aqueles que de qualquer modo participam do processo, dividindo-se em deveres nos artigos 77 e 78, e litigância de má fé (responsabilidade das partes por dano processual) nos artigos 79 a 81.

### **8.3.4 Hipóteses atípicas de aplicação da boa-fé objetiva processual**

As hipóteses atípicas, embora não descritas dentre os artigos 77 a 81, por força do imperativo-normativo da cláusula geral da boa-fé objetiva processual do artigo 5.º, são igualmente formas de concretização de respeito e harmonia sistêmica do princípio-norma da boa-fé objetiva processual, como por exemplo: o artigo 322, parágrafo 2.º (Enunciado 286 do FPPC), que impõe ao magistrado e aos demais sujeitos do processo uma interpretação do pedido observado o princípio da boa-fé; e o artigo 489, parágrafo 3.º, dever de interpretação da decisão judicial em conformidade com a boa-fé.

### **8.3.5 A extensão da boa-fé objetiva processual a qualquer participante do processo**

No que tange ao alcance da cláusula geral da boa-fé objetiva processual em relação aos sujeitos processuais, a partir da leitura do artigo 5º do CPC/15, impõe-se a todos os participantes (Magistrados, Membros do Ministério Público, Defensoria Pública, Advogados, Partes, Peritos e demais auxiliares da Justiça) do processo deveres de comportamento com base em boa-fé.

### **8.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a mudança de paradigma do modelo assimétrico para o modelo cooperativo (MITIDIERO, 2015, p. 83-97) de processo, e, fundamentalmente, a constitucionalização do processo, é condição *sine qua non* que todos envolvidos na relação processual estejam imbuídos de deveres de comportamento (lealdade, informação, probidade, consulta, esclarecimento, cooperação etc) pautados pela boa-fé objetiva processual.

# Referências

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Abuso dos direitos processuais**. Forense: Rio de Janeiro, 2000.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 13 abr. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 13 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 3 abr. 2020.

BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEJA, 1964. p. 1-9.

CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2009. p. 236-243.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 126, p. 59-80, ago. 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 255, p. 117-140, maio 2016.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil. **Revista do TRF3**, ano 26, n. 128, jan.-mar. 2016.

CHIARLONI, Sergio. Etica, formalismo processuale e abuso del processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 239, p. 105-117, jan. 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A aplicação do princípio da primazia do julgamento do mérito no novo código de processo civil brasileiro. **Revista do TRF3**, ano 27, n. 128, jan.-mar. 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1.

DIDIER JR., Fredie. Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português. Coimbra: Coimbra, 2010, 79-103.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 6. ed. Salvador: JusPodivm: 2016. v. 4: Contratos: teoria geral e contratos em espécies.

FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Tradução: 8. ed. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GREIF, Jaime. **El abuso del derecho y la responsabilidad civil emergente en el Derecho uruguayo**. Forense: Rio de Janeiro, 2000, p. 153-170.

LEMOS, Arthur Lopes; Gama Vitor Rodrigues. Boa-fé objetiva processual e a guarda de filhos. *In: Anais do Congresso de Processo Civil Internacional: o labirinto da codificação do Direito Internacional Privado*, Vitória, v. 2, 2017.

LEMOS, Arthur Lopes; Gama Vitor Rodrigues. Boa-fé objetiva processual e a guarda de filhos. *In: PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco; DEL PUPO, Thais Milani (Coords.). Estudos de Direito Processual: homenagem ao Professor Marcellus Polastri Lima. (e-book)*. Conhecimento Livraria e Distribuidora: Belo Horizonte, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. A função dos “pressupostos processuais” no processo civil contemporâneo. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, v. 35, p. 81-96, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo: uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 347-379, jun. 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-Fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa-Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 372-383.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 2, p. 83-97, jul.-dez. 2015.

OTEIZA, Eduardo. **Abuso de los derechos procesales en américa latina**. Forense: Rio de Janeiro, 2000 p. 7-31.

PICÓ I JUNOY, Joan. **El principio de la buena fe procesal**. Barcelona: J. M. Bosch, 2003.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais da ação declarativa). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 63, p. 64, jul. 1991.

STOCO, Rui. **Abuso de direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual: relatório geral. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 177, p. 153-183, nov. 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro**. Forense: Rio de Janeiro, 2000, p. 93-129.

VINCENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

# *Breves comentários aos métodos adequados de resolução de conflitos*

*Aline Simonelli Moreira*

*Giovana Aparecida Fazio Zanetti*

*Rafael Gaburro Dadalto*

## 9.1 DA POLÍTICA ESTATAL PARA PRIORIZAÇÃO DA AUTOCOMPOSIÇÃO

A utilização da expressão métodos “adequados” de resolução de conflitos indica a existência de uma justiça multiportas<sup>4</sup> em que uma variedade de meios de resolução de controvérsias é ofertada às partes, podendo optar pela mais adequada ao caso em concreto.<sup>5</sup>

Apesar de serem conhecidas como *Alternative Dispute Resolution* as técnicas ligadas à Justiça Multiportas não são alternativas, e sim “o que rege a possibilidade de opção é o juízo de adequação” (DIDIER JR.; ZANETTI JR., 2016, p. 61).

Desse modo, podemos afirmar que no Brasil está ocorrendo uma mudança paradigmática de modo que, “não basta que o caso seja julgado, não basta que se termine mais um processo; é preciso que seja conferida uma solução adequada que faça com que as partes saiam satisfeitas com o resultado” (CABRAL; CUNHA, 2016, p. 5, no prelo).

A passagem para os meios adequados de resolução de conflitos não implica no reconhecimento que a concreção da norma negocial é um meio adequado de prover o sistema

---

4 A expressão Justiça Multiportas foi utilizada por Sander (1976, p. 131), revisto e republicado, (1979, p. 75)

5 Sobre o tema, conferir em Mazzei e Chagas (2016, p. 3).

de justiça como um todo já que na verdade esses meios visam complementar a justiça, oportunizando opções para a solução de conflitos.

Nota-se que há casos, por exemplo, em que a solução jurisdicional se apresenta como a adequada ao caso. Owen Fiss (2004, p. 123-125) alerta sobre problemas que podem advir do uso genérico do acordo, como a obtenção do consentimento via coação; a transação realizada por pessoa sem autoridade; a ausência de instrução e julgamento que pode resultar num envolvimento do juiz, com isso apresenta casos em que a resposta do magistrado seria mais adequada e efetiva às partes. Esse continua sua explicação ao relatar que a disparidade de poder entre envolvidos pode acarretar que a parte menos favorecida tenha menos recurso para saber o resultado da decisão, tenha mais pressa em receber realizando acordos não vantajosos, e impossibilidade de custear despesas judiciárias. Sustenta ainda que o juiz pode equilibrar a disparidade de poderes, solicitando provas não solicitadas pela parte, situação que a resolução via acordo não englobaria.

No entanto, em que pese o intuito dos métodos adequados de resolução de conflitos não ser o de substituir a via jurisdicional, e sim de complementá-la garantindo o amplo acesso à justiça e o devido processo legal, resta clara a opção política de priorizar a resolução consensual do conflito, fortemente incentivada pelo microsistema composto por legislações como: resolução 125/2010 do CNJ, CPC/15, lei de mediação, Resolução 118 do CNMP, dentre outras, sendo a *ultima ratio* a heterocomposição.

Há situações ainda, como a prevista no artigo 694 do CPC envolvendo lides familiares que para a solução consensual da controvérsia, deve o juiz dispor inclusive do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a autocomposição. Nesse sentido, Fernanda Tartuce e Eliane Duri (DURI; TARTUCE, 2016, p. 132-150) identificam as contribuições da ciência da Psicologia sobretudo em matérias de conflitos familiares, ressaltando que não se deseja a “psicologização” dos meios de solução de conflitos para reduzir a ciência psicológica.

Ainda, como forma de incentivar o diálogo para a autocomposição, os §§ 1º e 2º do artigo 166 do CPC/15, artigos 2º, VII, 30 e 31 da lei de mediação prevêem o princípio da confidencialidade permitindo a livre manifestação das partes, sem receio de poder ser usados contra elas razões discutidas em sessões autocompositivas, em caso de insucesso e eventual ajuizamento de processo judicial, podendo esse princípio ser afastado totalmente ou parcialmente desde que em comum acordo entre os envolvidos (Lei n. 13.140/2015, art. 30).

## 9.2 DO PRINCÍPIO DA DECISÃO INFORMADA NA AUTOCOMPOSIÇÃO

O princípio da decisão informada configura, ao mesmo tempo, um direito das partes e um dever do mediador ou conciliador: daquelas, uma vez que dá a garantia de que o procedimento não será arbitrário, mas, sim, devidamente informado e orientado; destes, pois se

associa ao dever de informação do terceiro imparcial (MAZZEI; CHAGAS, 2016, p. 76-77), previsto na Resolução 125/10 CNJ, Anexo III.<sup>6</sup>

Acrescentado pela Emenda 01/2013 da Resolução 125 CNJ, o princípio da decisão informada também diz respeito à relação do conciliador/mediador com os advogados, permitindo que estes mantenham os envolvidos informados quanto aos seus direitos, pois o conciliador/mediador não pode prestar orientação jurídica, cabendo apenas a ele informar sobre os direitos afetos ao procedimento e ao contexto fático no qual está inserido (ALVES, 2014, p. 15).

De acordo com o inciso II, do artigo 1º, do Código de Ética de Mediadores e Conciliadores, este princípio faz referência ao dever de o facilitador manter as partes informadas quanto a seus direitos e contexto fático no qual estão inseridas. Ele se relaciona com a isonomia entre as partes, permitindo, por exemplo, com a realização do *caucus*,<sup>7</sup> reuniões particulares com uma das partes (art. 19 da Lei n. 13.140/2015), caso haja necessidade de um esclarecimento mais detalhado com relação a uma delas. As partes, tanto quanto possível, devem estar plenamente informadas para permitir que se possa alcançar um acordo que seja benéfico a ambas, impedindo que os acordos abusivos sejam realizados (PEIXOTO, 2016, p. 102).

### 9.3 DA OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DO ARTIGO 334 DO CPC<sup>8</sup>

O NCPC prega a obrigatoriedade de comparecimento da parte e de seu advogado e a punição para aquele que não comparecer injustificadamente à audiência de conciliação ou mediação. Ao ser citado, o réu deverá ser advertido de que sua ausência injustificada nessa audiência configura ato atentatório à dignidade da justiça, punível com a multa (2%) do artigo 334, § 8º.

A audiência de conciliação ou de mediação tem previsão no artigo 334 do CPC/15 e representa instituto a instrumentalizar a disposição da norma fundamental prevista no artigo

---

6 Art. 2º – As regras que regem o procedimento da conciliação/mediação são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para o bom desenvolvimento daquele, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas: I – Informação - dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos referidos no Capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo.

7 “O *caucus*, palavra originalmente empregada para designar os encontros individuais ocorridos nas tribos indígenas da América do Norte, é uma das técnicas amplamente utilizadas na mediação de conflitos como forma de contribuir com a resolução dos litígios. Através dela, o(s) mediador(es) se reúne(m) em encontros privados e separados com uma das partes para, dentre outros fatores, estreitar o vínculo de confiança e de conforto emocional no que se refere à algumas particularidades do conflito” (RANIERI, s.d.).

8 Conferir em Zanetti (2019, p. 63-64).

3º, § 2º e 3º do novo diploma processual, que determina o comprometimento do Estado em promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

A *novel* legislação consagra o movimento da constitucionalização do processo, pois em seus dispositivos inaugurais (art. 1º ao 12) estão dispostas as normas fundamentais, nas quais se percebe claramente a preocupação com a sintonia do processo em relação às regras e princípios constitucionais.

Tal norma fundamental está intrinsecamente ligada à ideia de cooperação no processo, que configura outra importante diretriz normativa da nova lei processual civil, estampada no artigo 6º.

Para Fernanda Tartuce (2015) a nomenclatura “métodos adequados de resolução de conflitos” se dá justamente porque são indicados conforme o tipo de divergência e de relação existentes entre os indivíduos. Assim, com a genuína adesão se revela essencial para que o litigante possa participar do sistema com o maior proveito, conhecer a pertinência dos diversos meios é o passo inicial para que se possa cogitar legitimamente sobre o interesse em sua utilização.

Para Rodrigo Reis Mazzei e Bárbara Seccato Ruis Chagas (2016, p. 3), coadunando a regra da audiência preliminar com a natureza dos métodos adequados de resolução de conflitos, essencial que o autor na inicial se manifeste não apenas em caso de recusar a autocomposição. Muito e mais eficiente será o procedimento caso autor e réu, já em suas primeiras manifestações processuais, indiquem qual método preferem, com uma breve justificativa quanto à opção.

Por sua vez, Leonardo Greco (2015, p. 48) defende que o “não comparecimento à audiência de conciliação não é revelia, mas contumácia consistente no descumprimento do dever de colaboração”.

Nessa linha, Alexandre Freitas Câmara afirma que “trata-se de sanção resultante do descumprimento do dever de agir no processo com boa-fé (art. 5º)” (CÂMARA, 2016, p. 202).

#### 9.4 DA POSSIBILIDADE DE AUTOCOMPOSIÇÃO EM AÇÕES DE IMPROBIDADE

Questão instigante sobre a temática é o debate acerca da possibilidade ou não de autocomposição em ações de improbidade. Isso porque o artigo 17, § 1º, da LIA (Lei n. 8429/92) expressamente dispõe ser vedada a transação, acordo ou conciliação em tais demandas. Por sua vez, a Resolução n. 179 do CNMP, editada em julho do corrente ano, em sentido diametralmente oposto, assinala ser cabível acordo em ações deste jaez.<sup>9</sup>

---

9 Art. 1º, § 2º: É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas

Como se vê, a contradição é clarividente, sendo a hipótese de se perguntar se a dita resolução é ilegal ou inconstitucional. Se editada ao tempo da LIA, cuja cultura era outra, certamente seria objeto de invalidação. Contudo, o panorama atual é diverso, devendo se utilizar de interpretação sistemática do ordenamento jurídico, à luz da Constituição, e não meramente formalista-legalista. Texto e norma não se confundem, o que implica na necessidade de interpretação de todo e qualquer texto normativo, de modo a aplicar “uma interpretação realista moderada, ou seja, uma interpretação comprometida com o texto e com o contexto, apresentando uma fidelidade dinâmica ao texto e ao ordenamento jurídico visto em sua unidade e coerência.” (ZANETI JR., 2015, p. 1.425).

O direito requer incessante trabalho de adaptação e até de criação, com a permanente necessidade de contextualização, razão pela qual não mais se justifica a vedação contida na LIA, ante o incentivo à conciliação por meio de verdadeira política pública de solução consensual dos conflitos (Resolução n. 125 do CNJ, CPC/15, Lei de Mediação, e Resolução n. 118 do CNMP) e a necessidade de garantir a integridade, coerência e previsibilidade dos institutos do microsistema de anticorrupção — artigo 4.º da Lei 12.850/2013 (Lei da Colaboração Premiada) e artigos 16 e 17 da Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), “fazendo com que as diversas esferas de responsabilidade, sempre que possível, se comuniquem entre si e permitam uma aplicação que potencialize, ao máximo, a efetividade da norma com o maior grau de segurança jurídica possível”.<sup>10</sup>

Autores como Elton Venturi (VENTURI, 2016, p. 421-422) vem defendendo ser possível acordo em demandas deste jaez, com a extensão do regime jurídico da denominada delação premiada na esfera penal, pois se pode o mais (seara criminal — direito de liberdade), pode o menos (seara cível *lato sensu*), mormente diante da evolução do sistema de justiça brasileiro, com mecanismos eficiente de controle e fiscalização.<sup>11</sup> Ademais, quer parecer

---

das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado.

10 Excerto extraído da justificativa ao Projeto de Lei 5.208/2016, que altera a Lei de improbidade. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?sessionid=EB65A91854C-5C930E325FEBB0D99E359.proposicoesWebExterno1?codteor=1456182&filename=PL+5208/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?sessionid=EB65A91854C-5C930E325FEBB0D99E359.proposicoesWebExterno1?codteor=1456182&filename=PL+5208/2016). Acesso em: 15 abr. 2020.

11 Sobre o tema, interessante transcrever as conclusões alcançadas por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 52-53): “Assim podemos chegar a algumas conclusões: a) admitem-se a colaboração premiada e o acordo de leniência como negócios jurídicos atípicos no processo de improbidade administrativa (art. 190 do CPC c/c o artigo 4º da Lei n.12.850/2013 e com os artigos 16-17 da Lei n. 12.846/2013); b) admite-se negociação nos processos de improbidade administrativa, sempre que isso for possível, na respectiva ação penal, observados, sempre, por analogia, os limites de negociação ali previstos; c) admitem-se os acordos parciais, sendo considerados parcela incontroversa; d) admite-se a “colaboração premiada” em processos de improbidade administrativa, respeitados os limites e critérios da lei de regência”.

que a nova lei de mediação (Lei n. 13.140/15), em seu artigo 36, § 4º, no âmbito da Administração Pública Federal, autorizou a celebração de acordos sobre as sanções decorrentes da prática de atos ímprobos.

Em âmbito constitucional referida interpretação se conforma perfeitamente com a Constituição, atendendo aos postulados do Direito Democrático Constitucional. Conforme decidido na ADC 12 pelo STF, as resoluções do CNJ, cujo regime jurídico é idêntico ao das resoluções emanadas do CNMP, detêm caráter normativo primário, vez que arrancam seu fundamento de validade diretamente da Constituição, com escopo de dar densidade às regras e princípios constitucionais.

E ao analisar seu objetivo, observa-se que o texto normativo inserto na resolução nada mais fez do que potencializar direitos constitucionalmente consagrados, de forma a não exorbitar de sua competência normativa. São eles: a) os direitos ou interesses coletivos, amplamente considerados, são direitos fundamentais da sociedade (Título II, Capítulo I, da Constituição da República), incumbindo ao Ministério Público a sua defesa, judicial ou extrajudicialmente, nos termos dos artigos 127, *caput*, e 129, da Constituição da República; b) moralidade (art. 37, II), na medida em que busca efetivar a probidade administrativa, do qual dela decorre; c) efetividade, decorrente de um acesso à justiça qualitativo.

Isso porque, como é notório, a atuação preventiva é mais eficiente do que a repressiva. Ora, a ação de improbidade é processo complexo, com prova muitas vezes de difícil produção, com fase de prelibação, cujo simples recebimento da petição inicial pode demorar mais de ano, ante a interposição de recursos não só da decisão que sobre ela discorra como também daquela que disponha sobre eventual bloqueio de bens. Então, nada mais razoável do que a atuação preventiva, sem disposição do direito de fundo, do que aguardar muitas vezes até dez ou quinze anos para se ter um desfecho no caso, que pode não ser aquele esperado pelo *Parquet*.

Por fim, a crítica que se faz a resolução aludida é que ela não impõe a homologação judicial da autocomposição. Muito embora seja passível de controle interno, vez que tais acordos devem ser submetidos ao Conselho Superior do Ministério Público, por envolver flagrante interesse público, cujo Direito o Órgão Ministerial não é o titular, excepcionalmente, nestes casos, ainda que realizados na esfera extrajudicial, no bojo de inquérito civil, devem ser submetidos à homologação judicial, sendo objeto ao menos de controle de legalidade por órgão externo, tal como é feito na colaboração premiada ou no requerimento de arquivamento da denúncia penal (art. 28 CPP).

# Referências

ALVES, José Carlos F; ARMANDO, Sérgio P. **Estudos avançados de mediação e arbitragem/coordenação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

CABRAL, Antonio de Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação Direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborativelaw): “mediação sem mediador”. *In*: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). **Grandes Temas no Novo CPC: Justiça Multiportas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. *In*: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.). **Grandes Temas no Novo CPC: Justiça Multiportas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

DURI, Eliane Limonge; TARTUCE, Fernanda. Mediação familiar: interdisciplinaridade da psicologia à luz do artigo 694 do novo código de processo civil. *In*: BRAGRA, Sérgio Pereira; MAFRA Tereza Cristina Monteiro; CARDIN, Valéria Silva Galdino (Org.). CONPEDI (Curitiba), 15., 2016, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: CONPEDI, 2016. v. 1.

FISS, Owen. Contra o acordo. *In*: **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004.

MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. *In*: ZANETI

JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.). **Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

PEIXOTO, Ravi. Os “princípios” da mediação e da conciliação: uma análise da res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da lei 13.140/2015. *In*: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.) **Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

RANIERI, Carolina Lyra. **A controversa aplicação do cáucus no processo de mediação**. Disponível em: <http://mediacaoofg.com.br/2017/08/a-contraversa-aplicacao-do-caucus-no-processo-de-mediacao/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. *In*: LEVIN, A. Leo; WHEELER, Russell R. *The pound conference: perspectives on justice in the future*. Saint Paul: West Publishing Co., 1979.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos cíveis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis?. *In*: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.). **Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZANETI JR., Hermes. Comentários. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

# *Os tratamentos adequados de solução de conflitos: um caminho ao modelo cooperativo proposto na teoria da justiça de Axel Honneth?<sup>1</sup>*

*Ricardo Gueiros Bernardes Dias*

*Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira*

## 10.1 INTRODUÇÃO

O debate sobre os tratamentos adequados à resolução dos conflitos se coloca já há algum tempo e frequentemente, tem sido objeto de muitos estudos. Os institutos da arbitragem, conciliação, mediação, dentre outros, surgem em nosso ordenamento jurídico como instrumentos para garantir a efetiva resolução de controvérsias jurídicas já que utilizamos, na maioria dos casos, a solução pela via jurisdicional. A Jurisdição, nos moldes como exercida atualmente, não nos parece instrumento hábil a promover a pacificação social haja vista dar a resposta de modo intempestivo e com pouca possibilidade de restaurar a relação social rompida pelo litígio. Nesse contexto, a compreensão dos tratamentos adequados, ao menos sob uma análise superficial, parece-nos conduzir a uma luz no fim do túnel.

Deve ser reconhecido que dentre os tratamentos adequados, a Jurisdição é um deles e, sobretudo após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a realização de

---

1 Artigo publicado nos anais do II Congresso de Processo Civil Internacional: O Labirinto da Codificação do Direito Internacional Privado. Conferir em Dias (2017, p. 545-555) e reformulado para a presente obra.

acordos no seio dos processos judiciais — seja pela conciliação ou mediação — parece ser alternativa fulcral já que tendente a solucionar uma das grandes problemáticas envolvendo o Poder Judiciário que é o acúmulo de demandas. Isso induziria a uma incompreensão da problemática dos conflitos sociais considerando que o ambiente processual, nem sempre — sendo extremamente otimista, se mostra como um ambiente de justiça social.

O presente estudo pretende apresentar a crítica à liberdade jurídica e suas patologias elaboradas pelo autor *frankfurtiano* em sua obra *O Direito da Liberdade* (2015). Além disso, buscou-se demonstrar que há uma cultura jurídica equivocada a interpretar que o ambiente do processo — seja pela adoção de qualquer dos tratamentos — proporciona justiça social.

## 10.2 A LIBERDADE JURÍDICA EM AXEL HONNETH

No *Direito da Liberdade*, Honneth busca desenvolver uma teoria da justiça tendo como conceito central a liberdade, sendo a liberdade vinculada à ideia de liberdade social ou uma teoria da justiça social, propondo, por conseguinte, uma nova abordagem de uma teoria da justiça apoiada em uma crítica social.

A inspiração de Honneth é a obra *os Princípios da Filosofia do Direito* (1820) de Hegel que também adota a “liberdade” como objeto central, para discutir as esferas de uma teoria da eticidade democrática.

O objetivo central do livro é reformular um modelo de teoria da justiça que não esteja limitado a princípios formais. Por isso, “uma das grandes limitações de que padece a filosofia política da atualidade é estar distante da análise da sociedade e, desse modo, fixada em princípios puramente normativos” (HONNETH, 201, p. 14).

Honneth defende a ideia de que a vida em sociedade é regida por valores morais e princípios normativos extraídos das próprias experiências estabelecidas nas instituições sociais — família, mercado, Estado.

A obra demonstra que nas tradicionais teorias da justiça há um “déficit sociológico”, pois elas se fundamentam em princípios de justiça que são verticalizados, monológicos, procedimentalistas e, portanto, possuem uma compreensão abstrata ou meramente formal de justiça sendo impossível, nesses casos, examinar a efetividade ou eficácia destas normas.

A liberdade jurídica para Honneth parte da ideia da liberdade negativa — modelo liberal — em que os indivíduos teriam a sua liberdade assegurada por um conjunto de direitos subjetivos reconhecidos pelo Estado

Os indivíduos só podem se compreender como pessoas independentes dotadas de uma vontade própria se contarem com direitos subjetivos que lhes concedam uma margem

de ação que, protegida pelo Estado, lhes possibilite uma prospecção de suas propensões, preferências e intenções (HONNETH, 2015, p. 128).

A base de todas as liberdades apresenta uma autonomia privada juridicamente garantida. Tal preceito pouco se modificou ao longo da história, o que mudou foi o alcance desses direitos subjetivos por pressão de movimentos sociais e argumentos político-morais.

A positivação do sistema jurídico permitiu, nos séculos XVII e XVIII, o estabelecimento de um ordenamento jurídico igualitário. Interessante nota é que Honneth menciona que o sistema de direitos positivos constitui a primeira instituição de liberdade na modernidade.

Nesse sentido, sendo assegurado a todos os cidadãos, em igual medida, uma autonomia privada, mesmo que essas normas não possuam assentimento moral, nem dependam de um acordo ético, elas são garantidas e sancionadas pelo Estado.

Isso resultou em um aumento significativo da intervenção do Estado e do Direito na esfera privada. No Estado Democrático de Direito, os destinatários dos direitos positivos se compreendem simultaneamente como autores.

Para Honneth as condições de destinatários e autores dos sujeitos se complementam, mas para compreender a condição de justiça social — Liberdade Social para Honneth — é preciso tratar estas condições em separado como duas esferas garantidoras de liberdade.

Isso porque na condição de destinatários os sujeitos podem fazer uso puramente privado dos direitos, caso em que ausente de interação social já que reduzido o campo dialógico da vivência em sociedade.

Já na condição de autores os sujeitos se entendem em cooperação ativa com outros sujeitos, porém, aqui temos o problema de cada vez mais os cidadãos quererem fazer uso de seus direitos e, nestes casos, sua atuação passa a ser apenas de forma estratégica visando alcançar seus objetivos apenas sob o prisma jurídico.

Para Honneth esta concepção representa uma “Incompletude” da ideia de liberdade.

Honneth, ao tratar da liberdade jurídica parte do conceito de liberdade abstrata de Hegel<sup>2</sup> que, somados aos direitos subjetivos possuem duas naturezas. Uma para fora visando proteger o sujeito, outra para dentro visando formar eticamente sua vontade.

Ao tratar da razão de ser da liberdade jurídica, Honneth procura esclarecer esta dupla natureza do direito subjetivo tratando do direito de propriedade e posteriormente contextualizando historicamente o debate sobre as esferas da liberdade jurídica para reconstruir a sua teoria da justiça.

---

2 Para Hegel, a liberdade abstrata está relacionada aos direitos mais imediatos do indivíduo entre eles o de propriedade.

Honneth menciona que o direito individual de propriedade, assim como a liberdade contratual, constitui um elemento essencial do sistema jurídico, mas sempre foram ligados a uma conduta econômica.

Para tanto, critica Marx que trazia um viés ideológico ao direito de propriedade pautado no aspecto econômico — meios de produção — e que era utilizado pela classe dominante como fundamento da exploração do proletariado.

Segundo Honneth, Hegel traz uma interpretação ética sobre o direito de propriedade na medida em que este direito outorga a cada indivíduo a oportunidade de assegurarem da individualidade de sua vontade.

O significado disso é que no sistema dos direitos positivos os sujeitos se reconhecem reciprocamente como seres livres ao se distanciarem da sua própria vontade<sup>3</sup> e por não violarem a vontade do outro. Eles existem uns para os outros apenas como personalidades abstratas, que podem “se abstrair de tudo” e estar em condições de respeitar as esferas de liberdade individuais dos demais sujeitos do direito (HONNETH, 2015, p. 134).

O problema é que, se porventura algum sujeito toma para si essa atribuição não se poderia reconhecer essa vontade própria como livre. Daí Hegel estabelecer a necessidade de um direito concedido de maneira igual a todo indivíduo, que nesse caso é o direito de propriedade privada, sendo ela garantida e protegida pelo Estado.

A eticidade proposta por Hegel (1820. parágrafo 155) contém uma identidade da vontade universal na medida em que coincidem deveres e direitos. “Por meio do ético, o homem tem direitos, na medida em que tem deveres, e deveres, na medida em que tem direitos”.

Sob este aspecto, Honneth indica que as formulações de Hegel seriam oscilantes e que não estaria claro como que o que constitui a propriedade privada permite que o indivíduo reconheça a individualidade de sua vontade livre.

Para contrapor o argumento de Hegel, Honneth (2015, p. 134) utiliza o autor liberal Jeremy Waldron<sup>4</sup> para quem a justificação da propriedade privada está na dimensão da duração temporal, pois, “um objeto possuído privadamente pode materializar uma vontade “individual” porque no decorrer do tempo se pode saber se as próprias intenções ou planos de ação mudaram ou se foram mantidas”.

Isso porque ao longo do tempo identificam-se mudanças da própria personalidade e assim é possível conhecer qual a vontade particular se mantém já que, protegidos por uma ordem jurídica, somos sujeitos de direitos e deveres e não homens naturais. Nesse sentido,

---

3 Honneth utiliza a expressão “apetites”.

4 Professor de Direito e Filosofia que trabalha com a justificação da propriedade privada na obra *The right to private property*. 1988.

é como se os sujeitos se revestissem de uma “máscara protetora” em alusão ao pensamento de Hannah Arendt.

Por isso, é preciso reconhecer, neste ponto, que o direito de propriedade possui um significado ético:

Uma pessoa, por meio de objetos — que ela amealhou e aos quais estabeleceu um acesso exclusivamente seu —, conserva a oportunidade de submeter todas as vinculações, relações e deveres a uma revisão de tudo o que foi sendo admitido em sua história de vida, porque é a luz dos significados existenciais assumidos por essas coisas ao longo do tempo que mais se pode explorar o tipo de vida que se gostaria de conduzir (HONNETH, 2015, p. 136).

Ocorre que na concepção de liberdade segundo a primeira geração de teóricos liberais, direitos subjetivos são direitos negativos, ou seja, protegem o agir individual e fundamentam a não intromissão na liberdade e na propriedade.

Com isso, a liberdade jurídica no direito de propriedade constitui o que já entendemos por uma liberdade negativa — ausência de interferência — mas juridicamente garantida pelo Estado.

Honneth não restringe sua problematização ao direito de propriedade e vai buscar em outros direitos subjetivos vinculados à liberdade, com os direitos ao credo, à expressão e à opinião, que ele chama de “núcleo duro do sistema jurídico” a existência de um significado ético.

É difícil perceber a existência de uma proteção individual nesses direitos subjetivos. A justificativa inicial de Honneth (2015, p. 138) é que “os direitos subjetivos em última instância servem sempre para tornar possível um autoquestionamento ético”.

A justificativa de Honneth encontra amparo no Ensaio sobre a liberdade de John Stuart Mill (1991) para quem os direitos à liberdade de credo, expressão e à opinião são garantidos pelo Estado com uma maior pluralidade possível de concepções sobre o bem ou justo.

Assim, conjugar esses direitos significaria formar uma convicção ética analisando uma multiplicidade de valores concorrentes entre si. Logo, os direitos subjetivos são providos de conteúdo ético na medida em que o indivíduo, ao se ver detentor de direitos subjetivos, conta com um espaço pessoal — eminentemente privado — podendo realizar uma autorreflexão sobre as diversas concepções de vida boa ou de realização pessoal, e defender seus valores morais a partir de uma ideia plural, o que Honneth classifica de “pluralismo ético”.

O indivíduo compreende a sua liberdade negativa, livre de interferências, e o faz voltado para dentro (para si) e após essa compreensão, utiliza das próprias experiências e da multiplicidade de valores (pluralidade) e experiências dos demais indivíduos, para defender ou redefinir suas novas pretensões uma vez que sempre surgirão novas alternativas.

Honneth continua ampliando sua problematização a outros direitos subjetivos, trabalhando com o direito ao sigilo das telecomunicações e o direito de proteção de dados. Sabe-se que os direitos subjetivos foram se ampliando em razão da revolução das tecnologias da comunicação. Por exemplo, a introdução do telefone fez surgir depois o sigilo das telecomunicações, o levantamento de dados pessoais fez surgir um direito de proteção de dados.

Ocorre que esses direitos subjetivos, que também são direitos liberais de liberdade, ainda se mantem em uma posição muito privada e o Estado cada vez mais é instado a proteger a autonomia privada do indivíduo.

Honneth não deixa de reconhecer que isso é importante. Para tanto, exemplifica com a posição do Tribunal Constitucional Alemão em proteger a confidencialidade de integridade do indivíduo pela célere disseminação da *internet*:

O direito dos cidadãos e cidadãs de não serem observados no uso da internet só pode ser limitado por parte do Estado sob a condição de existirem indícios juridicamente comprováveis de que um “patrimônio jurídico de extraordinária importância” está em risco (HONNETH, 2015, p. 141).

Honneth continua avançando e, adotando a divisão proposta por Thomas H. Marshal, passa a tratar dos direitos civis, políticos e sociais.

Desse modo passa a problematizar a maneira como os direitos de liberdade individual se relacionam com os direitos políticos e sociais de participação, mormente do modo como o direito positivo concede à sociedade a liberdade individual de maneira coletiva.

Entendemos que nesse momento Honneth deixa clara a demonstração de um déficit sociológico nas tradicionais teorias da justiça. Isso porque há uma estreita conexão entre as categorias liberais e as sociais dos direitos subjetivos e, para Honneth, esta conexão deve ser investigada não de modo empírico, mas de modo conceitual.

Os direitos liberais de liberdade possuem uma relação de complementaridade com os direitos sociais, já que a liberdade jurídica só se consuma pela adição dos direitos sociais, segundo visão de Jeremy Waldron, para quem “a ideia de “ter” ou “possuir” determinados direitos já em seu próprio conceito contém a condição de dispor sobre as condições materiais que possibilitam o uso ou emprego desses direitos”(WALDRON, *apud* HONNETH, 2015, p. 143).

Entretanto, esta complementaridade garante uma segurança econômica e bem-estar material para que o indivíduo explore seu objetivo de vida de maneira privada afastado da “cooperação social”.

Honneth indica que estas duas categorias de direitos — liberais de liberdade e sociais — estabelece certo isolamento da pessoa e que os direitos políticos parecem superar este isolamento.

Isso porque o conceito dos direitos políticos remete a uma atividade cooperativa:

As duas primeiras categorias de direitos só se entendem e se realizam quando as pretensões por elas garantidas são aproveitadas para a construção de um eu privado, enquanto a terceira categoria deve ser interpretada como uma exortação à atividade cidadã, e, assim, para a formação de uma vontade comum (HONNETH, 2015, p. 144)

Os direitos políticos — a terceira categoria — concedem aos sujeitos a possibilidade de participar ativamente na formação da vontade democrática e quanto mais comprometido o indivíduo está com uma prática comum e não meramente privada, mais fará uso da liberdade.

Para Honneth o que caracteriza o sistema jurídico liberal-democrático é a tensão entre autonomia privada e coletiva já que o sistema jurídico é recebido e produzido por seus portadores:<sup>5</sup>

À medida que se movem no seio da esfera privada, constituída pelos direitos de liberdade e de participação, elas podem ser compreendidas como beneficiárias de suas liberdades socialmente concedidas; mas se deixam esse âmbito para reivindicar seus direitos políticos, veem-se obrigadas a sair de seu papel de destinatários e assumir o de autores, que lhes permite colaborar na conformação cooperativa dos direitos que antes recebiam apenas passivamente (HONNETH, 2015, p. 144).

Logo, dentro de uma concepção ética de direitos subjetivos, a liberdade jurídica não significa tão somente uma ação individual e isolada do sujeito frente aos demais integrantes da sociedade.

Honneth (2015, p. 147) entende, portanto, que a liberdade jurídica decorre de um “sistema de ações institucionalizado” de modo que aquele que se serve e pratica a liberdade jurídica “toma parte numa esfera de ação socialmente institucionalizada” .

Percebemos este mesmo raciocínio em Jürgen Habermas:

O direito não regula contextos interacionais em geral, como é o caso da moral; mas serve com o *medium* para a auto-organização de comunidades jurídicas que se afirmam, num

---

5 Esse raciocínio está aliado à visão *habermasiana*.

ambiente social, sob determinadas condições históricas. E, com isso, imigram para o direito conteúdos concretos e pontos de vista teleológicos (HABERMAS, 1997, p. 191).

Nesse sentido, ao participar da esfera pública o indivíduo se vê diante de uma liberdade coletiva que se amplia e uma liberdade individual que se retrai.

Aos cidadãos e cidadãs partícipes da sociedade é concedida uma autonomia coletiva pela qual, em cooperação como sociedade civil, deliberam sobre quais direitos deverão ser reciprocamente concedidos e como deverão ser implementados (HONNETH, 2015, p. 130).

Nesse movimento de expansão e contração Honneth demonstra a existência de uma autonomia coletiva à liberdade jurídica.

### 10.3 OS TRATAMENTOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO E A LIBERDADE JURÍDICA DE AXEL HONNETH

Feitas as considerações iniciais sobre a liberdade jurídica em Axel Honneth, apenas para contextualizá-la, já que o presente estudo não pretende esgotar a matéria pretendida, antes de passar ao exame da temática, procuraremos demonstrar que há uma cultura jurídica equivocada a interpretar que o ambiente do processo proporciona justiça social o que sustentará a conclusão deste ensaio.

Antes, necessário refletir sobre quais seriam os tratamentos adequados de resolução de conflito.

Importante destacar que os tratamentos tradicionais se diferenciam, quais sejam, a autotutela,<sup>6</sup> em que há uma imposição do interesse de uma parte sobre a outra, a autocomposição,<sup>7</sup> em que as partes conjuntamente e autonomamente compõe o conflito, a arbitragem<sup>8</sup>

---

6 Forma mais primitiva de solução de conflitos, verificada quando ainda não existia autoridade (órgão estatal) capaz de superar os interesses dos homens e impor o Direito imperativamente. Atualmente a legislação brasileira autoriza o exercício da autotutela quando há ausência de confiança entre as partes e há impossibilidade de estar o Estado-juiz presente sempre que um direito esteja sendo ou prestes a ser violado como, por exemplo, no caso da prisão em flagrante, legítima defesa, estado de necessidade, desforço imediato, direito de retenção, entre outros.

7 Forma também primitiva de resolução de conflitos, em que as partes envolvidas no conflito cedem seu interesse ou parte dele. Considerada como expressão altruísta que traduzia atitudes de renúncia, reconhecimento ou concessões mútuas entre os adversários. Atualmente legitima-se a autocomposição pela utilização da conciliação e da mediação.

8 Forma de solução de conflitos em que a composição de conflito era entregue a terceira pessoa que decidia de forma imperativa. As partes elegiam um árbitro pelo qual tinham confiança (geralmente sacerdotes) para que este resolvesse o conflito. Em que pese o instituto existir desde as Ordenações Filipinas, apenas

em que a composição de conflito é entregue a terceira pessoa que decide de forma imperativa e a jurisdição estatal,<sup>9</sup> em que o Poder Judiciário como órgão do Estado, decide com caráter substitutivo e imperativo.<sup>10</sup>

Atualmente muitos trabalhos se desenvolvem com reflexões e diálogos à lógica do sistema “multiportas”<sup>11</sup> de solução de controvérsias segundo o qual não se busca necessariamente um instrumento preferencial ou alternativo à resolução do litígio, mas sim em se verificar as particularidades do caso concreto diante de um método mais adequado à sua pacificação (LORENCINI, 2012, p. 57-87).

A Jurisdição Estatal<sup>12</sup> sem dúvida se revela como o mecanismo mais buscado pelos sujeitos de direito envolvidos em conflitos e, sobretudo após a entrada em vigor do Código de Processo Civil/15, verifica-se haver uma afeição à realização de tratamentos de autocomposição no seio dos processos judiciais, seja pela conciliação ou mediação ou mesmo na indução de que o Poder Judiciário deve intervir na resolução extrajudicial, consolidando-a.

Retomando a compreensão da liberdade jurídica, não há como desconectá-la à existência de um sistema de direitos subjetivos que, aos poucos, foram surgindo na modernidade e que, segundo Honneth, de início tinham um caráter econômico e posteriormente permitiram um ambiente de proteção do indivíduo com ênfase na autonomia privada que para Honneth:

[...] deve significar que o sujeito jurídico dispõe de um espaço de proteção aceito universalmente e exigível individualmente, que lhe permite, sobretudo, retirar-se de seus deveres

---

com a Lei n. 9.307/96 houve um diploma legislativo com tratamento exclusivo da arbitragem e que, recentemente, foi alterada pela Lei n. 13.129/2015.

9 Na visão clássica esposada por Ada Pellegrini e Dinamarco é o instrumento utilizado pelos órgãos do Poder Judiciário para pacificar os conflitos sociais manifestando, para tanto, a vontade do ordenamento jurídico para cada caso apresentado. Atualmente é o método praticamente exclusivo no exercício da pacificação social.

10 O Estado, ao apreciar o pedido, substituir a vontade das partes, aplicando ao caso concreto a “vontade” da norma jurídica. Conferir em Giuseppe (2000, p. 9-14).

11 A expressão *multi-door courthouse* foi originalmente usada pelo Prof. Frank Sander (Harvard) em 1976, em conferência que posteriormente veio a ser publicada em 1979: Frank Sander. *Varieties of dispute processing*, Minnesota: West Publishing, 1979, p. 65-87. Este sistema cria uma verdadeira mudança de paradigma, pois privilegia a utilização de meios extrajudiciais de solução de controvérsias que passa pela participação das partes na busca de uma solução amigável o que melhor atenderia aos seus interesses.

12 A referência à expressão Jurisdição Estatal tem o condão de identificar a diferenciação que a doutrina especializada faz desta com a Jurisdição Não estatal, como a arbitragem. Ambas como métodos heterocompositivos de resolução de conflitos. Porém, adverte-se que este ensaio não pretende investigar as razões de tal diferenciação.

e laços sociais, a fim de, numa autorreflexão aliviada, ponderar e estabelecer suas preferências e orientações de valor individuais (HONNETH, 2015, p. 147).

Honneth (2015, p. 131-132) adverte que haveria um caráter incompleto da liberdade pelo viés dos direitos individuais, pois “formular a sua própria liberdade apenas sob a forma de reivindicação de direitos significa supor que os deveres, as vinculações e as expectativas informais e não jurídicas nada mais são que um bloqueio de sua própria subjetividade”.

Mas a base da existência social deriva da conjugação dos direitos liberais da liberdade e direitos sociais de participação, como já demonstrado.

Importante destacarmos três restrições e limitações da liberdade jurídica, já identificada em Hegel no seu Princípios da Filosofia do Direito: “seja uma pessoa e respeite os demais como pessoa” (HEGEL, 1820. parágrafo 148); “eles se reconhecem reciprocamente como pessoas que têm o direito de decidir por si mesmas” (HEGEL, 1820. parágrafo 149); “no processo de estabelecer essa relação de reconhecimento surge aquela forma especial de subjetividade” (HEGEL, 1820. parágrafo 150).

Nesse contexto a principal incapacidade da liberdade jurídica é assegurar uma forma de autonomia privada de modo ponderado, abandonado e diferenciado da base do direito, pois o direito incentiva atitudes e práticas de comportamento que são um obstáculo para o exercício da liberdade criada por ele (HONNETH, 2015, p. 157).

Na liberdade jurídica, já não é possível conduzir reflexões éticas em forma de diálogos e busca de aconselhamentos virtuais. Devemos, primeiramente, sair do papel de entidade jurídicas para poder encarar essas tentativas de uma discussão transferida para o âmbito interno de nossos objetivos de vida (HONNETH, 2015, p. 153-154).

Honneth insiste que a atuação dos atores envolvidos no âmbito da entidade jurídica tende a ser puramente estratégico, pois de modo algum a entidade jurídica pode refletir sobre os objetivos de vida importantes para ela ou realizá-los de maneira necessária para sua autonomia ética, porque seus parceiros de interação podem ser tratados sempre apenas como atores com interesses estratégicos, por mais que suas posições discursivas ou os conselhos destas pudessem ter peso determinante para as próprias decisões (HONNETH, 2015, p. 156):

O direito deve produzir uma forma de liberdade individual cujas condições de existência não podem ser produzidas, nem perpetuadas: ele depende de uma relação meramente negativa, interrompida, com um contexto de prática ético que se alimenta, por sua vez, das interações sociais de sujeitos não juridicamente cooperantes (HONNETH, 2015, p. 157).

Logo, há que se reconhecer um esforço de neutralização do direito sob pena de inclinarmos para as patologias da liberdade jurídica identificadas por Honneth, tratadas como uma patologia social, representando que o uso do direito se daria como uma atuação individual desprovida de eticidade.

Nesse sentido, agindo estrategicamente, o indivíduo passa a agir apenas como portador de direitos subjetivos, sendo reduzido seu espaço de liberdade ao sentido estritamente jurídico e perdendo-se, com isso, outras formas de integração social e comunicativa.

Esse agir estratégico faz com que cada vez mais, as ações dos sujeitos se posicionam frente a um tribunal conforme seus anseios puramente privados e, deste modo, o indivíduo se restringe apenas à somatória de suas reivindicações jurídicas.

Um modo de comportamento no qual os sujeitos aprendem a observar suas próprias intenções e aquelas de suas contrapartes sob o aspecto de sua utilidade jurídica. Perde-se a capacidade de distinguir o primeiro plano estratégico e o pano de fundo da vida real na contraparte de interação, e a pessoa passa a ser vista apenas como soma de suas reivindicações jurídicas (HONNETH, 2015, p. 164-165).

Com efeito, percebemos uma judicialização excessiva, justificada em uma tendência social em se atribuir ao sistema jurídico a tarefa de resolver todos os conflitos sociais.

#### 10.4 NA CONTRAMÃO DO MODELO COOPERATIVO?

Até aqui, tratamos da crítica à liberdade jurídica feita por Axel Honneth e a problemática relação entre a liberdade jurídica e a busca por tratamentos adequados de solução de conflitos no ambiente processual.

Vimos que o sistema “multiportas” de solução de controvérsias não busca necessariamente um instrumento preferencial ou alternativo à resolução do litígio, mas sim tende a verificar as particularidades do caso concreto diante de um método mais adequado à sua pacificação.

Nesse contexto, parece haver um inconsciente coletivo de que existem muitas opções à disposição do jurisdicionado para que busque a resolução de seu conflito social e esta escolha seria feita no âmbito exclusivo da sua vontade autônoma.

Porém, se mostra um tanto quanto equivocada tal pensamento já que, muito embora se reconheça existir esta disponibilidade, a escolha pelo mecanismo mais adequado se coloca ao jurisdicionado de modo *ope legis*, ou seja, há uma imposição verticalizada colocando o sujeito a agir de forma estratégica visando alcançar seus objetivos apenas sob o prisma jurídico.

Como já abordado, Honneth denuncia que esta concepção representa uma incompletude da ideia de liberdade.

Partiremos agora ao reconhecimento de como o modo *ope legis* e a *práxis* processual parece conduzir na contramão do modelo cooperativo de justiça social construído por Axel Honneth.

Como já anunciado na apresentação deste estudo, o ambiente processual não se mostra como um ambiente de justiça social.

Inicialmente vislumbram-se problemas tanto conceituais como empíricos, isto considerando a legitimidade de escolha destes tratamentos e o modo de sua aplicação.

A tentativa de colocar a atividade jurisdicional no centro da solução das controvérsias não é algo que decorre apenas do exercício da vontade livre do indivíduo, que, buscando o reconhecimento jurídico dos seus direitos subjetivos, teria uma tendência em compreender apenas o Estado como legítimo a garanti-los.

Há, sem dúvida, uma espécie de vício ao judiciário, referendado inclusive, pelo próprio legislador. Poderíamos citar como exemplos diversos dispositivos, mas inicialmente um salta aos olhos. O artigo 725, inciso VIII do Novo Código de Processo Civil<sup>13</sup> possibilita a homologação de autocomposição extrajudicial por meio dos Procedimentos de Jurisdição Voluntária.

Reconheça-se que na Jurisdição Voluntária temos uma espécie de gestão pública dos interesses privados, mas a questão que se coloca é sob a enorme tutela jurisdicional sobre a autocomposição.

Avançando, veja-se a previsão da decisão homologatória de acordo extrajudicial constituir-se em título executivo judicial, conforme artigo 515, inciso III,<sup>14</sup> do diploma processual.

Nesse caso, o sujeito visando a satisfação do seu direito, se eventualmente descumprido, teria de buscar, anteriormente, uma decisão judicial que se limitaria a chancelar uma manifestação livre e bilateral de vontade dos indivíduos envolvidos sob pena de ter que, posteriormente, buscar o reconhecimento de seu direito.

Ora, não parece ter sentido este modo *ope legis* de realização da justiça, partindo do pressuposto de que, o acesso à Justiça só se faz no ambiente processual.

Muito embora já anunciado, é preciso reconhecer o esforço do Novo Código de Processo Civil em trabalhar com o conceito dos tratamentos adequados de solução de conflitos, com uma tendência a privilegiar a autocomposição, mas sempre tutelada pelo Judiciário. Merece

---

13 Art. 725. Processar-se-á na forma estabelecida nesta Seção o pedido de: VIII – homologação de autocomposição extrajudicial, de qualquer natureza ou valor.

14 Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: III – a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial.

destaque o artigo 3º<sup>15</sup> que estabelece a inafastabilidade do controle jurisdicional do Estado para a tutela de lesão ou ameaça a direito, norma com dicção repetida à Constituição Federal de 1988. O parágrafo 2º<sup>16</sup> do mesmo dispositivo indica a atuação verticalizada já denunciada.

O novo diploma processual civil brasileiro, inovando ao diploma revogado, ainda fez previsão da criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pelas audiências de conciliação e mediação;<sup>17</sup> estabeleceu os princípios que informam a conciliação e a mediação;<sup>18</sup> facultou ao autor da demanda revelar, já na petição inicial, a sua disposição para participar de audiência de conciliação ou mediação;<sup>19</sup> e recomendou, nas controvérsias de família, a solução consensual, possibilitando inclusive a mediação extrajudicial.<sup>20</sup>

A previsão da obrigatoriedade da realização de audiência conciliatória com imposição de multa ao ausente,<sup>21</sup> diante da problemática da liberdade jurídica apontada no item anterior, parece reduzir ainda mais a compreensão do sujeito de direito como partícipe do processo intersubjetivo da eticidade.

Veja-se que o parágrafo 4º do artigo 334 estabelece como condição para a não realização da audiência de conciliação — que ocorreria antes mesmo do oferecimento de resposta pelo demandado — a manifestação expressa das partes pelo desinteresse na composição consensual.<sup>22</sup>

A necessidade de que ambos manifestem o desinteresse parece implicar a uma imposição, aos sujeitos envolvidos no conflito, da autocomposição. Por isso, o ambiente processual não se mostra fértil ao modelo cooperativo de justiça social.

---

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

16 Art. 3º. [...] § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

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

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

19 Art. 319. A petição inicial indicará: VII – a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação e mediação.

20 Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

21 Art. 334 [...]. § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendido ou do valor da causa, revertida, em favor da União ou do Estado.

22 Art. 334. [...]. § 4º A audiência não será realizada: I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual.

Possivelmente, o intuito do legislador foi o de infundir a cultura da pacificação no ambiente processual, o que, sob uma análise preliminar parece revelar um caráter bastante altruísta.

Porém, vê-se com este movimento um acúmulo de reivindicações jurídicas tendente a esgotar a interação e eticidade dos sujeitos sociais o que, além de implicar em uma patologia da liberdade jurídica, faz com que o indivíduo utilize de “máscaras” para almejar o fim pretendido.

Sem dúvidas, uma mudança de cultura é necessária só que não parece razoável que esta quebra de paradigma ocorra de forma impositiva, verticalizada de cima para baixo tendo como protagonista do processo o poder judiciário e o ambiente processual, pois, segundo assevera Honneth, “esses princípios são hoje estabelecidos isoladamente em relação à eticidade de práticas e instituições dadas, para então serem “aplicados” de maneira apenas secundária à realizada social” (HONNETH, 2015, p. 15).

Neste sentido, há uma visão equivocada de que todos os direitos subjetivos, para serem realizados quando da ocorrência dos conflitos sociais, precisam da atuação jurisdicional.

Honneth aponta que os sujeitos de direito no processo comunicativo intersubjetivo são levados a uma equivocada interpretação de seu papel social. Isto porque se reconhecem tão somente na condição de sujeitos puramente jurídicos.

## 10.5 CONCLUSÃO

Viu-se que há uma cultura jurídica equivocada a interpretar que o ambiente do processo proporciona justiça social — seja pela utilização de qualquer dos tratamentos adequados de resolução de controvérsias.

Procuramos induzir uma provocação para a necessidade de se refletir sobre o *modus* como se dá a interpretação dos tratamentos adequados à resolução de conflitos haja vista que, reconhecendo ser imprescindível uma mudança de cultura, tal não poderá ocorrer de modo verticalizado e monológico com uma postura impositiva do Estado abstraída da realidade social.

Isso porque é preciso reconhecer que a autonomia não está presente no ambiente processual.

Todavia, não há, aqui, a pretensão de apresentar respostas definitivas às indagações formuladas em seu corpo, ou construir única via interpretativa capaz de solucionar os problemas de que se ocupa. O que se almeja, em rigor, é que essas breves considerações sobre o tema possam suscitar no futuro questionamentos e debates tendentes à sua consolidação no plano da Ciência, com reflexos positivos para a resolução das contendas suscitadas no campo da aplicação do Direito.

# Referências

BRASIL. **Constituição (1988)**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 09 nov. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 09 de nov. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GIUSEPPE CHIOVENDA. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 2000. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. 1820.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: 34, 2009.

HONNETH, Axel. **O Direito da Liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. Sistema multiportas: opções para o tratamento de conflitos de forma adequada. *In*: SALLES, C. A. *et al.* (coord.). **Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação**. São Paulo: Método, 2012.

MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. 1991.

# *Algumas questões sobre a transação de direitos indisponíveis no contexto do sistema de justiça multiportas*

*Betânia Teodora Andrade da Silva*

*Caroline Bolsoni Ribeiro*

*Manuela Coutinho Costa*

*Maria Izabel Pereira de Azevedo Altoé*

## 11.1 INTRODUÇÃO

O novel diploma de Processo Civil criou um verdadeiro microssistema objetivando estimular a autocomposição e, não por acaso, preambularmente inclui no rol das normas fundamentais do Processo Civil, que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, por todos, inclusive membro do Ministério Público (DIDIER JR., 2015, p. 134).

Entrementes, ao tentar estimular esses métodos em nível do direito material, observa-se que já existe uma cultura instalada e amadurecida a nível jurisprudencial e doutrinária no tocante aos direitos coletivos *lato sensu*, e para compatibilizar estes institutos torna-se premente superar o que, para fins de ciência do direito, se denominou aqui “os principais óbices à efetivação dos métodos autocompositivos em sede de interesse transindividuais”, extraindo-se como tais: a falta de controle semântico quanto ao conteúdo dos direitos indisponíveis; a legitimação extraordinária e a intangibilidade do direito material para o legitimado extraordinário.

Noutro ponto, segunda parte do trabalho, bem expostos os sobreditos problemas, partiu-se de uma construção teórica e prática visando a sua superação em vistas à operatividade do sistema.

Considerou-se, assim como hipótese, que as vedações e limitações à autocomposição pelos legitimados para as ações coletivas (seja em razão da indisponibilidade do direito ou em decorrência da intangibilidade do direito material pelos legitimados extraordinários) constituem verdadeiros óbices, em determinadas situações, à própria efetividade do direito a ser tutelado ao passo que muitas vezes, pela complexidade dos direitos levados a efeito por intermédio de uma ação coletiva, é a mais voltada a um resultado consensual.

Faz-se imperioso recordar, inicialmente, o posicionamento de Celso Agrícola Barbi (1991, p. 20), para quem, “nenhuma das teorias até hoje construídas está isenta de críticas irresponsáveis”, característica essa que de certo modo predomina no pensamento científico em geral. Com efeito, acredita-se que a interpretação da indisponibilidade absoluta de certos direitos visando à sua proteção possa ser falsamente adequada, sobretudo quando se torne prejudicial ao próprio objeto jurídico tutelado — o que constitui um aparente paradoxo a ser solucionado.

De não se perder de vista ademais, que há ainda franca divergência quanto a natureza da legitimação exercitada pelos autorizados legalmente à defesa dos direitos transindividuais, posto que, tradicionalmente os conceitos são concebidos com o vínculo que estes titulares resguardam com as posições de direito material, o que se torna para fins dos direitos coletivos *lato sensu* uma incongruência na medida em que, somente por uma artificialidade legal, os legitimados exercem judicialmente as suas pretensões.

Destarte, a busca pela compatibilização do sistema multiportas e a fase metodológica do formalismo valorativo, vai ao encontro do objetivo do sistema normativo não só como regulador de condutas, mas sobretudo quando abarca critérios de justiça e efetividade.

## 11.2 RETOMANDO O PROBLEMA DO CONTROLE SEMÂNTICO DOS DIREITOS INDISPONÍVEIS

Por evidência, os conceitos jurídicos indeterminados possuem uma função relevante no ordenamento jurídico, qual seja, de permitir flexibilidade interpretativa de acordo com o caso concreto. Representam, pois, aberturas à posição do intérprete sob os influxos do pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, adequando-se ao que se concluir, mediante pertinente exegese, ser mais justo em conformidade com o caso concreto (FALAVIGNA, 2007, p. 14-15).

De fato, analiticamente, em parte da expressão direitos indisponíveis observa-se que existe uma indeterminação, tendo em vista a existência de campo significativo a ser

preenchido pelo intérprete. Como se não bastasse isto, em geral, a indisponibilidade é apresentada como inerente ao conceito de direito fundamental.

Para além, a assertiva da indisponibilidade ocorre em dois planos. O primeiro é conceitual-descriptivo, isto é, sustenta que a indisponibilidade integra o próprio conceito de direito fundamental, é intrínseca ao direito. O segundo, o normativo, sustenta que os direitos fundamentais *devem ser* indisponíveis, existindo justificação para o uso da coercibilidade estatal para impedir a disposição dos direitos fundamentais. Em qualquer dos planos, a afirmação é problemática. No conceitual-descriptivo, a quantidade de contraexemplos é intensa a ponto de pôr em risco sua adequação à realidade e às práticas jurídicas existentes. No plano normativo, é um problema de justificação. O que significa, então, a indisponibilidade dos direitos fundamentais? Em qual plano ela atua, no conceitual ou no descriptivo? (MARTEL, 2010).

No Brasil, como será visto adiante, nota-se que a doutrina dominante considera que indisponíveis são direitos que escapam ao alcance do titular, que não pode modificar, criar ou extinguir as relações a eles subjacentes de modo a sair do polo dominante da relação. Em geral, a indisponibilidade é apresentada como inerente ao conceito de direito fundamental. Na jurisprudência, o conceito é mais fluído, havendo apenas uma leve tendência no sentido de serem indisponíveis aquelas relações jurídicas de direitos fundamentais que não *devem ser*, de um prisma normativo, enfraquecidas pelos seus titulares. O que se nota, portanto, é que não há clareza nem precisão conceitual no direito material.

De outra banda, esta indeterminação não fora, de nada, atenuada com as disposições legais que permitem a autocomposição, a teor do artigo 334, parágrafo 4º do CPC, Lei de 13.140 de 2015 (Lei de Mediação) ou na Lei n. 9.307 de 1996 (lei de arbitragem).<sup>1</sup> Ocorre que o próprio Código de Processo Civil não previu qual são os direitos que não admitem autocomposição, tampouco se encontra tal resposta na Lei de 13.140 de 2015 (Lei de Mediação) ou na Lei n. 9.307 de 1996 (lei de arbitragem) para o que são direitos indisponíveis transacionáveis.

Embora a revisão bibliográfica e jurisprudencial mencione exemplos de transações envolvendo direitos tradicionalmente indisponíveis, a mera observação de situações práticas não se sustenta como argumento suficiente para desconsiderar a doutrina consolidada a respeito do tema. Por isso, foram selecionadas duas teses jurídicas que foram capazes de fundamentar a compatibilidade entre os conceitos de indisponibilidade e transacionabilidade sem ignorar o paradigma tradicional.

---

1 “CPC, artigo 334, § 4º: A audiência não será realizada: II - quando não se admitir a autocomposição; “Art. 3.º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Lei de 13.140 de 2015 (Lei de Mediação) ou na Lei n. 9.307 de 1996 (lei de arbitragem)”

Consequentemente, obrigações e vantagens econômicas deles decorrentes, podem ser transacionadas, embora essa tese seja tecnicamente admissível e não contraria as premissas básicas a respeito do poder de dispor.

Outros asseveram que conciliar não é o mesmo que transacionar, na medida em esta última é espécie da primeira, e que por se conceber quanto a transação se impõe concessões recíprocas, aos legitimados extraordinários, quanto ao conteúdo do direito material em si, é que seria impossível a disposição, por falta de disponibilidade do direito. Permitindo-se, neste norte, apenas se conceber que se negociasse a forma de cumprimento da obrigação, prazo, e etc., sem efetiva disposição das posições de fundo, contudo esta tese encontra dificuldades pragmáticas ante uma séria de acordos em que, de fato, o que ocorre é justamente a composição quanto a questão de fundo, com concessões de recíprocas, veja a permissão de se poluir para se evitar poluição maior, ou a impossibilidade de recompor um dano ambiental grave quando então a única solução, de fato, acaba por gizar por uma efetiva composição envolvendo concessões recíprocas.<sup>2</sup>

### 11.3 PROPOSTA DE REDIMENSIONAMENTO DO CONCEITO DIREITOS INDISPONÍVEIS

Verificou-se que uma segunda tese, entretantes, a qual poderia explicar ainda melhor o escopo alhures, sistematizada principalmente na obra de Calmon de Passos (2005, p.

---

2 O STF já teve a oportunidade de decidir a respeito da viabilidade de se admitir, ainda que em caráter excepcional, acordos judiciais envolvendo direitos considerados indisponíveis, em importante precedente assim ementado: “Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súmula 279 do STF). Recurso extraordinário não conhecido” (STF, RE 253.885/MG, 1.<sup>a</sup> T., j. 04.06.2002, Rel. Ellen Gracie, DJ 21.06.2002, p. 118). No mesmo sentido, ilustre-se precedente do STJ: “Processo civil – Ação civil pública por dano ambiental – Ajustamento de conduta – Transação do Ministério Público – Possibilidade. 1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao *status quo ante*. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra. 4. Recurso especial improvido” (REsp 299.400/RJ, 2.<sup>a</sup> T., j. 01.06.2006, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, DJ 02.08.2006, p. 229).

408-409), na qual afirma-se que a indisponibilidade pode se revestir de caráter absoluto ou relativo, dependendo do grau de controle estatal necessário para a efetiva tutela dos direitos.

No primeiro caso, os direitos são sempre indissociáveis de seu titular e, portanto, não transacionáveis, renunciáveis ou alienáveis. Na segunda hipótese, os direitos, ainda que indisponíveis, podem ser transacionados mediante o cumprimento dos requisitos impostos pela ordem pública.

Tem-se como conclusão de que a doutrina de Calmon de Passos é aquela que permitiu a melhor compreensão do sentido das normas, à luz dos conceitos propostos pelo autor, a possibilidade de transação não é suficiente para descaracterizar o caráter indisponível de um direito. A indisponibilidade persistirá, ainda que de forma relativa, pois o titular do direito não exerce livremente seu poder de disposição, devendo se sujeitar, para efeito de sua disposição, a controles estatais, quer de natureza administrativa, quer de natureza jurisdicional.

Trata-se de tese que admite a existência de um gradiente de disponibilidade de acordo com a extensão da tutela conferida aos direitos pelo Estado. Nesse contexto, a indisponibilidade implicaria a subordinação do titular do direito ao controle operado pelo Estado em maior ou menor grau, a depender dos limites e parâmetros traçados pela lei.

Nesse sentido, os “direitos indisponíveis que admitem transação” pertencem ao grupo dos direitos relativamente indisponíveis, transacionáveis mediante o preenchimento obrigatório de requisitos definidos pelos sistemas de controle estatal. Em outras situações, a tutela de certos direitos é tão rigorosa que o Estado não abre qualquer margem para o exercício do poder de disposição. Trata-se de direitos absolutamente indisponíveis, não abrangidos pela autocomposição (PEREIRA, 1995, p. 124-125).<sup>3</sup>

#### 11.4 A LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA E A INTANGIBILIDADE DO DIREITO MATERIAL PARA O LEGITIMADO EXTRAORDINÁRIO

Vale rememorar que, no processo civil tradicional, a regra é que a ação seja proposta por aquele que se afirma titular do direito material, legitimidade ordinária, contudo, excepcionalmente o ordenamento jurídico pode autorizar que um legitimado extraordinário, ou seja, quem não tenha vínculo com a relação jurídica material, tenha a legitimidade

---

3 Como afirma Ana Luíza Nery (2012, p. 151): “[...] a indisponibilidade dos direitos não é conceito absoluto, e sim relativo, permitindo que direitos transindividuais possam ser objeto de transação pelos legitimados para sua defesa”. E arremata: “[...] a negociação da melhor solução por meio do ajustamento é apenas o meio mais rápido e distante de demandas improficuas e perenizadas, muitas vezes com resultados inferiores, o que semeia uma justiça desmoralizada.”.

processual<sup>4</sup>. Consequentemente, o problema é de simples percepção, como poderia este terceiro legitimado pelo ordenamento jurídico dispor de direitos que não são próprios?

A resposta taxativa, de acordo com a lição tradicional é no sentido de indisponibilidade do direito para os legitimados extraordinários, o que em sede de interesses transindividuais e coletivos *stricto sensu*, resultaria em mais um óbice aos métodos autocompositivos na medida em que a transação implica concessões recíprocas.

Alguns doutrinadores sustentam que a tutela dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* é feita a título de legitimidade ordinária, embora reconheça que esta legitimidade não seja a mesma do artigo 18 do Código de Processo Civil, pois os referidos legitimados agem em nome próprio em defesa de direitos próprios. Propõe assim uma interpretação mais aberta do preceptivo legal em apreço.

Outra vertente, contudo, esta majoritária na doutrina e jurisprudência, defende que a legitimação é extraordinária na medida em que os legitimados não defendem interesse próprio, mas sim da coletividade (grupo). Destarte, o interesse institucional não é objeto do processo coletivo, mas sim a causa da atribuição da legitimação coletiva a determinado ente (DIDIER JR., 2016).

Acrescenta-se, agora, uma terceira espécie de legitimidade, denominada pela doutrina pátria de “legitimidade autônoma para a condução do processo” (NERY JR., 2003. p. 268). Esta última vertente da doutrina, capitaneada no direito brasileiro por Nelson Nery Jr. e Rosa Nery (2003. p. 268) expõe que os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, por terem, respectivamente os seus titulares indetermináveis e indeterminados, seriam defendidos em um regime autônomo para a condução do processo, é uma *tertium genus*.

Sem desconsiderar as críticas que existem ao tema, sobretudo resumidas da seguinte maneira: a) Toda legitimidade ad causam é um poder para a condução do processo, b) Legitimação autônoma é conceito lógico-jurídico útil a visualização das espécies de legitimação extraordinária; a respeito dos interesses difusos, foi visto que os mesmos apresentam uma titularidade especial, atribuída ao indivíduo de per si e à coletividade em sua totalidade. Trata-se de interesses sem destinatários determinados ou passíveis de identificação ou quantificação.

Desta maneira, enquadrando a ação popular em sede das ações coletivas, em função da defesa de ideais difusos, uma nova linha de pensamento se inclina no sentido de reconhecer uma terceira modalidade de legitimação ativa, principalmente diante da deficiência de se aplicar o artigo 18 do CPC, voltado para a tutela dos conflitos de interesses interindividuais, em sede de causas supraindividuais, como ocorre no remédio constitucional em tela.

---

4 Art. 18: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.”

Em conclusão, já que a situação é anômala, assim também seria a legitimidade do cidadão-autor, sendo, então, a espécie *autônoma*, conjugando a defesa de direito próprio e alheio, a melhor saída para a situação-problema. A conjunção das duas espécies de legitimidade, previstas no Código de Processo Civil para disciplinar as relações de direitos individuais, dá origem à legitimação autônoma ou anômala de tipo misto, uma vez que não há como associar a sobredita classificação em hipótese de interesses difusos e coletivos *lato sensu*.

Destarte, Elton Venturi (2016, p. 405) conclui que a contraposição entre legitimidade ordinária e extraordinária, no que tange a natureza jurídica da legitimação para a propositura das ações coletivas não pode ser considerada correta ou incorreta, mas sim desfocada ou descontextualizada. Assim, por serem institutos novos, diferente das ações individuais, são também merecedores de uma abordagem diferenciada, como defende Luiz Manoel Gomes Jr. (2008, p. 84-85), para quem a legitimidade, neste caso, é processual coletiva, que seria exatamente a possibilidade de almejar proteção dos direitos coletivos *lato sensu*.

## 11.5 CONCLUSÃO

É imperioso concluir que, na prática já se possibilitava a solução consensual dos conflitos envolvendo interesses coletivos, entre outras normas jurídicas, pelo artigo 5.º, § 6.º, da Lei 7.347/85, bem como pelo artigo 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069.

Inclusive, possível estabelecer a seguinte diretriz de raciocínio jurídico: em último grau, com o passar do tempo e a influência de outros fenômenos jurídicos, bem como direitos de outros sujeitos, pode ocorrer uma mitigação de alguns direitos, que podem sair da esfera da indisponibilidade para se tornarem, naturalmente, mais flexíveis e disponíveis. Igualmente ocorre com a colisão entre direitos individuais e coletivos, devendo se implementar transição, de um lado, entre a indisponibilidade e, de outro, a disponibilidade jurídica com segurança, protegendo a ordem jurídica por intermédio de adequada fiscalização de órgãos de controle, tais como o próprio poder judiciário.

A seu turno, conclui-se que embora, por um lado, seja necessário respeitar a natureza indisponível do direito tutelado nas ações coletivas, por outro lado, diante da máxima da ponderação, se num determinado caso, os métodos autocompositivos forem mais efetivos, não como se negar aplicabilidade, posto que mais efetivo, sobretudo em causas complexas em que a solução adjudicada não parece ser o caminho mais adequado.

A busca pela tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva, exige a adequação do acesso à tutela, ocorrendo uma passagem necessária da justiça estatal imperativa, com a aplicação do Direito objetivo como única finalidade do modelo de justiça, para a aplicação da justiça coexistencial, uma *mending justice* (uma justiça capaz de remendar o tecido

social), focada na pacificação e na continuidade da convivência das pessoas, na condição de indivíduos, comunidade ou grupos envolvidos (CAPPELLETTI, 2010, p. 185).

Com efeito, de se reconhecer que há uma gradação quanto aos direitos indisponíveis, por conseguinte há casos em que o próprio princípio da indisponibilidade deve ser atenuado, mormente quando outra solução é a que atende melhor ao interesse público, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução, impondo-se, neste caso a publicidade necessária a maior representatividade possível, bem como a efetiva implementação de medidas fiscalizatórias para fins de homologação do acordo.

# Referências

ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1979.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro. Notas sobre conciliadores e conciliação. *In*: CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Tradução: Hermes Zanetti Jr. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1: Processo Coletivo.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016;

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. **Os princípios gerais do Direito e os standards jurídicos no Código Civil**. Tese. (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007. f. 14-15. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-23032008-183352/publico/TESE.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2020.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. 2. ed. São Paulo: SRS, 2008.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis**: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida. Tese. (Doutorado em Direito) –Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: [http://works.bepress.com/leticia\\_martel/](http://works.bepress.com/leticia_martel/). Acesso em: 13 abr. 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 20. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Direito Aplicado**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 2: pareceres.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta – teoria e análise de casos práticos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil Comentado**: e legislação extravagante. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo **Civil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3: arts. 270-331.

PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. Transação no curso da ação civil pública. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 16, p. 123, out-dez, 1995.

ROCHA, Luciano Velasque. **Ações coletivas**: o problema da legitimidade para agir. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 251, p. 391-426, jan. 2016.

# *A adequação do procedimento*

*Helio Antunes Carlos  
Leonardo Goldner Dellaqua*

## 12.1 INTRODUÇÃO

A entrada em vigor do CPC/2015 representa um marco na democratização do Direito Processual Civil brasileiro, visto que tal diploma apresenta uma especial preocupação com a valorização do papel dos atores processuais e da adequação do procedimento ao conflito.

A preocupação com a concretização dos ideais de justiça já se encontrava presente sob a égide do CPC/1973, visto que durante a fase metodológica que ficou conhecida como Instrumentalismo (DINAMARCO, 2013, p. 24), buscou-se uma reaproximação entre o Direito Material e o Direito Processual, os quais se encontravam demasiadamente afastados desde quando esse último atingiu a sua autonomia em relação ao primeiro (SIQUEIRA, 2008, p. 5-6).

Entretanto, o CPC/2015 consolida uma perspectiva distinta do Instrumentalismo, mais afeta ao Formalismo-Valorativo — expressão cunhada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (OLIVEIRA, 2010, p. 149-170). Para o Instrumentalismo, o processo é visto como um instrumento a ser conformado pelos juízes ao direito material. Entretanto, o formalismo-valorativo adota perspectiva diversa ao afastar a jurisdição do vértice do sistema, com o escopo de atribuir ao processo a posição central da teoria.

Portanto, é a partir dessa nova perspectiva que se desenvolverá o presente estudo, pois a adoção do processo como vértice do sistema viabiliza a criação de um ambiente dialógico, no qual o juiz e as partes podem cooperar para a adoção de um procedimento mais adequado à natureza do conflito.

## 12.2 A NATUREZA DA ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO<sup>1</sup>

Galeno Lacerda (LACERDA, 1976, p. 253-256) defende que a adequação do procedimento deve ser analisada sob três aspectos que devem ser atendidos, cumulativamente: Adequação Teleológica, Adequação Subjetiva e Adequação Objetiva.

O primeiro aspecto, informado pelo autor, trata da Adequação Teleológica, a qual se relaciona com a finalidade do processo. Assim, o procedimento construído para determinada finalidade deverá gozar da técnica adequada para o atingimento do seu objetivo. A título de exemplo, basta se atentar as diferenças procedimentais que o CPC/2015 estabelece entre: o processo de conhecimento e o processo de execução; o procedimento comum, o cumprimento de sentença e os procedimentos especiais.

A Adequação Subjetiva se opera em razão dos sujeitos processuais, ou seja, para o procedimento se mostrar adequado deve observar as peculiaridades afetas aos sujeitos que integram a relação jurídica processual. Exemplos clássicos trazidos pelo autor são relacionados à legitimação processual das partes — capaz, incapaz, pessoa física ou jurídica, privada ou pública e sujeito sem personalidade. Conforme o envolvimento dos atores do processo, o procedimento poderá se tornar mais ou menos complexo. Ademais, sob o enfoque do juízo temos que a competência deva se adaptar, por exemplo, quando a parte for Fazenda Pública, versar sobre menores de idade, ou militar. Essa mesma adequação pode recair na forma de julgamento, se por juiz singular ou por um colegiado.

O terceiro aspecto se dá em decorrência do Direito Material perseguido. Trata-se da Adequação Objetiva, segundo a qual a adaptação se destinará à busca da maior efetividade do Direito Material, conforme as características que esse mesmo possui, em razão de sua forma, natureza ou urgência (LACERDA, 1976, p. 254-255).

## 12.3 A ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO SEGUNDO A VONTADE MANIFESTADA

Segundo Bruno Garcia Redondo (REDONDO, 2017, p. 132-135), a adequação pode ser repartida em Legislativa, Judiciária ou Convencional. No primeiro caso, no plano abstrato, o legislador cria lei processual que melhor satisfaça às peculiaridades da causa e do Direito Material em conflito. É o que se verifica, *v.g.*, na manutenção e ampliação dos procedimentos especiais (MAZZEI; GONÇALVES, 2015, p. 111), consagrados no Título III, do Livro I, da Parte Especial do Código de Processo Civil de 2015.

---

1 Excerto de *O Microssistema de Autocomposição* (CARLOS, 2021, p. 122-123) e reformulado para a presente obra.

Apesar de extremamente relevante esta espécie de adequação do procedimento, não é o objeto do presente estudo as técnicas especiais presentes nos procedimentos especiais, haja vista que, o presente ensaio, busca abordar exatamente a possibilidade do juiz e das partes se afastarem do procedimento estabelecido na legislação.

A Adequação Judiciária é aquela feita no curso do processo pelo magistrado, em razão do dever-poder de zelar pelo bom andamento do procedimento, o qual lhe é conferido pela lei. Por esta razão, Fredie Didier Jr. (DIDIER JR., 2001, p. 530-541) sustenta que a melhor expressão a ser empregada seria “Adaptabilidade”, a qual exprime, de forma mais clara que cabe ao magistrado adaptar o procedimento às exigências do conflito, com observância dos princípios do contraditório e da não surpresa.

Para a correta contextualização da Adequação Judicial, cumpre se fazer uma distinção entre as modalidades de gestão de conflitos apontadas pela doutrina: Gestão de Cortes (*Court Management*) e Gestão de Processos (*Case Management*) (GAJARDONI, 2016, p. 43-63):

*Court Management* é a modalidade de gestão de conflito na qual se busca uma otimização quantitativa e qualitativa dos recursos materiais e humanos dos órgãos judiciais. O CPC/2015 impõe a adoção desse tipo de gestão de conflito ao preceituar em seu artigo 1.069 que: “O Conselho Nacional de Justiça promoverá, periodicamente, pesquisas estatísticas para avaliação da efetividade das normas previstas neste Código”.

*Case Management*, por sua vez, é a modalidade de gestão de conflito segundo a qual se visa a uma melhor gestão dos processos, através da adaptação do procedimento e da adoção de tratamentos adequados de conflitos (CARLOS, 2021, p. 124-125).

Trícia Navarro Xavier Cabral (CABRAL, 2015, p. 3), defende que a Adequação do Procedimento pode ser dividida em quatro modalidades: “por imposição Legal”, “por ato judicial”, “por ato conjunto das partes e do juiz” e “por atos de disposição das partes”. Aparentemente, as duas últimas divisões, enquadram-se na citada Adequação Convencional. Contudo, vale a pena citar a presente classificação, uma vez que é controvertida na doutrina a natureza da vinculação do juiz às convenções processuais. Nesse sentido, segmento da doutrina defende que o magistrado integra a convenção processual como parte (NOGUEIRA, 2017, p. 232), enquanto outro segmento sustenta que, tal qual a lei, a vinculação se dá apenas por heterolimitação (CABRAL, 2016, p. 226). Para essa última posição, a classificação da Adequação em Legislativa, Judiciária ou Convencional, se mostraria insuficiente. Não é a posição adotada no presente trabalho, o qual tratará o juiz como possível integrante da convenção processual.

### 12.3.1 Da Adequação Judicial

A adequação judicial pode ser típica e atípica. Entre as modalidades de adequação judicial típica merecem destaque: (1) aproveitamento e adaptação dos atos processuais com fundamento no Princípio da Instrumentalidade das Formas (arts. 277, 282, 283, 321, 932, parágrafo único, 1.029, § 3º); (2) modificação de competência relativa para evitar decisões conflitantes, mesmo sem conexão e continência (art. 55, § 3º); (3) Apreciação da admissibilidade da intervenção e fixação dos poderes do *amicus curiae* (art. 138, § 2º); (4) determinação de todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV); (5) promoção da autocomposição, a qualquer tempo (art. 139, V); (6) dilatação de prazos e modificação da ordem de produção de provas (art. 139, VI); (7) arbitramento de prazos judiciais não fixados em lei (art. 218, § 1º); (8) designação de audiência de justificação para análise de tutela de urgência (art. 300, § 2º); (9) preservação da técnica processual diferenciada na cumulação de pedidos de procedimentos diversos (art. 327, § 2º); (10) prorrogação do tempo de debate oral e substituição dos debates orais por memoriais (art. 364); (11) realização de audiência de saneamento compartilhado com as partes (art. 357, § 3º); (12) distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz (art. 373, § 1º); (13) produção de prova técnica simplificada em substituição a perícia (art. 464, § 2º).

Apesar do Anteprojeto do novo código possuir dispositivos estabelecendo cláusulas gerais de atipicidade da adequação judicial, tais dispositivos foram suprimidos durante o processo legislativo (REDONDO, 2017, p. 151-153). Entretanto, cumpre-se observar que a adequação judicial atípica não é prevista, nem vedada pelo Código de Processo de Civil de 2015, razão pela qual incumbe à doutrina e jurisprudência o delineamento que tal modalidade pode assumir no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Fernando Gajardoni defende que há regra implícita que autoriza o magistrado a modelar o procedimento, elegendo os atos que serão praticados. Contudo, tal adaptabilidade atípica do procedimento somente seria admitida em caráter subsidiário e excepcional (GAJARDONI, 2015, p. 260-261).

### 12.3.2 Da Adequação Convencional

Desde a égide do CPC anterior, Barbosa Moreira já defendia a existência de convenções processuais típicas (p. ex. artigo 111 — eleição convencional de foro) e atípicas (art. 158 do CPC/73, atual artigo 200 do CPC/2015) (1984, p. 182-191). Entretanto, o diploma anterior não dispunha de uma cláusula geral de negociação processual, tal qual estabelecido no artigo 190 do CPC/2015.

Afastando-se um pouco da rigidez legal, a cláusula geral de negociabilidade processual possibilita que as partes e o juiz, de forma ampla, adotem as medidas que melhor se adequem ao tratamento daquele conflito. Neste contexto, as partes poderão negociar abertamente, dentro de certos limites, acerca da forma como se seguirá o processo, adaptando os atos negociáveis dentro daquilo que melhor lhe atendem, sendo admissíveis duas espécies de convenções jurídicas processuais: convenções dispositivas (acordos sobre atos do procedimento) e convenções obrigacionais (acordos sobre situações jurídicas processuais) (CABRAL, 2016, p. 72-75).

Pedro Henrique Nogueira (2018, p. 102) afirma que o juiz se vincula aos acordos celebrados pelas partes, devendo, inclusive, promover a implementação dos meios necessários ao cumprimento do que foi avençado, independentemente de homologação para produção de efeitos, já que o artigo 200 do CPC 2015 dispõe que as declarações unilaterais e bilaterais de vontade produzem efeitos imediatos.

Da mesma forma, para Leonardo Carneiro da Cunha, o magistrado tem que respeitar a vontade das partes. Entretanto, caso detecte alguma invalidade, a qual tenha aptidão de gerar prejuízo ao regular andamento do feito, o juiz poderá reconhecê-la de ofício (CUNHA, 2015, p. 325). Sendo assim, o juiz tem o dever de velar pelos interesses públicos, controlando, então, a extensão em que a vontade das partes pode modificar o procedimento estatal.

Portanto, não é qualquer negócio jurídico que vinculará o juiz. Este só estará vinculado aos negócios jurídicos válidos (DIDIER JR., 2017, v. 1. p. 105-126), visto que o parágrafo único do artigo 190 do CPC/2015 estabelece que o juiz controlará a validade das convenções, de ofício ou a requerimento das partes, recusando-lhes aplicação apenas nos casos de: (1) nulidade; (2) inserção abusiva em contrato de adesão; (3) manifesta situação de vulnerabilidade de algumas das partes.

Ademais, a convenção jurídica processual também se submete aos requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral estabelecidos no artigo 104 do Código Civil, ou seja, os negócios processuais devem ser celebrados por pessoas capazes, possuir objeto lícito e observar a forma prescrita ou não vedada por lei (CUNHA, 2015, p. 325). Importante frisar que a capacidade que se exige nesse caso é a capacidade processual (CUNHA, 2015, p. 325), o que não se pode confundir com a capacidade civil.

No tocante ao objeto, cumpre se invocar o Enunciado n. 135 do FPPC, o qual dispõe que: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”. A convenção processual poderá dispor sobre o processo no qual se discuta direito indisponível, desde que o negócio jurídico não atinja diretamente ou indiretamente aquele direito. Nesse caso, o que se pode negociar é o instrumento processual, seus atos, adequando-se então à melhor forma de se chegar ao direito material, disponível ou indisponível. Negociam-se as regras processuais e não o próprio direito.

Pelo exposto, considerando que a convenção válida produz efeitos independentemente da vontade do magistrado, Didier (2015, v. 1, p. 132-136) defende que as partes possuem plena liberdade em adequar o processo às exigências da realidade, em observância ao Princípio do Autogreçamento da Vontade. Inclusive, havendo dúvidas sobre os limites acerca do que pode ser pactuado, presume-se que a negociação é possível. Trata-se do Princípio *In dubio pro Libertate* (CUNHA, 2015, p. 327).

Colocando termo à antiga celeuma doutrinária, o próprio artigo 190 do CPC/2015 trouxe luz acerca do momento no qual se pode celebrar as convenções processuais, quais sejam: antes ou durante o processo. Em sentido contrário, o dispositivo veda a celebração de negócio jurídico que verse sobre situação jurídica já consolidada, com o manto protetor da coisa julgada material.

Além dos negócios jurídicos processuais atípicos, o CPC/2015 consagrou ao longo de seu texto diversos negócios jurídicos processuais típicos, dentre os quais merece destaque o negócio de calendarização processual, disposta no artigo 191 do CPC/ 2015, visto que o seu parágrafo primeiro traz expressamente a vinculatividade não somente das partes, mas também do magistrado.

Pedro Henrique Nogueira leciona que os termos do calendário somente poderão ser modificados em situações excepcionais, com a devida motivação judicial. Nessa situação, não cabe estipulação unilateral de calendário pelo magistrado, visto que o negócio jurídico processual se resolve, hipótese na qual: ou juiz e as partes elaboram novo acordo ou prosseguem no feito sem calendarização (NOGUEIRA, 2016, p. 245).

Conforme dispõe o artigo 12 do CPC/2015, é necessário que se observe a ordem cronológica de ajuizamento das ações para que seja proferida a sentença. Neste caso, o juízo não poderia estipular calendário junto às partes indicando data para ser proferida a decisão. No entanto, o próprio dispositivo abre exceções, sendo uma delas a possibilidade de se proferir sentença em audiência. Neste caso, então, as partes e juiz deveriam marcar no calendário, audiência para este fim.

É relevante que se esclareça, ainda, que o artigo 357, § 8º do CPC 2015, que trata do agendamento da perícia, não deve ser confundido com a possibilidade de calendarização trazida no artigo 191 do mesmo diploma. Esta última hipótese se trata de negócio jurídico plurilateral, negociado pelos envolvidos, como calendário para perícia se trata de uma imposição unilateral do magistrado (CUNHA, 2015, p. 330-332).

O calendário processual tem natureza de negócio jurídico plurilateral, o qual vincula o juiz como pactuante. Entretanto, o juiz não resta vinculado apenas quando integrar a convenção processual. O juiz se vincula aos negócios jurídicos processuais unilaterais e bilaterais, típicos e atípicos, independentemente de homologação, salvo quando a própria lei exigir (p. ex. no caso da desistência, artigo 200, parágrafo único) ou quando as partes assim pactuarem.

Inclusive, Bruno Garcia Redondo (REDONDO, 2017, p. 13-137) afirma que diante de uma convenção processual anterior — celebrada entre as partes — e um ato de adequação judicial unilateral deverá prevalecer a primeira, submetendo-se, então o magistrado ao que foi estipulado.

Por fim, havendo descumprimento de suas cláusulas da convenção processual deverá o juiz ser provocado, não podendo agir de ofício (CUNHA, 2015, p. 328-329), na forma preconizada no Enunciado 252 do FPPC: “O descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento.”.

#### 12.4 CONCLUSÕES

Por todo o exposto, verifica-se que o Código de Processo Civil de 2015 afasta a natureza hiperpublicista — até então predominante no Direito Processual Civil brasileiro — para conferir, de forma regrada, a possibilidade de adequação do procedimento, pelas partes e pelo juiz, em um ambiente dialógico, voltado à concretização dos objetivos do processo. Nesse contexto, não se pode ignorar a mudança de papel que o novo diploma exige das partes na busca de uma maior efetividade do processo.

# Referências

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Convenções das partes sobre matéria processual**. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, p. 182-191, jan.-mar., 1984.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodvim, 2016.

CABRAL, Tricia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 241, p. 489-516, mar. 2015.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador. JusPodvim, 2017. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v 1.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao artigo 190. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMES, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. Salvador: JusPodvim, 2015. v. 1, Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento, p. 132-136.

DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Gênesis*. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 21, n. 21, p. 530-541, 2001.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Gestão de conflitos nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 4, p. 43-63, jul./dez. 2016.

LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, p. 161-170, 1976. Edição Comemorativa do Cinquentenário 1926-1976.

REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do Procedimento pelo Juiz**. Salvador: JusPodvim, 2017.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodvim, p. 242-249, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os Acordos de Procedimento no Processo Civil Brasileiro. *In*: CABRAL Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Fredie Didier Jr., (Coord. Geral), v. 1.

# *Da tutela provisória às técnicas de distribuição do ônus do tempo no processo*

*Gabriel Pereira Garcia  
Hector Cavalcanti Chamberlain  
Patrícia de Arruda Pereira  
Pedro Lenno Rovetta Nogueira*

## 13.1 INTRODUÇÃO

Durante muito tempo a doutrina debateu o tema das tutelas de urgência antecipatórias cautelares e as satisfativas. O CPC/1973 trazia o processo cautelar como um instituto processual autônomo, marcado pelo formalismo da técnica processual exagerada, o que, por vezes, prejudicava a devida tutela do direito material. Como ensina Carlos Alberto Alvaro (OLIVEIRA, 1997, p. 218), com o advento da Constituição de 1988, o valor efetividade passou a incorporar o ordenamento jurídico brasileiro. É certo que, para que haja um provimento judicial seguro, é necessário despende certo tempo na formação da cognição plena sobre o objeto do processo. No entanto, nem sempre a cognição exauriente é a técnica processual que melhor tutela direitos.

Consoante Marcelo Abelha (ABELHA, 2016, p. 16), para combater os males deletérios do tempo do processo que podem aniquilar o direito material devemos utilizar as técnicas antecipatórias com cognição sumária.

O CPC/2015 buscou sistematizar a tutela de urgência como gênero, que se divide nas espécies cautelar e satisfativa, para fomentar a efetividade do processo, distribuir o ônus do tempo no processo, de modo a evitar perda de tempo, oportunidades, expectativas e do próprio direito.

Como assevera Mitidiero (MITIDIERO, 2017, p. 69), a técnica antecipatória deve servir para adequar o processo às especificidades do direito material posto em juízo, a fim de satisfazer ou assegurar os interesses jurídicos ali colocados, sendo estruturada pela cognição sumária que enseja um provimento provisório proferido em momento anterior ao provimento final.

Para Bedaque (BEDAQUE, 2006, p. 300), a tutela cautelar e a antecipatória de caráter satisfativo não teriam autonomia relevante entre si, sob o fundamento de que ambas visam assegurar a efetividade da tutela definitiva. Com efeito, apesar das inegáveis semelhanças, entende-se que existe autonomia entre as tutelas provisórias de natureza cautelar e as de cunho satisfativo.

É verdade que ambas as tutelas são dotadas de sumariedade de cognição, revogabilidade e provisoriedade, podendo ser requeridas de forma antecedente ou incidentalmente ao processo. E mais, haverá sempre um toque ou grau de satisfação do direito nas tutelas antecipatórias de urgência, pois permitem atos de execução desde sua concessão.

Não obstante, deve-se fazer a distinção entre as duas. Estaremos diante de uma tutela de urgência de natureza antecipatória cautelar quando há o viés de assegurar ou conservar o resultado do possível provimento final e principal da demanda judicial; ou, então, diante de uma tutela de urgência de natureza satisfativa, quando, de fato, os efeitos do provimento final são antecipados.

A tutela de natureza cautelar tem o escopo de resguardar o resultado útil do provimento final, sem, contudo, adiantar seus efeitos, por isso a opção do legislador em não conferir estabilidade à tutela cautelar. Esta tem um viés de resguardo ao interesse público de que o processo seja efetivo em sua totalidade e não sobrevenha uma sentença ou decisão judicial inócua, com a devida preservação do *status quo*, para que viabilize uma futura execução ou conserve uma prova.

Já a tutela antecipada satisfativa tem como finalidade a eliminação da situação de perigo ou injustiça, de prevenção ou remoção do dano e do ilícito, com a antecipação dos efeitos da tutela final requerida na exordial. Há, aqui, um grau de “satisfatividade” bem mais elevado.

### 13.2 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE E TÉCNICA MONITÓRIA

Pode-se afirmar que a estabilização da tutela é técnica monitoria a um provimento jurisdicional que foi fruto da técnica antecipatória, ao passo que somente haverá estabilidade da tutela antecipada satisfativa, caso o réu fique inerte e não apresente recurso.

A técnica antecipatória é direito processual da parte para obtenção de um processo justo capaz de prestar tutela tempestiva e efetiva. Ela enseja o direito à antecipação da tutela em caráter de satisfação do direito vindicado de forma antecipada.

Conforme aduz Mitidiero (MITIDIERO, 2017, p. 73), é uma posição jurídica que deriva do direito material da parte de modo a integrar o direito de ação. Fundamenta-se no devido processo legal, justo e efetivo consagrado em nossa Constituição, colocada como técnica processual para prestação da tutela antecipada de cognição sumária. Da mesma forma, a técnica monitória é fundada em cognição sumária e destina-se à abreviação do procedimento para a produção de um resultado prático de forma mais célere e efetiva para o autor da demanda, em decorrência da inércia da parte ré.

Há diferença entre a técnica antecipatória e a monitória, aqui, conforme elucida Freddie Didier (DIDIER JR., 2015, p. 626), tem-se um microsistema monitório com a conjugação dos artigos 303 e 304, com os artigos 700 a 702, do CPC/2015. Há distribuição do ônus cognitivo mais aprofundado para a parte que irá se defender sobre o documento apresentado e as alegações da parte. Por opção do legislador, foram eleitas situações que podem ser objeto da técnica monitória visando a satisfação do direito material de forma mais célere. Aqui a cognição exauriente é eventual ou diferida, na medida em que somente teremos cognição exauriente caso o demandado em juízo apresente defesa idônea.

Nesse sentido, a estabilização é técnica monitória porque reúne todos os elementos inerentes a esta. Como bem explica Talamini (TALAMINI, 2012, p. 24), são eles: (i) cognição sumária para acelerar a produção de resultados práticos; (ii) força preclusiva intensa à inércia do réu, para que o direito pleiteado pelo autor se realize; (iii) transfere-se ao réu o ônus da propositura de um processo com cognição exauriente; (iv) não há coisa julgada material.

De outra banda, a estabilização como técnica monitória representa o reconhecimento da necessidade de existirem procedimentos distintos para situações jurídicas distintas. Sendo assim, tem-se a aplicação da técnica antecipatória para determinados casos e a monitória para outros, conforme a necessidade do caso. Assim, com o provimento oriundo de técnica antecipatória é concedida a possibilidade de realização imediata e definitiva de direitos devido à ausência de impugnação da parte contrária, gerando, pois, a estabilização prevista no artigo 304 do CPC/2015.

### 13.3 PRESSUPOSTOS DA ESTABILIZAÇÃO

Neste tópico, serão analisados alguns dos fatos jurídicos que devem compor o suporte fático suficiente à incidência da estabilização “provisória”, assim entendida a estabilização do artigo 304, *caput*, que, após a inércia da parte adversa, imediatamente recai sobre os efeitos fáticos da tutela antecipada, que ainda estará sujeita à revisão, reforma ou invalidação, na forma e prazo dos §§ 2º e 5º do artigo 304 do CPC.

Embora haja diversos pressupostos para a estabilização (ex.: requerimento expresso de estabilização),<sup>2</sup> o capítulo selecionou três pontos de foco, dada a relevância dos temas, a saber: (a) as espécies de tutela provisória sujeitas à estabilização e a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida incidentalmente; (b) o momento para aditamento da petição inicial que requer a tutela antecipada na forma antecedente; e (c) o meio de impugnação adequado para a estabilização.

O primeiro ponto de tensão aqui reside na seguinte pergunta: podem a tutela cautelar e/ou a tutela de evidência estabilizarem? E mais: poderia a tutela antecipada, requerida incidentalmente (e não de modo antecedente), estabilizar?

Pela leitura literal dos artigos 303 e 304 do CPC, chega-se à fácil conclusão de que o legislador vinculou o regime da estabilização ao procedimento autônomo e antecedente da tutela antecipada. Filia-se, contudo, à corrente que realiza uma interpretação mais restritiva, mas nem tanto literal, segundo a qual a tutela antecipada poderá estabilizar desde que requerida *incidentalmente logo na petição inicial*.<sup>3</sup> Lida-se aqui com a hipótese na qual a parte autora ajuíza uma ação pelo rito comum, formulando, logo na petição inicial, um pedido liminar de tutela antecipada. O motivo para tanto reside na isonomia. Não faria sentido dar tratamento diverso — e mais penoso, pois subtrairia o direito à estabilização — ao autor que dispõe de todos os elementos para propor uma demanda exauriente. Como alerta Marinoni, raciocínio diverso “estimularia o autor a fingir que não possui documentos e oportunidade para desenvolver adequadamente a causa de pedir da ação apenas para requerer a tutela na forma antecedente” (MARINONI, 2018, p. 235).

Já o aditamento do pedido somente precisa ser realizado após a eventual interposição do recurso respectivo, conforme defende Sica (2015, p. 85-102), bem como Zaneti Jr. e Reggiani (2018, p. 213-235). Concedida a tutela antecipada requerida na forma antecedente, afastar-se-á, antes do vencimento do prazo recursal, a aplicação do procedimento do § 1º do artigo 303 do CPC. Não obstante, deve-se trabalhar com a possibilidade de o aditamento da petição inicial ser feito por precaução, já que a parte autora não irá assumir o risco de ter o processo extinto e a tutela revogada, nos termos do artigo 303, § 2º, do CPC. Nesta circunstância, a decisão correta será a de aguardar o transcurso do prazo recursal para que, verificada a inércia do réu, o juiz extinga o processo e, desconsiderando o aditamento, declare a estabilidade dos efeitos fáticos produzidos pela antecipação da tutela satisfativa.

---

2 É controvertida na doutrina a necessidade de requerimento expresso de estabilização. Conferir em Alvim (2017, p. 214-215), Sica (2015, p. 85-102), Marinoni (p. 236), Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 606).

3 Defendendo tal posição expressamente conferir em Marinoni (2018, p. 235) e Câmara (2015, p. 166). De modo mais genérico, sustentando uma estabilização da tutela antecipada incidental sem especificar sob que condições, conferir ainda em Zaneti Jr., Reggiani (2018) e Greco (2014).

Finalmente, apesar de parte da doutrina entender que basta qualquer forma de impugnação do réu para impedir a estabilização (ZANETI JR., 2018, p. 213-235), defende-se uma interpretação literal da lei, ou seja, a de que apenas o recurso poderá cumprir tal finalidade, uma vez que, desta forma, a estabilização, que não é apenas um meio de obter a resolução voluntária e cooperativa dos conflitos, atue como um real e efetivo instrumento de inversão do ônus do tempo, atribuindo-o ao réu, a fim de prestigiar o direito urgente e provável do autor.

#### 13.4 O CONFRONTO ENTRE ESTABILIZAÇÃO E COISA JULGADA

O artigo 304, § 6º, do CPC estabelece que a decisão que concede a tutela antecipada não produzirá coisa julgada, mas a estabilidade dos seus efeitos só poderá ser afastada por decisão proferida em ação autônoma, ajuizada no prazo decadencial de dois anos, que vise discutir o direito material objeto da tutela antecipada estabilizada, a fim de revê-la, reformá-la ou invalidá-la.

A partir da simples leitura do dispositivo legal é possível extrair alguns questionamentos. Importa, neste tópico, o seguinte problema: se, esgotado o referido prazo sem o ajuizamento da ação, a estabilização produz os mesmos efeitos da coisa julgada. Ou seja, na prática, esta estabilidade “definitiva” ou “qualificada” (ANDRADE; NUNES, 2015) seria equivalente à imutabilidade da coisa julgada material?

Se, por um lado, é verdade que o legislador expressamente estabeleceu que a decisão antecipatória não faz coisa julgada, por outro, não estão claras as consequências práticas da impossibilidade de rever, reformar ou invalidar os efeitos da tutela antecipada estabilizada. Valendo-se de sistematização elaborada por Giovanni Bonato (2016, p. 65-128), é possível identificar três principais “perspectivas interpretativas” sobre a questão.

Uma primeira corrente doutrinária defende a inexistência de qualquer imutabilidade ou definitividade do mérito da decisão antecipatória estabilizada, estabilizando-se apenas os efeitos fáticos produzidos pela tutela antecipada.<sup>4</sup> Os institutos da estabilidade e da coisa julgada não se confundem, de maneira que, após o decurso do prazo de dois anos, continua sendo admitida eventual ação para rediscutir a relação jurídica material subjacente, observando-se os prazos do próprio direito substancial.

A segunda vertente interpretativa, antagônica à primeira, sustenta que a tutela antecipada antecedente estabilizada produz coisa julgada material ou, de qualquer maneira,

---

4 São defensores desta primeira corrente doutrinária: Marinoni (2018, p. 242, e outras), Zaneti Jr., Reggiani (2018, p. 213-235), Mitidiero, (2014) e Talamini (2012, p. 13-34).

um efeito equivalente.<sup>5</sup> O que implica reconhecer que eventual ação, proposta após o fim do prazo de dois anos, deverá ser julgada extinta, sem resolução do mérito, com fundamento na existência de coisa julgada.

O terceiro posicionamento doutrinário adjetiva a estabilidade de “qualificada” ou “definitiva” para identificar a estabilização após o decurso do prazo de dois anos sem ajuizamento da ação principal.<sup>6</sup> Para essa corrente, os efeitos fáticos e os resultados produzidos pela decisão antecipatória estabilizada não poderão ser modificados, mas a relação jurídica material subjacente e eventuais direitos conectados ou dependentes do que foi decidido poderão ser analisados e decididos, inclusive, em sentido contrário. Neste ponto, a estabilidade “definitiva” difere da coisa julgada pela ausência da sua função positiva.

Por fim, convém analisar, a partir de um exemplo prático, as consequências da adoção de uma ou outra perspectiva interpretativa. Partindo-se de caso em que é concedida e estabilizada a tutela antecipada antecedente para fornecimento de medicamento de uso contínuo, eventual ação ajuizada após o decurso do prazo de dois anos: 1) deverá ser julgada extinta, sem resolução do mérito, tendo em vista a existência de coisa julgada - segunda perspectiva; 2) reconhecer que não havia o dever de fornecimento do referido medicamento e, a partir deste momento, cancelar ou interromper a entrega — primeira perspectiva; ou 3) embora reconhecendo a inexistência do dever de fornecimento, não irá alterar ou paralisar o efeito concreto de fornecimento do medicamento — terceira perspectiva.

Sustenta-se, neste estudo, em conformidade com a primeira perspectiva interpretativa, que a estabilidade dos efeitos da tutela antecipada não é equivalente à imutabilidade e à indiscutibilidade próprias da coisa julgada material. Tal visão apresenta-se mais adequada aos objetivos do instituto, mormente nas situações em que a estabilização se apresenta como mecanismo de efetiva utilidade prática, pois permite que um procedimento abreviado, mediante cognição sumária, tenha aptidão para tornar estáveis os resultados fáticos decorrentes da tutela provisória concedida, desobrigando as partes de prosseguir no procedimento comum.

### 13.5 CONCLUSÃO

Nos artigos 303 e 304 do CPC, o legislador permitiu que o Judiciário, mediante juízo de cognição sumária, ofertasse uma tutela provisória satisfativa capaz de auferir estabilidade, ou seja, apta a conservar seus efeitos práticos e a extinguir o processo, desobrigando as partes

---

5 Compõem esta segunda vertente interpretativa: Abelha (2016, p. 15-61), Gajardoni (2018, p. 1845 e outras) e Greco (2014, p. 296-330).

6 São representantes dessa terceira corrente de pensamento: ANDRADE; NUNES, 2015; SICA (2015 p. 85-102), BONATO (2016, p. 65-128) e Alvim (2017, p. 239 e outras).

de percorrerem o procedimento comum para aguardar um provimento judicial definitivo - muitas vezes, sequer desejado.

O CPC conjugou a conhecida técnica de antecipação da tutela, norteadas pelo ideal de *efetividade* (satisfação do jurisdicionado), com a técnica da estabilização, fundada no valor da *eficiência* (adoção do procedimento adequado com menor tempo e custo possíveis).

O legislador deu mais um passo na desconstrução da ideia de que um procedimento padrão, construído para assegurar uma cognição plena e exauriente, seria capaz de tutelar adequadamente toda a diversa e complexa gama de direitos garantidos na legislação substancial.

Pôde-se detectar, a partir da pesquisa, que a estabilização visa à resolução pragmática de litígios pelo método da abreviação do procedimento. É uma técnica especialmente voltada para quando as partes estão satisfeitas com o resultado advindo da antecipação da tutela, não possuindo interesse na modificação do estado de coisas produzido ou na obtenção de uma solução plena e exauriente da relação jurídica material. Pela antiga sistemática do CPC/73, as partes, após a concessão da tutela antecipada, mesmo que não tivessem tanto interesse na continuidade do processo, teriam de seguir nele.

O CPC/15 quebrou tal dinâmica ao *valorizar e direcionar o poder da inércia*, forte na ideia de que “devemos estimular escolhas procedimentais inteligentes que nos permitam obter os resultados mais efetivos sem necessariamente reduzir a liberdade das partes”, conforme aduzem Hermes Zaneti Jr. e Gustavo Reggiani (2018, p. 213-235).

Verificou-se, ainda, que a estabilização trazida pelo CPC funciona não apenas como uma forma de garantir uma resolução voluntária e cooperativa entre as partes, tal como a concebia Ada Pellegrini Grinover (2005, p. 11-37), mas também como uma técnica de inversão do ônus do tempo, à medida que transfere para a parte ré o pesado encargo de recorrer da decisão antecipatória.

Para encerrar, averiguou-se que, a despeito das desconfiças que possam ter surgido no início, a estabilização, no cumprimento dos papéis acima identificados (estímulo de escolhas procedimentais eficientes e inversão do ônus do tempo), e desde que bem utilizada, pode vir a ser útil para garantir uma tutela adequada, tempestiva e efetiva e, ao mesmo tempo, contribuir para a redução do número de processos acumulados no Judiciário brasileiro.

# Referências

ABELHA, Marcelo. Tutela provisória no NCPC. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 18, n. 97, p. 15-61, maio-jun. 2016.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada. *In*: DIDIER JR., Fredie (Coord. *et al.*). **Novo CPC doutrina selecionada**: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 4, p. 69-101.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória: considerações gerais. *In*: **O Novo Código de Processo Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015.

BONATO, Giovanni. Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo C.P.C. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 4, ano 2, p. 65-128, jul.-dez. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR., Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 2.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC/2015. (Parte geral). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos *et al.* Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 2, jul.-dez., 2016.

GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 14, p. 296-330, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 121, p. 11-37, mar. 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 2. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela**: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil. **Revista Magister**, ano 11, n. 63, nov.-dez 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência. **Revista Aju-  
ris**, Porto Alegre, v. 70, ano 24, jul. 1997,

PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 55, p. 85-102, jan.-mar. 2015.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**: processo cautelar (tutela de urgência). 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto do Novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. **Revista de processo**, São Paulo, v. 209, p. 13-34, jul. 2012.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, p. 13-59, abr. 2012.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

YARSHELL, Flávio. A tutela provisória (cautelar e antecipada) no novo CPC: grandes mudanças? (IX). Disponível em: <http://ycadvogados.com.br/processo-civil/a-tutela-provisoria-cautelar-e-antecipada-no-novo-cpc-grandes-mudancas-ix/>. Acesso em: 01. dez. 2018.

ZANETI JR., Hermes; REGGIANI, Gustavo Mattedi. Estabilização da tutela antecipada antecedente e incidental: sugestões pragmáticas para respeitar a ideologia de efetividade do CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 284, p. 213-235, out. 2018.

# *Da jurisprudência dominante persuasiva aos precedentes normativos formalmente vinculantes*

*José Angel Cornielles  
Nauani Schades Benevides  
Ricardo Chamon Ribeiro II*

## 14.1 INTRODUÇÃO

Seguindo a tendência global de convergência entre perspectivas de *civil law* e *common law*,<sup>1</sup> ao longo dos anos foram implementados fragmentos de vinculação no ordenamento jurídico brasileiro, de que são exemplos a alteração do artigo 557 do CPC/1973, que permitiu ao relator negar monocraticamente seguimento a recurso contrário ao entendimento já consolidado, as súmulas vinculantes (art. 103-A, CF/88), a repercussão geral (art. 102, § 3º, CF/88) e a previsão de efeito vinculante *erga omnes* nas decisões do Supremo Tribunal Federal - STF no controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º, CF/88; art. 10, § 3º, lei n. 9.882/99). Tais institutos, contudo, foram incorporados “à brasileira”, sem o acompanhamento de uma teoria dos precedentes, pelo que, na prática, não passaram de provimentos judiciais vinculantes e não precedentes judiciais (RAMIRES, 2010, p. 31).

O Código de Processo Civil de 2015 — CPC, a partir da instituição do núcleo dogmático do modelo de precedentes brasileiro (artigos 489, § 1º, V e VI, 926 e 927) possui vocação

---

1 Conferir em Zaneti Jr. (2015).

para corrigir tais impropriedades e cabe à comunidade jurídica brasileira utilizá-lo como instrumento para a superação de velhos paradigmas e para a resolução de graves problemas que acometem o Judiciário, como a jurisprudência lotérica e *self-service* e o solipsismo dos magistrados ainda reticentes em excluir o “livre” da formação do convencimento judicial<sup>2</sup>.

É preciso ter em mente, todavia, que o modelo forjado pelo CPC é mais ligado à teoria da decisão judicial do que meramente à uniformização de jurisprudência (ZANETI JR., 2014, p. 340-341), pelo que é necessário rigor, tanto na formação como na aplicação dos precedentes, para que não se crie um falso mito de que as decisões proferidas através de tais metodologias (art. 927 do CPC) sejam, *per se*, adequadas e por isso deveriam ser seguidas mecanicamente, o que além de não ser verdade, pode transtornar a tutela justa de direitos (por exemplo, se ponderada a utilização ilegítima dos artigos 332 e 1.030, I do CPC).

Além de preencher os requisitos formais, a imbricação entre os institutos listados no artigo 927 e os precedentes deve alcançar a matiz material. A vinculação obrigatória reclama um ônus argumentativo proficiente, pelo que é fundamental a importação adaptada e consciente de uma série de elementos da teoria desenvolvida pela tradição de *common law*.

## 14.2 APROXIMAÇÃO ENTRE O COMMON LAW E O CIVIL LAW. PRECEDENTES COMO FONTE DO DIREITO

O movimento de constitucionalização trouxe a necessidade de se estabelecer um modelo de processo que se funda na dignidade da pessoa humana (MITIERO, 2015, p. 64), que busca equilíbrio entre as normas constitucionais e os direitos fundamentais, entre os valores liberais e os sociais, entre direitos individuais e os coletivos. A separação entre o direito processual e o direito constitucional não existe mais, pois todas as normas processuais devem ser interpretadas à luz das normas constitucionais (art. 1º do CPC/2015).

O direito deixa de ser algo totalmente determinado em um momento prévio à interpretação, para assumir uma *dupla indeterminação* (texto equívoco e norma vaga), sendo imprescindível a interpretação, o que provocou um diálogo entre *civil law* e *common law* na “interpenetração das tradições” (MITIDIERO, 2017). A teoria da interpretação ganhou novos contornos, especialmente diante da concepção de que a norma jurídica é o resultado da interpretação e não seu objeto (MARINONI, 2017, p. 53) devendo, sobretudo, ocorrer de forma racional, que ocorre quando “a atividade do intérprete é justificada e o seu resultado é

---

2 A redação do anacrônico artigo 131 do CPC/1973 cedeu à nova semântica do artigo 371 do CPC/2015, excluindo justamente a “liberdade” do juiz na apreciação da prova, fomentando a formação de decisões mais legítimas.

coerente e universalizável” (MITIDIERO, 2017, p. 61), viabilizando, assim, o controle inter-subjetivo das razões invocadas no momento da interpretação (2017, p. 61). Vale dizer, o legislador outorga textos e não normas. As normas são resultado de uma adscrição de sentidos por seus destinatários e, por isso:

[...] é enorme, portanto, a diferença entre a interpretação jurídica no Estado Legislativo e no Estado Constitucional — basta perceber que se pressupunha no primeiro uma unidade entre texto e norma, pressupondo-se que o legislador outorgava não só o texto, mas também a norma, sendo função da jurisdição tão somente declarar a norma preexistente para a solução do caso concreto (MITIDIERO, 2012, p. 85-89).

O novo paradigma contesta o modelo liberal de processo que tinha na figura do juiz um mero aplicador do direito (“boca-da-lei”), que erigia o estrito respeito à lei como sinônimo de segurança jurídica, limitando-se a aplicar a legislação (ZANETI JR., 2017), independente da realidade circundante. A função do juiz do *civil law* contemporâneo suplanta a mera declaração da vontade da lei e até mesmo a ideia conformação do processo ao direito material pré-existente, cabendo-lhe conformá-lo à Constituição Federal (MARINONI, 2017, p. 149). Esse entendimento fomentou a vinculação aos precedentes.

A vinculação é *de iure*, pelo que não há como negar que os precedentes são fonte formal e primária do direito. Antes do CPC/2015, como se disse, as reformas implementadas até atribuíram vinculatividade a alguns provimentos, mas em relação à “jurisprudência”, o grau era fraco. Admitia-se a invocação de outros julgados exclusivamente para persuadir o julgador do caso-atual, não porque houvesse alguma obrigatoriedade em segui-los, mas por conta da bondade de suas razões. Não havia um escalonamento vinculativo ou *standards* normativos que impusessem o seguimento aos precedentes. Os precedentes, por isso, reduziam-se a “fontes secundárias e a prática judicial lhes emprestava o caráter de argumentos de reforço, muitas vezes relevantes, mas não vinculantes em relação às decisões dos casos-atuais” (ZANETI JR., 2017, p. 380-390). O CPC/2015 trouxe expressamente a obrigatoriedade aos precedentes que, com isso, foram elevados à categoria de fonte formal e primária do direito. Bustamante explica que:

Na percepção dominante entre os teóricos do direito e os comparatistas, vigora uma curiosa *either-or assumption* em relação ao precedente judicial, a qual pode ser formulada nos seguintes termos: ou o precedente é uma fonte do direito, e portanto ele é invariavelmente vinculante ou obrigatório, ou então ele não é reconhecido como uma fonte do direito, e por conseguinte é nada mais do que um elemento persuasivo ou um argumento extra ou adicional que pode ser utilizado pelo juiz na fundamentação de sua sentença (BUSTAMANTE, 2016, p. 278).

Foi superada a era da “jurisprudência”, que a relegava a fonte secundária. “Precedentes judiciais não se confundem com direito jurisprudencial entendido como repetição de decisões reiteradas, por mais que esse direito possa ser considerado influente ou persuasivo de fato” (ZANETI JR., 2017, p. 328). Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro não ter importado um modelo de vinculação aos precedentes judiciais que abrangesse de forma geral as decisões dos tribunais superiores tal qual se verifica no *common law*, a sistemática de pronunciamentos judiciais vinculantes elencados no artigo 927 do CPC/15 deve obedecer à dinâmica da teoria dos precedentes desenvolvida para lidar com a *stare decisis*.<sup>3</sup> Essa conclusão decorre não só do termo “precedentes” escolhido pelo legislador para se referir aos provimentos vinculantes, mas também da existência de alguns dispositivos legais do código, como os incisos V e VI do artigo 489, § 1º do CPC/15, que trazem conceitos como “fundamentos determinantes”, “distinção” e “superação do entendimento”, que remetem, respectivamente, à *ratio decidendi* (e por via de consequência, ao *obiter dictum*), ao *distinguishing* e ao *overruling*, elementos típicos do *common law*.

Tendo isso em vista, não é adequado encarar precedentes como mecanismos meramente processuais vocacionados para a celeridade e decisão de demandas em massa, sendo imprescindível pensá-los como integrantes de uma teoria dos precedentes, cujo objetivo principal é a racionalidade e a universabilidade das decisões (ZANETI JR., 2015, p. 1.430), que visa à correção de algumas consequências da fragilização não virtuosa do *civil law*,<sup>4</sup> como o ativismo e o subjetivismo judicial instaurados no país, no qual “uma elite judicial cria seus próprios códigos e procedimentos ao arrepio do direito legislado” (ZANETI JR., 2017, p. 99).

---

3 A *doctrine of stare decisis*, ou seja, a eficácia vinculante dos precedentes, não é sinônimo de *common law* e nem com ele se confunde. Enquanto este último se relaciona com direito consuetudinário que regia o comportamento dos *Englishmen*, a regra do *stare decisis* é, na realidade, um mecanismo relativamente recente que surgiu para garantir segurança às relações jurídicas no âmbito do *common law*. Conferir em Marinoni (2016, p. 31-33).

4 O professor Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 66-106) trabalha o histórico da evolução dos paradigmas de aplicação do direito até localizar o atual estágio do ordenamento jurídico brasileiro num modelo centrado na Constituição que fragilizou o sistema fechado e codificado anteriormente vigente. O professor aponta dois tipos de fragilização: a virtuosa e a não-virtuosa. A virtuosa é a abertura do direito para ser interpretado à luz de princípios constitucionais de modo a coibir as lacunas hermenêuticas. Essa fragilização concede ao magistrado o papel de densificar os princípios e cláusulas abertas, o que é positivo (virtuoso) pois permite que o direito acompanhe a realidade prática, sempre em respeito às garantias constitucionais. Já a fragilização não-virtuosa é a relativização completa do ordenamento jurídico que advém de um excesso de crítica ao positivismo e da inflação legislativa, o que gera ausência de parâmetro legal (ou seu descrédito) para as decisões judiciais, e consequentemente leva a que os magistrados decidam conforme o seu arbítrio desconsiderando a legislação vigente, o chamado subjetivismo judicial.

Nesse sentido, o modelo de vinculação formal de precedentes do CPC/15 se baseia no respeito obrigatório à norma construída a partir das decisões que configurem as hipóteses do artigo 927 do CPC/15, sob pena de reforma da decisão desrespeitosa via recurso ou, em certos casos, via reclamação direta ao tribunal que emanou o precedente (art. 988, III e IV c/c artigo 927, I, II e III, CPC/15). Estes últimos são classificados doutrinariamente como precedentes normativos formalmente vinculantes fortes e os primeiros, cuja impugnação se dá por via recursal ordinária, como precedentes normativos formalmente vinculantes (ZANETI JR., 2017, p. 325-326).

#### 14.3 DA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES FORMALMENTE VINCULANTES

Depois de criado o precedente, os juízes e tribunais deverão analisar se há identificação do caso-atual com o caso-precedente. Se houver, deverão obrigatoriamente aplicar o precedente, independentemente de concordar com suas razões. Por outro lado, caso seja identificada hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, que imponha solução jurídica diversa, deverão fazer a distinção e refutar o precedente. Aumenta-se o ônus argumentativo do magistrado, que deverá apontar fundamentadamente (incisos V e VI do artigo 489, § 1.º do CPC/15) os pontos de convergência/divergência.

Contra um temido engessamento do direito em razão da vinculação, o sistema prevê meios de promover a superação ou modificação do precedente (§ 4.º, art. 927, CPC/15), que se dá pelo tribunal que o tenha criado ou por um de hierarquia superior, o que possibilita que os precedentes acompanhem as mudanças culturais, equilibrando dinamicidade e estabilidade ao direito.

É importante ter em mente que o modelo brasileiro de precedentes não legitima a enunciação de norma geral e abstrata, como já visto no passado com as súmulas e os assentos portugueses. A norma-precedente é concreta e geral: concreta porque em seu antecedente normativo há um fato já ocorrido (o fato jurídico do caso precedente), e geral porque no seu consequente normativo há o estabelecimento de uma relação jurídica imposta a um número indeterminado de sujeitos. Nesse sentido, a norma do precedente jamais pode se desprender dos fatos materiais que lhe deram causa, sob pena de se autonomizarem e se tornar inviável a distinção e a superação em relação aos casos que lhe sobrevierem.

Lidar com precedentes, portanto, é muito mais complexo do que a simples invocação de jurisprudência, porque pressupõe conhecer conceitos e técnicas específicas, sendo fundamental, ainda, a compreensão da ideia de *ratio decidendi/holding*, em português comumente traduzido como “razões para decidir”, “motivos determinantes” ou “fundamentos determinantes” da decisão, que constituem sua parcela efetivamente vinculante (BANKOWSKI; MACCORMICK; MARSHALL, 1997, p. 336) porque somente a partir dela que se possibilita a identificação ou distinção. Dessa forma, os juízes e tribunais se vinculam à *ratio decidendi* dos provimentos previstos nos incisos I a V e não às teses neles enunciadas.

#### 14.4 A FUNÇÃO DAS CORTES SUPREMAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

As cortes supremas são órgãos colegiados que se situam no ápice da organização judicial dos Estados e que, mediante procedimento complexo (BARBOSA, 1994, p. 8), têm a função de outorgar a unidade ao sistema legal através da interpretação do direito, ou seja, definindo seu sentido, conforme as necessidades da sociedade. Esta atividade é exercida no contexto de processos e resulta de normas contidas em decisões emitidas com pretensão de servir para a solução de casos futuros apresentados em qualquer instância judicial ou administrativa. Uma Corte de precedentes define a interpretação que deve regular os casos futuros e não como uma Corte de correção das decisões dos tribunais ordinários (MARINONI, 2015, p. 75).

Com efeito, a função típica dos tribunais supremos é garantir o respeito uniforme das leis, através de decisões que podem ser universalizadas e projetadas para o futuro (ARUFFO, 2007, p. 98). Tais cortes têm a tarefa de dar coerência ao sistema legal e suas decisões adquirem uma dimensão particular, já que são responsáveis por dar uma leitura final sobre o alcance da Constituição e da legislação. Nesse sentido, acumulam a função de orientar o sistema e as instituições que compõem o ordenamento, tornando o sistema consistente (OTEIZA, 2011, p. 341-348).<sup>5</sup> Por isso, afirma-se que a função das Cortes Supremas migrou e está migrando gradativamente em todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos de cortes de controle preocupadas com a exata e “correta” aplicação da legislação, para cortes de interpretação, preocupada com a “uniformização do direito” (ZANETI JR., 2015, p. 3). Como um derivado dessa função - juridicamente relevante ou de casos importantes —, os tribunais supremos recebem o conhecimento de casos moralmente carregados e casos políticos, ou seja, questões ou controvérsias que surgem entre as autoridades superiores de todos os poderes públicos; são casos politicamente relevantes devido ao seu impacto imediato no funcionamento do Estado. É por isso que é afirmado que os tribunais constitucionais podem desempenhar várias funções no processo de tomada de decisões (WERNECK, p. 260-278, 2017).

Essas premissas geram imediatamente várias questões. Assim, para começar a responder às mais importantes, é necessário dividir o cenário em que esses tribunais supremos desenvolvem suas atividades, em princípio, o relativo à integração e o modo de funcionamento dos tribunais supremos, isto é, o procedimento utilizado para emitir suas decisões é decisivo para a formação de precedentes (MARINONI, 2017, p. 2). Isto orienta a discussão em cinco aspectos e cada um dos quais, gera diferentes questões: i) A forma de entrada no cargo dos juízes

---

5 Conferir também Didier (2015, p. 114-132).

que constituem esses órgãos colegiados;<sup>6</sup> ii) O número de juízes, a organização interna e a distribuição de tarefas. A existência de órgãos dentro do colegiado com funções de decisão não necessariamente levadas ao colegiado; iii) A fase de acesso ao tribunal o de critérios de seleção de casos (GIANNINI, 2016); iv) A fase de audiência pública para ouvir as partes e *amici curiae* (contraditório como direito de debate e influência, artigos 9º, 10, 489, § 1º, inciso IV; 138; 937); v) A fase de deliberação, votação e decisão; a deliberação está implícita em todos os colegiados e pode ser pública ou privada, oral, escrita ou mista, que se relaciona com a legitimidade do órgão e a qualidade da sentença (a fundamentação da sentença como forma de controle endo-processual e extraprocessual); a votação, quórum, maioria e unanimidade e se são permitidos ou não os votos divergentes ou concorrentes (SILVA, 2017, p. 209-240); vi) A fase fundamentação da decisão (acórdão, artigo 204 CPC/15), para comunicar a solução proposta; em este ponto e relevante o mecanismo pelo qual essa decisão é comumente expressa: a relação entre deliberação, decisão, votação e *ratio decidendi-seriatim* ou *per curiam* (MENDES, 2013, p. 26) regra de maioria v. unanimidade (489, § 1º e 927 CPC/15); quem (e quando) tem a tarefa da redação da sentença (acórdão). Por fim, o efeito das decisões ditadas pelos tribunais supremos.

#### 14.5 CONCLUSÃO

O CPC/2015 trouxe grande inovação com o estabelecimento de uma série de provimentos jurisdicionais aptos a formarem precedentes judiciais formalmente vinculantes, bem como a previsão de elementos e técnicas que viabilizam a sua adequada utilização. Dessa forma, os operadores do direito brasileiro devem se capacitar para fazer o uso correto dos precedentes e não repetir a antiga fórmula de enunciação de teses abstratas e da utilização de julgados desassociados de suas circunstâncias fáticas.

Nesse novo cenário, entre as muitas adaptações que devem ser empreendidas para viabilizar o funcionamento do modelo de precedentes, é fundamental repensar a função dos tribunais superiores, de modo a estruturá-los a estarem aptos a desenvolver a nova função de criação do direito e que a interpretação do artigo 927 do CPC/15 seja feita à luz do conceito de *ratio decidendi*, previsto no inciso V do parágrafo 1º do artigo 489, concluindo pela vinculação de juízes e tribunais às normas criadas a partir das decisões que constituem hipóteses do rol previsto nos incisos I a V daquele dispositivo legal e não às teses abstratas lá enunciadas.

---

6 O ideal é que os membros das cortes supremas representem, na medida do possível, o pluralismo dos vários estratos que compõem a sociedade civil em geral e a comunidade jurídica em particular, para que suas decisões sejam debatidas, maduras, pesadas e independentes, em um ambiente que privilegia o confronto de diferentes visões do mundo. Cfonferir em Mitiero (2015, p. 65).

# Referências

BARBOSA, José Carlos. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 75, p. 7-25, 1994.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial. Precedentes. Fredie Didier Jr. *et al.* (coords.). Coleção Grandes Temas do CPC, Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.

BANKOWSKI, Zenon; MacCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. *In*: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Neil (coords.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Ashgate/Dartmouth: Aldershot, 1997.

DIDIER, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 18, n. 36, pp. 114-132, 2015.

GIANNINI, Leandro. **El Certiorari, la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas**. La Plata: Librería Platense, 2016. Tomo 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedente, decisão majoritária e pluralidade de fundamentos: um sério problema no direito estadunidense. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 5, 2017, p. 83-106, jan-jun. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Cultura e previsibilidade do direito. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 239/2015, p. 431-450. Jan/2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Cultura, unidad del derecho y cortes supremas**. Lima: Raguél, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES Hübner, Conrado. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford University, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. Thomson Reuters. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015b.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *In*: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords.). **Processo Civil. Estudos em homenagem ao professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012.

OTEIZA, Eduardo. La función de las Cortes Supremas en América Latina. Historia, paradigmas, modelos, contradicciones y perspectivas. **Revista Peruana de Derecho Procesal**, p. 341-398, 2011. Tomo 14.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Virgílio Alfonso da. Do we deliberate? if so, how? **European Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, p. 209-240, 2017.

TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. **Revista Jurídica Precedente**, Cali (Colombia), p. 86-99, 2007. Anuario jurídico 2007.

WERNECK Arguelhes Diego; MOLHANO Ribeiro Leandro. Courts as the first and only legislative chambers? The Brazilian Supreme Court and the legalization of same-sex marriage. *In: **Verfassung und Recht in Übersee (VRÜ)**: law and politics in Africa, Asia and Latin America*, 2017. p. 260-278,

ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 235, p. 293-349, set. 2014.

ZANETI JR., Hermes. Comentários ao artigo 926 e 927. *In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil***. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

# *Do modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes*

*Gabriel Sardenberg Cunha*

*Nádia Ceccon Libardi*

*Pedro Machado Tavares*

## 15.1 INTRODUÇÃO

Trata-se de artigo jurídico que trata sobre a evolução brasileira dos precedentes judiciais, mais precisamente, da jurisprudência persuasiva ao o que hoje se denomina de modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes, instituído pela Lei n. 13.105/2015, mais conhecida como Código de Processo Civil de 2015.

No desenvolvimento do trabalho, referente aos capítulos dois, três e quatro deste resumo expandido, foram definidas algumas premissas básicas referentes ao tema, mas precisamente sobre a concepção do precedente, com as suas implicações de ordem material e formal, além da racionalidade do precedente e uma breve exposição do modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes consignado com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

Com efeito, inicia-se, logo abaixo, com a definição do precedente, o que, diga-se por oportuno, é tarefa imprescindível para o desenvolvimento do trabalho, tendo em vista a necessidade da adoção de um referencial teórico (corte metodológico) como premissa base para o avanço de um dos temas mais importantes e caros da atualidade, qual seja, precedente.

## 15.2 A CONCEPÇÃO DO PRECEDENTE

### 15.2.1 Definição material e formal do precedente

Precedente invariavelmente nos remete à ideia de algo que ocorreu no passado. Para o Direito, precedente, em sentido amplo, significa decisão judicial paradigma. Varia, porém, a definição (= corte metodológico) do conceito de precedente de acordo com a doutrina, pois, embora os autores convirjam quanto a tratar-se de algo que está incluso em uma decisão judicial paradigma, não há unanimidade em relação, *v.g.*, aos seus efeitos; órgãos dos quais pode emanar e elementos normativos, conforme se observa, por exemplo, nas definições distintas ofertadas pelos mais diversos autores brasileiros (DIDIER JR., 2016, p. 455-457; (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 640-647; OLIVEIRA JR., 2016, p. 566-579).

Tendo em vista a necessidade da adoção de um referencial teórico, parece-nos que a definição que melhor representa o fenômeno jurídico do precedente é aquela oferecida por Hermes Zaneti Jr. (ZANETI JR., 2017, p. 328-335), segundo o qual trata-se o precedente de norma jurídica primária e vinculante, possuindo, pois, em razão de sua própria natureza, força normativa, além de vinculação horizontal e vertical. Segundo o autor, o precedente pode ser emanado de um órgão responsável por conferir unidade ao Direito em determinada escala hierárquica funcional (não necessariamente tribunais superiores), ou estar arrolado pelo próprio texto de lei. O primeiro caso seria classificado como precedente normativo vinculante, já o segundo, como precedente normativo formalmente vinculante.

### 15.2.2 Dos requisitos materiais para a formação do precedente

Ainda que se trate de uma decisão judicial proferida com pretensão de universalidade por órgão responsável em dar unidade ao Direito, ou mesmo outra decisão que se amolde a algum dos provimentos judiciais considerados vinculantes por força da lei, há a necessidade de observância a alguns requisitos de ordem material para a formação do precedente, quais sejam, a interpretação operativa e a formação de maioria quanto aos fundamentos determinantes.

A interpretação operativa parte da premissa de que o precedente é oriundo da densificação de normas jurídicas incidentes sobre o caso, tendo em vista a existência de muitos textos legislativos de tessitura aberta (*v.g.*, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, princípios com força normativa) e a possibilidade de controle de constitucionalidade difuso por qualquer órgão judicial. Assim, há necessidade de que a solução jurídica adotada pelo órgão julgador parta do texto (do sistema de direito positivo) mas que a ele sempre devolva algo; que sempre acrescente algo de novo (reconstrução

do Direito). Apenas nesse caso há interpretação operativa e, conseqüentemente possibilita-se ser formado um precedente (MADUREIRA, 2017, p. 168-172; ZANETI JR.; PEREIRA, 2016, p. 380). A interpretação deve ser também realista (texto de lei não se confunde com norma); moderada (a solução deve ser buscada primeiramente no catálogo de fontes normativas previstas) e responsável (os fundamentos deverão ser replicados em casos futuros análogos).

Os fundamentos determinantes compõem a *ratio decidendi*, isto é, os elementos que realmente vinculam no precedente (ou melhor, o próprio precedente *em sentido estrito* — precedente como *norma* e não decisão paradigma; como *texto*). É ela formada pelos fatos relevantes e pelas razões de direito adotadas pelo órgão julgador para a solução jurídica dada. Não há necessidade de unanimidade, mas, se não houver formação de maioria quanto a esses fundamentos determinantes, não há possibilidade de formação do precedente e, conseqüentemente, a sua aplicabilidade futura se tornaria impossível, já que é imprescindível a convergência da maioria dos membros do tribunal para que os juízes posteriores tenham como aplicar o precedente, isto é, para que saibam em quais fatos se aplicam e quais são os fundamentos para a solução adotada (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 655-656).

### **15.2.3 Precedente, jurisprudência, súmula e teses fixadas em procedimentos de formação de precedentes – diferenças e aproximações**

Como visto, o conceito de precedente varia conforme a definição especulativa elegida pelo autor para sistematizar o fenômeno. De igual modo, isso também ocorre com o conceito de *jurisprudência*, existindo, por exemplo, quem considere a jurisprudência sempre persuasiva (ZANETI JR., 2017, p. 331-335) e quem entenda que essa categoria possa ser vinculante em determinadas hipóteses (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 644).

Já as súmulas e as teses fixadas em procedimentos de formação de precedentes (casos repetitivos, assunção de competência, recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida etc.) são enunciados prescritivos, tal como é o texto de lei, e têm a função de facilitar a aplicação da norma jurídica oriunda dos precedentes nos casos posteriores submetidos à apreciação jurisdicional (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 500-504). Porém, não se confundem com os precedentes, mas deles decorrem (de julgamentos de casos representativos de controvérsias) e somente podem ser adequadamente interpretadas e aplicadas a partir da análise compreensiva das circunstâncias fáticas e elementos jurídicos (*ratio decidendi*) que orbitam os precedentes dos quais foram originadas, já que devem necessariamente ser produtos de casos concretos julgados por decisões paradigmas capazes de formar precedentes aos casos futuros análogos.

### 15.3 A OBRIGATORIEDADE RACIONAL DO PRECEDENTE

A definição de precedente proposta pelo trabalho parte da premissa de ser ele instrumento para guarda de racionalidade, já que uma vez proferido em pretensão de universalidade somada à interpretação operativa e a maioria do colegiado quanto aos fundamentos determinantes, serve para conferir unidade ao Direito. Por essa razão o precedente em sua concepção material erige modelo de obrigatoriedade racional que independe de prescrição normativa (ZANETTI JR., 2017, p. 351-352). Esse consectário da definição de precedente, contudo, acompanha todo o percurso teórico do amadurecimento da teoria da argumentação/interpretação jurídica.

#### 15.3.1 Precedente e teoria da argumentação/interpretação

O precedente é fenômeno de justificação racional e, quando absorvido pelo Direito, passa propriamente a integrar o fenômeno maior da argumentação jurídica. Daí a correlação imediata do precedente com as propostas teóricas que historicamente ditaram e ditam a compreensão deste último fenômeno. Duas delas se sobressaem e a passagem de uma parada outra permite melhor sistematizar o precedente no contemporâneo Estado Constitucional. Importa aqui, é claro, a passagem da crença da determinação do Direito para a dupla indeterminação do Direito (MITIDIERO, 2017, p. 53).

Essa girada de paradigma serviu principalmente para reafirmar a indeterminação da linguagem em que vazado os ordenamentos jurídicos e, conseqüentemente, a (dupla) indeterminação do próprio Direito (GUASTINI, 2011, p. 39-56). A conclusão inarredável dessa última constatação foi a falência do modelo estritamente legalista; de suas premissas iluministas e anacrônicas (SILVA, 1997, p. 207) e a percepção quanto a uma relação de não equivalência entre texto/dispositivo/enunciado prescritivo e a norma jurídica em sua completude deôntica (ÁVILA, 2018, p. 50).

#### 15.3.2 Distinção teórica entre texto e norma

Percebida então a indeterminação da linguagem e, pois, a indeterminação do próprio Direito, conclui-se pela inexistência de equivalência entre o texto e as normas jurídicas em si. Passou-se então a perceber o texto como um ponto de partida; a matéria bruta a partir do que o intérprete construiria a norma (ÁVILA, 2018, p. 44). Em verdade, essa a atividade interpretativa seria tanto uma atividade quanto um resultado: *atividade*, porquanto volta-se a adscrever significado aos textos e *resultado*, uma vez que dela resultarão normas jurídicas. A norma jurídica não mais então é vista como objeto de interpretação, mas o seu resultado (TARELLO, 1980, p. 39-63).

Com isso, a interpretação ganha nova tônica na vida do Direito. Não mais se aplica “a lei” ou a “literalidade da lei”, mas apenas a *interpretação da lei*. O Direito, em suma, é agora visto como a *interpretação do direito* (MITIDIERO, 2017, p. 57).

E se então existem instituições cuja atribuição funcional é interpretar e aplicar o Direito; dizer quais são as normas que se constroem dos textos, como é o caso do poder judiciário, nada mais coerente que sejam justamente estes órgãos os responsáveis por, ultimamente, (re)afirmar a unidade do ordenamento. Para além: se existem instituições responsáveis por conferir unidade ao Direito, porquanto decidem em pretensão de universalidade, nada mais coerente que sirvam os próprios enunciados proferidos com essa pretensão também como objeto de interpretação capaz de engendrar norma jurídica (geral e concreta) estendível a casos futuros análogos.

### 15.3.3 Obrigatoriedade racional e formal

É a partir dessas premissas que se conclui pela vinculatividade imanente ao precedente como pensando segundo as características delineadas para sua definição. O precedente, de fato, passa a ser vinculante pelo próprio fato de ser precedente; pelo fato de ser ele texto dotado de autoridade que (re)constrói o catálogo de enunciados prescritivos do ordenamento e que servirá para a construção de nova norma jurídica. São ele e sua respectiva eficácia vinculante consequências naturais do compartilhamento de funções entre o Legislativo (criar) e o Judiciário (interpretar, ou seja, reconstruir) do Estado Constitucional (ZANETI JR., 2017, p. 402) e também fruto das perplexidades oriundas da constatação da diferença entre texto e norma e da nova tônica dada à interpretação do direito (MITIDIERO, 2017, p. 74).

Por isso é uma redundância erigir-se um modelo formal (*de iure*) de precedentes vinculantes: o precedente material engendra modelo de obrigatoriedade racional. Mesmo assim, a redundância de um modelo formal é deveras útil e benéfica. Se construído com propriedade, serve de potente fomentador de cultura; adquire verdadeira função educadora (ZANETI JR., 2017, p. 374), aproximando a vida do Direito do desenvolvimento teórico dos fenômenos jurídicos de modo a verdadeiramente promover o próprio modelo de obrigatoriedade racional por positivado. Este é justamente o caso do modelo de *precedentes normativos formalmente vinculantes* do Código de Processo Civil de 2015.

## 15.4 MODELO DE PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O atual Código de Processo Civil instituiu um modelo de precedentes cujo núcleo dogmático é formado pelos artigos 489, incisos V e VI, 926 e 927 (ZANETI JR., 2017, p. 373).

#### 15.4.1 Jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente e a vinculatividade normativa dos precedentes

Neste sentido, o artigo 926 preconiza que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, de maneira que o tribunal, ainda que dividido em órgãos fracionários, é um só, e precisa atuar em conformidade com sua unidade, assumindo uma única posição acerca da mesma questão jurídica, devendo ainda pesar a força da segurança jurídica quando cogitar mudar seu posicionamento já consolidado em um precedente.

Do mesmo dispositivo legal extraem-se, ainda, os deveres de integridade e coerência. Sobre o tema, Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 398) afirma que é melhor compreender o termo integridade utilizado no CPC/15 em conjunto com o termo coerência em sentido amplo, desfazendo a conexão forte com a concepção de integridade proposta por Ronald Dworkin, que não seria compatível, por exemplo, com a ponderação e a proporcionalidade previstas no artigo 489, § 2º.

Além disso, ao instituir deveres de uniformização, estabilidade, coerência e integridade o artigo 926 também positiva a *vinculatividade normativa horizontal*, que impõe aos tribunais aplicarem seus próprios precedentes, sendo essa a base racional para o modelo de precedentes vinculantes.

Todavia, além da vinculatividade horizontal, o CPC/15 prevê também uma *vinculatividade normativa formal vertical*, dirigida aos tribunais e juízes hierarquicamente inferiores àqueles responsáveis pela edição do precedente vinculante, nas hipóteses previstas no rol do artigo 927 do CPC/15.

#### 15.4.2 Metodologia de julgamento e aplicação dos precedentes

A adoção de um sistema de precedentes passa necessariamente pela transformação do papel das Cortes Superiores e dos Tribunais e traz ainda consequências sobre o modelo de julgamento dos recursos. Neste contexto, além da preocupação com a resolução do caso concreto posto a julgamento, as Cortes e os Tribunais possuem a função pública de definição do sentido do direito, devendo se ater à a qualidade do debate e à adequada discussão das teses ventiladas com vistas à formação do precedente. Assim, a importância do julgamento é deslocada da resolução do recurso para a interpretação adequada do direito aplicável (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 360).

Os julgadores devem estar atentos, ainda, à clara e correta identificação das razões de decidir, para que seja possível a identificação da *ratio decidendi*, e o voto divergente assume uma outra função neste sistema: a de simbolizar a divergência interna dentro da Corte.

Entretanto, uma vez fixado o precedente e identificados seus fundamentos determinantes, sua aplicação a casos análogos futuros exige um esforço argumentativo menor, sendo suficiente um juízo de identidade entre a hipótese fática da *ratio decidendi* e os fatos substanciais do caso sob julgamento (MACÊDO, 2017, p. 362).

Neste ponto, importante destacar que, no âmbito de uma metodologia adequada de aplicação dos precedentes, a simples colação de ementas não é suficiente para satisfação do dever imposto no artigo 489, inciso V, CPC/15 e, ainda, do dever constitucional de fundamentação da decisão judicial (art. 93, IX da CF/88).

O inciso VI do artigo 489 prevê, ainda, as técnicas de distinção e superação dos precedentes, hipóteses em que o ônus argumentativo e de fundamentação qualificam-se, tendo em vista a força vinculante do precedente invocado.

No *distinguishing*, deixa-se de aplicar o precedente “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*, seja porque, apesar de haver uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 504).

Já no *overruling* opera-se a retirada de uma *ratio decidendi* do ordenamento jurídico, substituindo-a por outra e, quando tal superação ocorre apenas de forma parcial, dá-se o nome de *overriding*. Vale destacar também que a revogação de um precedente pode ser realizada pela própria Corte ou Tribunal responsável por sua criação, ou, ainda, através de ato do legislador, quando a norma editada por este for de hierarquia igual ou superior a do precedente (MACÊDO, 2017, p. 246-247).

## 15.5 CONCLUSÃO

Este trabalho visou destacar alguns dos principais pontos referentes a um dos temas mais significativos do Código de Processo Civil de 2015. Significativo porque a instituição de um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes pela legislação processual consiste em uma das principais revoluções paradigmáticas já promovidas pelo legislador. Trata-se de mudança que reformula sobremaneira o modo de interpretar, aplicar e operar o Direito.

Assim, questões relacionadas aos precedentes, tais como sua definição, requisitos de formação, fundamentos e institutos de aplicabilidade são essenciais para o que se pretende com o Código de Processo Civil de 2015, a saber, orientar a praxe forense quanto a interpretar e aplicar o direito de modo adequado para o fim último do processo, qual seja, a tutela dos direitos e das pessoas mediante um procedimento adequado, tempestivo, efetivo e justo.

# Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MADUREIRA, Cláudio. **Fundamentos do novo Processo Civil Brasileiro**: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2017. v. 2.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017.

OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. **Execução e Recursos – Comentários ao CPC de 2015**. v. 3. Rio de Janeiro: Método, 2016.

SILVA, Ovídio Baptista da. **A jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

TARELLO, Giovanni. **L'Interpretazione della Legge**. Milano: Giuffrè, 1980.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 41, n. 257, p. 371-388, jul. 2016.

# *Breves anotações sobre a coisa julgada no código de processo civil de 2015*

*Gabriel Zoboli de Assis  
Rafaella Boone Schimidt  
Vladimir Cunha Bezerra*

## 16.1 INTRODUÇÃO

A coisa julgada é um dos institutos de maior força e proteção dentro do Direito (GONÇALVES, 2002) e, por isso, sua natureza é compreendida como um postulado de direito fundamental, conforme extraído do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal (CF).

A garantia da coisa julgada é manifestação da segurança jurídica, pois não se pode, no presente, alterar o sentido normativo decorrente de decisão judicial anterior, conferindo-se, assim, à relação jurídica objeto da decisão, segurança jurídica por estabilidade (ÁVILA, 2016, p. 371). Destarte, visa a interromper uma cadeia de julgados que poderia eternizar os litígios, funcionando como limite objetivo à reabertura da discussão (ÁVILA, 2016, p. 370). Segurança jurídica é a norma-princípio que exige dos Poderes estatais a adoção de comportamentos que militem em favor dos cidadãos no sentido de que estes tenham confiabilidade e calculabilidade jurídica, com base na cognoscibilidade, para plasmar digna e responsavelmente seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro (ÁVILA, 2016, p. 286). A coisa julgada recebe tratamento dogmático nos artigos 502 a 508, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

## 16.2 CONCEITO DE COISA JULGADA

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro conceitua a coisa julgada como a decisão de que não caiba mais recurso, equiparando-a no artigo 6º com caso julgado. Tal conceito é criticado (MOURÃO, 2008, p. 55) por supostamente confundi-la com preclusão.

Com o advento do CPC/2015 o conceito legal de coisa julgada passou por pontuais alterações em comparação àquele inaugurado pelo então Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973).<sup>1</sup> O termo autoridade foi incorporado dos ensinamentos de Liebman que defendia que a coisa julgada não poderia ser definida como eficácia da sentença em si, mas como uma qualidade que se agregava a ela após o decurso dos prazos recursais.

Desta feita, não obstante a existência de várias teorias acerca da coisa julgada<sup>2</sup> destacam-se os três principais conceitos doutrinários que, como bem explica Didier Jr. (2017, p. 585) aduzem: 1) a coisa julgada como efeito (ou eficácia) da decisão; 2) a coisa julgada como uma qualidade dos efeitos da decisão; e, 3) a coisa julgada como uma qualidade do conteúdo da decisão.

O primeiro conceito adotado pela doutrina clássica, como a de Pontes de Miranda, Ovídio Baptista, Araken de Assis, Chiovenda (CHIOVENDA, 1998, p. 452) e Antonio do Passo Cabral (2015, p. 1281) sustenta ser a coisa julgada um efeito (ou eficácia, como descrevia o artigo 467, do CPC/1973) da decisão. Noutras palavras, a coisa julgada fica restrita ao elemento/conteúdo (efeito ou eficácia) que a declaração da decisão produz. Ou seja, trata-se da eficácia declaratória da decisão judicial imutável.

Por sua vez, a segunda corrente doutrinária perfilhada por Liebman (GRINOVER, 2006, p. 51), seguida por Dinamarco (2016, p. 304) e Ada Pellegrini, entende que não se pode confundir os efeitos da decisão — eficácia declaratória — com a autoridade (qualidade, atributo, predicado, característica) da coisa julgada, que é a imutabilidade conferida a ela.

Já a terceira corrente aduz a coisa julgada como uma situação jurídica — de imutabilidade — do conteúdo da decisão, que é composto pela norma jurídica concreta. Isto é, não se fala em imutabilidade dos efeitos, mas do teor do *decisum*, assim como entendem Fredie Didier Jr. (2017, p. 552-560) e José Carlos Barbosa Moreira (1977, p. 84-85).

---

1 CPC/1973, artigo 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. CPC/2015, artigo 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

2 Marcelo Abelha Rodrigues (2016, p. 681-683) elenca sete teorias acerca da coisa julgada, a saber: teoria da presunção de verdade; teoria da ficção da verdade; teoria constitutiva de direito (substancial); teoria da eficácia da declaração; teoria da vontade do Estado; teoria de Carnelutti e teoria de Liebman.

Assim como Barbosa Moreira (MOREIRA, 1971, p. 5), para quem coisa julgada não se confunde com eficácia da decisão imutável ou com a *auctoritas rei judicata*, Rodrigues (RODRIGUES, 2016, p. 684-685) repele a correlação de coisa julgada com autoridade da coisa julgada, como prescreve a redação literal do artigo 502, do CPC/2015, pois explicita que, por critérios políticos do legislador, é possível encontrar no ordenamento jurídico coisa julgada não dotada de imutabilidade.

A par dessas diferenças doutrinárias, o CPC/2015 indiscutivelmente manteve a essência do instituto, no que tange a sua imutabilidade e indiscutibilidade— pois, salvo contrário, estar-se-ia, fulminando a coisa julgada como até então estudada, como a ideia de estabilidade do que foi decidido.

No que diz respeito à coisa julgada formal, cumpre evidenciar, que se trata de uma categoria doutrinária cuja denominação majoritária se dá pela indiscutibilidade e imutabilidade de uma decisão no seio do processo em que se encontra, tendo como limite a relação jurídica processual interna dos autos Rodrigues (RODRIGUES, 2016, p. 684-687) lança mão do instituto das preclusões para explicar que coisa julgada formal se dá quando não existe mais nenhum recurso hábil a impugnar a decisão judicial e, assim, opera-se o fim da relação jurídica endoprocessual.

Tal entendimento, de que há duas espécies de coisa julgada e, assim consagra a existência da formal, converge com os ensinamentos de Liebman (1947, p. 249-250), Dinamarco (2003), Moacyr Amaral Santos (1989, p. 43) e José Frederico Marques (1989, p. 41), o qual repete que “a sentença se torna imutável na relação processual (ocorrendo assim a coisa julgada formal) quando inadmissível qualquer recurso para reexame da decisão nela contida”.

Na esteira dessa corrente doutrinária, a coisa julgada material consistiria na indiscutibilidade da decisão tanto no âmbito do processo em que foi produzida, quanto em outro qualquer. Ou seja, tratar-se-ia de uma situação jurídica, após o julgamento definitivo do objeto da lide, o seu mérito, que conferiria força normativa à decisão (ou força de lei como prescreve o artigo 503, do CPC/2015), que será projetada para fora do processo (*ad extra*), impedindo a sua rediscussão (RODRIGUES, 2016, p. 687).

Em complemento, Liebman ensina que a coisa julgada formal seria um pressuposto da coisa julgada material: “Tornando imutável a decisão, como ato processual, a coisa julgada formal é condição prévia da coisa julgada material, que é a mesma mutabilidade em relação ao conteúdo do julgamento e mormente aos seus efeitos” (LIEBMAN, 2006, p. 57).

Não se discorda do pensamento de Liebman que condiciona a ocorrência da coisa julgada material à formal ou da cátedra de Barbosa Moreira (BARBOSA MOREIRA, 1967, p. 204), que afirma que a doutrina clássica limita o conceito de coisa julgada formal ao de incorribilidade. Porém essa concepção doutrinária não se diferencia do trânsito em julgado, haja vista ser uma espécie de preclusão que se sujeita qualquer tipo de decisão (DIDIER JR.,

2017, p. 588), lembrando que nem o Código de Processo Civil ou a Constituição Federal positiva essa diferenciação em espécies de coisa julgada.

### 16.3 LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

Segundo Nieva-Fenoll (2016, p. 204), um pronunciamento sobre questão jurídica também integrará a coisa julgada quando este demandar estabilidade. De se notar que o autor afirma que a simples citação de um artigo de lei na sentença não basta para que se irradie a proteção da coisa julgada sobre tal fundamentação. Segundo o autor, há de ser “algo muito mais profundo, *i.e.*, se o raciocínio jurídico expressado na sentença, e que sustenta o pronunciamento, tem efeitos de coisa julgada” (NIEVA-FENOLL, 2016, p. 203). A coisa julgada se operará nos fatos e fundamentos jurídicos que sustentam o pronunciamento jurisdicional. Fenômeno diverso ocorre com os pronunciamentos prescindíveis. Tais pronunciamentos são aqueles cuja ausência na decisão não acarreta, a esta, perda de força e eficácia (p. 205).

A respeito da coisa julgada sobre pronunciamentos implícitos, embora Nieva-Fenoll (2016, p. 217) afirme que não há um critério seguro para diferenciar quais pronunciamentos implícitos passam em julgado. O problema não incide em se saber quando um pronunciamento é explícito, ou quando ele é implícito; mas sim, saber que aquilo que é pressuposto de uma decisão, deverá ter influência em futuros juízos (NIEVA-FENOLL, 2016, p. 213). Haverá de se analisar cada caso o que o magistrado deveria ter em mira para afirmar seu pronunciamento.

Nesse sentido, importante inovação do CPC/15 civil diz respeito à ampliação dos limites objetivos da coisa julgada. O Código hodierno não exige a menção formal da questão prejudicial no tópico dispositivo da sentença. Ou seja, as questões prejudiciais podem constar tanto da fundamentação da decisão quanto de sua parte dispositiva (REDONDO, 2015, p. 12; 43-67).

Sobre o tema, Liebman, na década de quarenta, apesar de incisivo ao concluir que “é exato dizer que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença” (LIEBMAN, 1945, p. 56), começou a enxergar o sentido substancial e não só o formalístico sobre a restrição da coisa julgada à parte dispositiva, eis que frequentemente nos fundamentos o juiz poderia também lançar mão de alguns elementos da decisão e que, porventura, não foram incluídos na malsinada parte dispositiva (LIEBMAN, 1947, p. 249-250). Doravante, poder-se-á formar a coisa julgada inclusive sobre questões prejudiciais que não foram objeto de pedido da parte, desde que atendidos a determinados requisitos (REDONDO, 2015, p. 05).

O primeiro pressuposto é que a questão se apresente como prejudicial, ou seja, deve haver desacordo entre as partes sobre determinado tema e dela seja dependente o julgamento do mérito tratado no respectivo processo (REDONDO, 2015, p. 5-6). Cabe advertir, que para

Redondo não há incidência de coisa julgada sobre os motivos (artigo 504, I,<sup>3</sup> do CPC/2015), a verdade dos fatos, a autenticidade/falsidade de documentos (salvo pedido declaratório expresso), nem sobre a *ratio decidendi*; para tal autor, somente se forma a coisa julgada sobre relações jurídicas e algumas questões de direito (REDONDO, 2016, p. 6). O segundo pressuposto está em dever a questão prejudicial ser decidida expressa e incidentalmente no processo (artigo 503, § 1º, do CPC/2015), de modo que o magistrado se pronuncie sobre ela de forma clara, analítica e fundamentada (REDONDO, 2016, p. 6). O terceiro pressuposto reside em ser necessário o contraditório prévio e efetivo (artigo 503, II do CPC/2015), afastando-se a coisa julgada de questões prejudiciais em casos de revelia (REDONDO, 2016, p. 7). O quarto pressuposto estabelece que o juízo que se pronunciar sobre a questão prejudicial, para decidi-la incidentalmente, deve ter competência absoluta para resolvê-la como questão principal (artigo 503, III, do CPC/2015), a fim de que se opere sobre ela a coisa julgada (REDONDO, 2016, p. 8). Para haver a formação da coisa julgada sobre questões prejudiciais, devem, ainda, inexistir restrições probatórias/limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da avaliação da questão prejudicial; eis o quinto requisito (REDONDO, 2016, p. 9).

Quanto ao questionamento dos limites subjetivos da coisa julgada, a regra geral aplicável encontra-se no artigo 506, do CPC/2015, cuja representação no CPC/1973 se dava pelo artigo 472. Aqui se vê uma inovação legislativa: a extensão da coisa julgada a terceiros desde que lhes beneficiem. Na atual dogmática do CPC, como demonstrado, a extensão da coisa julgada para terceiros não é de difícil compreensão, o que não ocorria na égide do CPC/1973, quando, com acerto, Grinover reviu seu pensamento, entendendo que limitação da eficácia desse instituto *ultra partes* era de fato impossível (GRINOVER, 2005, p. 4).

Num trato específico sobre a possibilidade dessa extensão, o artigo 274, do Código Civil, o qual trata do tema da *res judicata* em relação às obrigações solidárias e que teve sua redação modificada pela Lei que editou o CPC/2015. A regra prevê, então, que a coisa julgada se estenderá ao credor que não participou da demanda transitada em julgado, desde que lhe reste favorável (*in utilibus*) o resultado da ação fundada na obrigação solidária, vedando a extensão caso lhe seja desfavorável.

Não obstante a análise dogmática dos casos em que os terceiros sejam atingidos de forma reflexa pela coisa julgada seja de primor importância, há de se evidenciar uma diferenciação de classes dos terceiros juridicamente interessados: aqueles que são atingidos pela coisa julgada e aqueles que apenas recebem os efeitos diretos como reflexos numa relação jurídica que fazem parte, como evidencia Santana (SANTANA, 2003, p. 63-69). A autora esclarece que os sucessores das partes e o substituído nas ações promovidas por seus substitutos

---

3 Art. 504. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença.

processuais são atingidos pela coisa julgada já que os seus direitos são um prolongamento do direito controvertido na causa.

Por outro lado, na sentença que decreta o despejo do locatário, havendo sublocatário que será atingido pela extinção do contrato de locação, há efeitos reflexos da coisa julgada sobre esse terceiro cuja legitimação para intervir no processo se dá como assistente simples. Isto é, a sentença não lhe poderá ser oposta caso não tenha sido intimado regularmente da existência do litígio.

#### 16.4 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Recorre-se ao que afirmou Madureira no sentido de serem distintos os âmbitos de incidência da ação rescisória e da relativização da coisa julgada. A ação rescisória abrangia a integral desconstituição do julgado, ao passo que a relativização da coisa julgada incide sobre os efeitos ainda não consolidados desta (MADUREIRA, 2016, p. 172). O citado autor lista, como os meios para se relativizar a coisa julgada: embargos/impugnação ao cumprimento da sentença; exceção (ou objeção) de pré-executividade; e *querela nullitatis* (MADUREIRA, 2016, p. 173). Ele o faz para distinguir tais mecanismos da ação rescisória prevista no artigo 525, parágrafo 15 (bem como no artigo 535, § 8º), do CPC/2015.

Nesse aspecto, cabe diferenciar os mecanismos acima indicados da ação rescisória, de modo que, nesta, haverá o afastamento integral do comando decisório inquinado (MADUREIRA, 2016, p. 150).<sup>4</sup>

Ávila indica serem de “duvidosa constitucionalidade” o constante dos artigos 525, § 12 e 535, § 5º, do CPC/2015. Nesses moldes, afastar a coisa julgada tendo como fundamento declaração proferida em controle difuso de constitucionalidade, é incompatível com o princípio da segurança jurídica (ÁVILA, 2016, p. 373). Acrescenta-se que Marinoni também entende serem inconstitucionais tais dispositivos (MARINONI, 2016, p. 108).

No tocante à possibilidade de alteração da coisa julgada ao longo do tempo, a eficácia preclusiva da coisa julgada não impede a veiculação de alegação que diga respeito a outra causa de pedir, nem inviabiliza a alegação de circunstância posterior, mesmo que relacionada às mesmas partes e ao mesmo pedido da demanda em que se produzira a coisa julgada (MARINONI, 2016, p. 116). A imutabilidade da coisa julgada permanece enquanto permanecerem as circunstâncias de fato e de direito que lhe deram ensejo (2016, p. 116). E a tal desiderato

---

4 “Com efeito, na ação rescisória promovida nos termos do parágrafo 15, do artigo 525, do Código de 2015, e no parágrafo 8º do seu artigo 535 ter-se-á a integral desconstituição do conteúdo do comando sentencial impugnado, enquanto que, como se terá a oportunidade de adiante expor e demonstrar, na relativização da coisa julgada opera-se tão-somente a afetação de efeitos ainda não consolidados daquele provimento judicial.”

que se destina o artigo 505, I, do CPC/2015. Após o encerramento de um processo, podem advir novos fatos e novas normas (MARINONI, 2016, p. 118). Com o advento de uma posterior circunstância de direito, emerge uma nova causa de pedir (MARINONI, 2016, p. 119).

## 16.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito fundamental à segurança jurídica no processo deve ser compreendido no arco da permanência, da inovação e da concretização dos direitos em seus três tempos, quais sejam, passado, presente e futuro. As limitações à coisa julgada somente se justificam se fundadas em outros direitos fundamentais opostos. Ademais, vale pontuar, que efetividade e segurança jurídica não se anulam, mas se relacionam numa perspectiva de complementariedade e ponderação nos casos concretos. Neste texto se expuseram brevemente as principais alterações no CPC/15 no instituto da coisa julgada. Dentre elas, conforme visto, elenca-se, o conceito de coisa julgada (artigo 502), tratada na nova legislação processual por autoridade (Teoria de Liebman); a inovação apresentada pelo artigo 503, que ampliou os limites objetivos da coisa julgada e o artigo 506, que inaugura a possibilidade de a sentença que fez coisa julgada beneficiar terceiros.

# Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Orgs.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015.

CHIOVENDA, Guisepppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução: Paolo Capitanio, com anotações de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Bookseller, 1998.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2016. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 109, 2003.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ação declaratória de inexistência de “sentença” baseada em “lei” posteriormente declarada inconstitucional. *In*: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 126, 2005,

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas notas relativas ao direito brasileiro vigente. *In*: LIEBMAN, Enrico Tullio (Org.). **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Decisão e coisa julgada. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 109, jan.-fev. 1947.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. Tradução: Alfredo Buzaid; Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MADUREIRA, Cláudio. **O CPC/2015 e a relativização da coisa julgada**: uma proposta de aplicação prática da teoria. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**: a retroatividade da decisão de (In)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Forense, 1989. v. 5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. *In: Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada e declaração. *In: Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa julgada**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NIEVA-FENOLL, Jordi. A coisa julgada: o fim de um mito. **Revista eletrônica de direito processual**, v. 10, 2016.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: RT, 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 248, out. 2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SANTANA, Anna Luisa Walter de. Limites subjetivos da coisa julgada e os reflexos em relação a terceiros. **Unopar Cient., Ciênc. Juríd. Empres**, Londrina, v. 4, n. 1/2, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 3.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**: coisa julgada e Constituição; o regime infraconstitucional da coisa julgada; a ação rescisória e outros meios rescisórios típicos; os limites da revisão atípica (“relativização”) da coisa julgada; as sentenças inexistentes. São Paulo: RT, 2005.

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.

# *Princípio da primazia da resolução do mérito em grau recursal*

*Sara Barbosa Miranda  
Walméa Elyze Carvalho*

## 17.1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 é inaugurado por um capítulo denominado “Das normas fundamentais do processo civil”, composto por doze artigos, dentre os quais se encontra. O artigo 4º, que faz alusão à duração razoável do processo (princípio fundamental do Estado Democrático Brasileiro, que tem guarida constitucional no artigo 5º, LXXVIII) e à primazia da resolução do mérito, que reconhece o direito das partes de obter a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Embora a premissa de prestígio à solução de mérito não seja nova, o legislador optou pela previsão expressa do princípio, como norma fundamental do processo civil, a fim de evidenciar que o acesso à justiça não se limita à mera garantia de acesso ao Judiciário, englobando também o direito fundamental de acesso ao resultado final do processo, é dizer, solução da crise jurídica levada ao conhecimento do Poder Judiciário. Para tanto, o artigo 4º está acompanhado de outros dispositivos que buscam efetivar seu comando, como ocorre com o artigo 282, 317, 489, § 1º; 932, parágrafo único, entre outros.

O Código de Processo Civil de 2015 visa a dar concretude aos direitos e garantias processuais presentes na Constituição da República de 1988, com a ideia de que todo processo é constitucional, como ensina Hermes Zaneti Junior (2014, p. 162), em sua obra “Constitucionalização do Processo”:

Todo processo é público. Todo processo é constitucional, se todos os ramos do direito servem-se, na velha expressão de Pellegrini-Rossi, da seiva do direito constitucional, como os galhos e ramos de uma árvore, não há como afirmar a existência de um processo que não seja constitucional. Todos os direitos são frutos de uma herança genética, que no Estado Democrático Constitucional os conforma e justifica.

Não se pode admitir que ocorra, portanto, qualquer contrariedade entre a Constituição, sua ideologia democrática e o processo civil legislado infraconstitucionalmente, muito menos o praticado no fórum e nos altos pretórios. Não há um direito processual da Constituição e um direito processual da lei. Esse é um falso paradoxo. Todo processo judicial ou de direito é um processo constitucional.

Nesta linha do constitucionalismo democrático, para os fins deste trabalho, merece destaque a previsão do artigo 4º do CPC/2015, berço do princípio da primazia de resolução do mérito, que enfatiza ser direito das partes obter “a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

O princípio revela a preocupação do legislador em garantir que o processo sirva à sua finalidade, qual seja, prestação da tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, mediante o processo justo. Para tanto, o juiz deverá, sempre que possível, superar os vícios processuais, ignorando-os ou permitindo seu saneamento, a fim de que se possa examinar o mérito da causa e resolver o conflito de interesse levado ao Judiciário.

Em grau recursal, o que o princípio busca garantir que os recursos interpostos pelas partes tenham seu mérito apreciado, afastando o excesso de formalismo na fase de admissibilidade recursal. Nesse sentido, os ensinamentos de Fredie Didier (2018, p. 168-169):

O CPC consagra o princípio da *primazia da decisão de mérito*. De acordo com esse princípio, deve o órgão julgador priorizar a decisão de mérito, tê-la como objetivo e fazer o possível para que ocorra. A demanda deve ser julgada — seja ela a demanda principal (veiculada pela petição inicial), seja um recurso, seja uma demanda incidental.

Oportuno mencionar que o princípio em comento está alinhado com as ideias do formalismo-valorativo (ÁLVARO, 2006, p. 7-31) e da instrumentalidade das formas. É a prevalência do direito material em detrimento do direito processual.

Concentrando-se no objeto do presente estudo, que é o princípio da primazia de julgamento do mérito em grau recursal, nas próximas linhas, serão destacadas as principais regras processuais, contidas no vigente Código, que concretizam o referido princípio, analisando-se o tema à luz de três principais vertentes: 1) ataque à jurisprudência defensiva; 2) saneabilidade dos vícios; e 3) fungibilidade recursal.

## 17.2 ATAQUE À JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

Primeiramente, é preciso destacar o que se entende por jurisprudência defensiva. Trata-se de um excesso de formalismo na admissão recursal. Com o evidente fim de diminuir o número de recursos a serem julgados, os Tribunais passaram a criar óbices para ultrapassar a fase de admissão ou recebimento dos recursos, movimento denominado pela doutrina de *jurisprudência defensiva*.

Como se sabe, interposto o recurso, há um duplo exame: primeiro o julgador analisa a presença dos requisitos de admissibilidade recursal e, estando presentes, fala-se que o recurso é admitido, recebido ou conhecido; na sequência, passa-se ao segundo exame, consistente na apreciação das razões recursais, para acolhê-las, se fundadas, ou rejeitá-las, caso contrário.

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 — orientado pelo formalismo —, os Tribunais interpretavam os requisitos de admissibilidade recursal com excessivo rigor, criando verdadeiros obstáculos de acesso às Cortes Superiores. Era possível se falar em primazia da inadmissibilidade, primazia do *check list*<sup>5</sup> sobre a matéria de fundo. No entanto, essa não é a opção do ordenamento jurídico atual.

Assim, ao longo da atual legislação processual, o legislador fez questão de pontuar e derrubar todas as hipóteses de jurisprudência defensiva, a fim de que se chegue ao exame do mérito recursal.

Nesse contexto, destaca-se a regra inserta no artigo 1.024, § 5º, do CPC, que afasta a necessidade de ratificação do recurso interposto, caso os embargos de declaração opostos pela outra parte não sejam recebidos ou não alterem a conclusão da decisão recorrida. Esse dispositivo é responsável pelo cancelamento do Enunciado n. 418, da Súmula do STJ.

Por sua vez, a regra do artigo 218, § 4º, do CPC, afastou aquilo que a jurisprudência defensiva denominava de *recurso prematuro*, passando a considerar tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo. Na vigência do pretérito Código, a jurisprudência considerava intempestivo o recurso interposto antes do início do prazo recursal (recurso prematuro) ou após escoado tal prazo.

Ora, como se sabe, a intimação é para dar ciência, não para iniciar a contagem do prazo recursal. Esse é um efeito da intimação. Se o efeito é atingido mesmo sem a prática do ato, o processo deve prosseguir. Ou seja, se já houve ciência, a intimação é desnecessária.

Percebendo o absurdo da intempestividade do recurso prematuro, os Tribunais Superiores criaram a *intempestividade sanável*, permitindo que o recurso interposto antes do prazo fosse reiterado após a efetivação da intimação da parte. Em que pese o avanço, foi pequeno, já que o obstáculo não foi retirado por completo. Somente com a edição do CPC/2015,

---

5 Expressão utilizada por Oliveira (2014, p. 107-132).

especificamente, o mencionado artigo 218, § 4º, é que passou a ser considerado tempestivo o ato praticado antes do início do prazo.

Ainda no campo da tempestividade, o artigo 1.003, § 4º, do CPC estabelece que, em casos de recursos remetidos pelo correio, considerar-se-á como data da interposição a data da postagem, dispositivo que revoga o Enunciado n. 216, da Súmula do STJ.

Mais uma vez, o legislador agiu com acerto, pois o recorrente não precisa mais se preocupar com a eficiência do serviço público de postagem para saber se o recurso chegará, ou não, dentro do prazo previsto em lei. Além disso, ao considerar como data da interposição a data da postagem, o recorrente desfrutará de todo o prazo legal para elaborar seu recurso, o que não era possível quando considerada a data do protocolo na secretaria, já que, para garantir a chegada tempestiva, dias antes o recurso deveria estar pronto para ser postado.

Outro dispositivo com nítido caráter inovador de combate à jurisprudência defensiva é o artigo 1.007, § 7º, do CPC, que permite que, em caso de preenchimento equivocado da guia de custas, o vício seja sanado, evitando-se a inadmissão por deserção. Neste ponto, a jurisprudência dos Tribunais Superiores era no sentido de que, ainda que fosse recolhido o valor relativo à interposição do recurso, caso a guia de custas fosse preenchida com algum equívoco, o recurso não seria conhecido.

Como se percebe, o legislador pretendeu, de forma expressa, afastar aquela jurisprudência que dificultava o conhecimento dos recursos. Trata-se de verdadeira mudança de paradigma.

Não obstante, os Tribunais Superiores ainda não desapegaram do *velho hábito* e, sempre que possível, ressuscitam aquela ultrapassada jurisprudência defensiva, para inadmitir os recursos. Isso ocorre, por exemplo, nos casos em que a interposição tenha ocorrido na vigência do CPC/1973, hipótese em que, ao invés de homenagear o princípio da primazia da resolução do mérito, o recurso não é recebido, invocando-se entendimentos e súmulas obsoletos.

### 17.3 SANEABILIDADE DOS VÍCIOS

Uma outra vertente de aplicação do princípio da primazia da resolução do mérito em grau recursal está materializada na regra inserta no artigo 932, parágrafo único, do CPC, que permite ao recorrente sanar vícios que poderiam levar à inadmissão do seu recurso.

Com efeito, atendendo ao novo modelo cooperativo de processo, antes de inadmitir o recurso, o relator deve intimar o recorrente para se manifestar sobre o requisito recursal supostamente ausente e, sendo caso de vício sanável, deve oportunizar o saneamento. Trata-se de um direito do recorrente e, de outra banda, um dever do relator.

Vale lembrar que, nos termos do artigo 10 do CPC, está vedada a prolação de decisão surpresa, sendo dever do julgador oportunizar a manifestação da parte sobre a matéria

objeto da decisão. Em grau recursal, ao vislumbrar possível causa de inadmissão do recurso, o relator não poderá proferir decisão não recebendo o recurso, sendo seu dever, em homenagem ao princípio do contraditório, intimar o recorrente para se manifestar sobre a matéria específica, a fim de que possa influir na decisão que será prolatada.

Entretantes, a regra do parágrafo único do artigo 932, parágrafo único, vai além. O recorrente terá não só a oportunidade de se manifestar, como também poderá sanar o vício apontado pelo relator como óbice ao recebimento do recurso.

Outro dispositivo legal que dá concretude ao princípio da primazia da resolução do mérito em grau recursal é a regra disposta no artigo 938, § 1º, que estabelece: “Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes”.

Em complemento, o legislador incluiu regra específica para o caso de recurso de agravo de instrumento. Dispõe o artigo 1.017, § 3º: “Na falta da cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no artigo 932, parágrafo único”.

Oportuno mencionar que a regra do artigo 1.017, § 3º, é desnecessária frente a regra do citado artigo 932, parágrafo único, que já prevê a possibilidade de complementação de documentação. Contudo, o legislador, conhecedor da jurisprudência defensiva, preferiu ser cauteloso e repetir o preceito, evitando o não conhecimento do recurso.

### **17.3.1 Hipóteses de não incidência da regra prevista no artigo 932, parágrafo único, do cpc**

Interpretando-se o enunciado prescritivo previsto no artigo 932, parágrafo único, é possível identificar quatro hipóteses em que a regra não incide.

A primeira delas é quando o vício for insanável. Por óbvio, somente vícios sanáveis poderão ser corrigidos. Um exemplo de vício insanável é a intempestividade recursal. Escoado o prazo recursal, a decisão terá transitado em julgado. Conseqüentemente, permitir o saneamento caracterizaria violação da coisa julgada.

Oportuno mencionar que pode ocorrer de o recorrente ser intimado para se manifestar sobre suposto vício insanável e, em sua manifestação, afirmar que o vício é sanável. Nesse caso, a melhor maneira de fazer isso, é responder à intimação já corrigindo o vício, caso em que o recurso deverá ser conhecido.

Questão interessante surge quando o relator vislumbra a possível intempestividade recursal, intima o recorrente para se manifestar, e esse alega a existência de feriado local. Nessa hipótese, ao comprovar a existência do feriado, a parte está comprovando que o prazo recursal, na verdade, não se esgotou. Trata-se de vício evidentemente sanável. Não obstante, as Cortes

Superiores estão entendendo que o momento adequado para a comprovação do feriado local é o ato de interposição, conforme disposto no § 6º do artigo 1.003 da lei processual.<sup>6</sup>

Tal entendimento vai de encontro ao vigente modelo de processo civil, em especial, ao princípio da primazia do julgamento do mérito e, ainda pior, representa um retrocesso da jurisprudência, já que antes do CPC/2015 a Corte Especial do STJ havia sedimentado o entendimento de que era possível a comprovação do feriado local mesmo após a interposição do recurso.<sup>7</sup>

Uma segunda hipótese em que se vislumbra inaplicabilidade do artigo 932, parágrafo único, é em caso de vício que tenha uma forma adequada para ser sanado. É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que o relator verifica ausência de recolhimento do preparo, cujo saneamento deve obedecer a regramento próprio, previsto no artigo 1.007, § 4º, do CPC, que determina o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.

A terceira hipótese que se afasta a incidência do artigo 932, parágrafo único, está prevista no Enunciado Administrativo n. 6 do STJ, que estabelece: “Nos recursos tempestivos

---

6 AGRAVO INTERNO. FERIADO LOCAL. COMPROVAÇÃO. ATO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. [...] IV - A Corte Especial, no julgamento do AREsp n. 957.821/MS, em 20 de novembro de 2017, chegou à conclusão de que, na vigência do Código de Processo Civil de 2015, não é possível a comprovação da tempestividade após a interposição do recurso. V - Não se desconhece, por certo, do feriado nacional de 2 de novembro de 2017, que não precisa ser comprovado. Porém, o dia 1 de novembro de 2017 e o dia 3 de novembro de 2017 não se trata de feriados nacionais, mas sim, feriados locais, os quais deveriam ter sido comprovados no momento da interposição do recurso que pretendia que fosse conhecido, o que não ocorreu no caso concreto. VI - Ressalte-se que, para fins de verificação da tempestividade do recurso dirigido ao STJ, é indiferente que tenha havido ou não expediente forense nesta Corte, pois o agravo e o recurso especial interpostos são endereçados ao presidente do tribunal a quo, regendo-se o respectivo prazo, em matéria de recesso forense e feriados, pela legislação local (AgRg no Ag n. 1.156.557, MG, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, Dje de 22 de setembro de 2010). VII - Não procede, também, a alegação de que é desnecessária a comprovação do feriado local por ser período absolutamente conhecido, tratando-se, portanto, de fato notório. Veja-se que a ocorrência de feriado local, recesso, paralisação ou interrupção do expediente forense deve ser demonstrada por documento idôneo, no ato da interposição do recurso que pretende seja conhecido por esta Corte, providência que não foi cumprida no caso. VIII - Agravo interno improvido (AgInt nos EDcl no AREsp 1242552/BA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 26/10/2018)

7 PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. FERIADO LOCAL. COMPROVAÇÃO POSTERIOR. POSSIBILIDADE. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO. 1. A comprovação da tempestividade do recurso especial, em decorrência de feriado local ou de suspensão de expediente forense no Tribunal de origem que implique prorrogação do termo final para sua interposição, pode ocorrer posteriormente, em sede de agravo regimental. Precedentes do STF e do STJ. 2. Agravo regimental provido, para afastar a intempestividade do recurso especial (AgRg no AREsp 137.141/SE, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, CORTE ESPECIAL, julgado em 19 de setembro de 2012, DJe 15 de outubro de 2012).

interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016), somente será concedido o prazo previsto no artigo 932, parágrafo único, c/c o artigo 1.029, § 3º, do novo CPC para que a parte sane vício estritamente formal”.

Com efeito, caso se considere que a natureza do vício não seja *estritamente formal*, não poderá ocorrer o saneamento. O questionamento que se coloca é: o que é um vício estritamente formal?

Como se sabe, os recursos têm forma e conteúdo, sendo certo que esse conteúdo também tem de obedecer a uma forma. Nessa perspectiva, a jurisprudência está entendendo que, se o vício for da forma do conteúdo, a parte não terá a oportunidade de saná-lo. É o caso, por exemplo, de ausência de impugnação específica das razões da decisão impugnada ou de ausência de comparação analítica entre acórdão recorrido e acórdão paradigma.

A última hipótese em que se afasta a aplicação do artigo 932, parágrafo único, é no caso do artigo 1.029, § 3º que dispõe que: “O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”. Aqui, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas, o vício é desconsiderado, tornando desnecessário o saneamento.

#### 17.4 FUNGIBILIDADE RECURSAL

A terceira vertente de aplicação princípio da primazia da resolução do mérito em grau recursal é a fungibilidade recursal, assim definido por Flávio Cheim Jorge (2015, p. 208):

O princípio da fungibilidade dos recursos está ligado ao cabimento recursal, devendo ser percebido como uma forma de abrandamento do mencionado requisito, na medida em que se admite a interposição de um recurso pelo outro, que seria correto contra aquela decisão.

O princípio da fungibilidade recursal consagra, portanto, a possibilidade da parte interpor um recurso que não seja o adequado para aquela decisão de que se recorre.

Assim, a fungibilidade é o aproveitamento do recurso interposto erroneamente, na hipótese de existir dúvida objetiva sobre a modalidade de recurso adequada. O Código de Processo Civil de 2015 viabilizou normativamente hipóteses de fungibilidade recursal nos artigos 1.024, § 3.º, 1.032 e 1.033.

A primeira hipótese trata do recebimento dos embargos de declaração como se agravo interno fosse, caso em que o recorrente é intimado para complementar as razões recursais, ajustando-as às exigências próprias do recurso de agravo interno. As outras duas retratam a fungibilidade entre os recursos excepcionais, que é a grande novidade do CPC/15.

Sob a égide do CPC anterior, por vezes, acontecia de o recurso especial não ser admitido pelo STJ por entender que a contrariedade era à Constituição da República e, neste mesmo caso, o STF não admitia o recurso extraordinário, entendendo que a ofensa à CF era reflexa. Assim, ficava um limbo.

A partir das regras dos artigos 1032 e 1033, esse problema não existe mais, pois foi prevista a fungibilidade entre os referidos recursos, que permite o aproveitamento do recurso interposto, que é remetido ao Tribunal correto, não sendo declarado diretamente inadmissível.

Assim, se o relator do STJ entende que a matéria supostamente violada é constitucional, remete o processo ao STF para que o recurso seja apreciado como se recurso extraordinário fosse. Igualmente, se o relator do STF entende que a matéria supostamente violada é infraconstitucional, remete o processo ao STJ para que o recurso seja apreciado como se recurso especial fosse. A decisão final é sempre do STF, que se não aceitar a remessa, envia o processo novamente ao STJ para julgamento do recurso.

Importante ressaltar que esses dois artigos foram pensados em conjunto com a admissibilidade dos recursos especial e extraordinário sendo feita apenas pelo STJ e STF, como previa, inicialmente, o CPC/2015. Todavia, com o retorno do formato bifásico, deve ser reconhecido prejuízo para a fungibilidade entre os recursos. A uma, pois macula o posicionamento posterior. A duas, porque caso o recurso seja inadmitido no TJ, será necessário interpor agravo para o recurso subir. A três, porque eventual provimento do agravo pode ter como fundamento o mesmo fundamento outrora utilizado pelo órgão *a quo* para inadmitir, o que seria bem estranho.

Convém mencionar que não é possível o princípio da fungibilidade recursal em todas as hipóteses de cabimento de recurso extraordinário e especial. O que se vislumbra é o cabimento da fungibilidade entre as alíneas “a” do artigo 102, III e 105, III, que são hipóteses subjetivas. Nas demais, tratando-se de hipóteses objetivas, não se aplicará a fungibilidade, pois se entende que o erro é grosseiro.

Feita a fungibilidade de recurso especial para recurso extraordinário, será importante complementar a fundamentação para incluir a alegação de repercussão geral.

## 17.5 CONCLUSÃO

O novo modelo de direito processual civil brasileiro é influenciado pelo constitucionalismo democrático e se preocupa e efetivar normas fundamentais, entre elas o princípio da primazia do julgamento de mérito. Com o atual diploma, o acesso à justiça não pode ser visto como mera garantia de acesso ao Judiciário, mas deve ser compreendido como o direito fundamental de acesso ao resultado final do processo, por meio da resolução do mérito da causa.

Em grau recursal, o princípio da primazia da resolução do mérito reconhece ser direito das partes o exame do mérito recursal e, nessa perspectiva, visa a afastar o excesso de formalismo na fase de admissibilidade dos recursos. É a prevalência do direito material em detrimento do direito processual, premissas do formalismo-valorativo e do princípio da instrumentalidade das formas.

# Referências

ALVARO, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 137, p. 7-31, jul. 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A aplicação do princípio da primazia no julgamento do mérito no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista do TRF3**, ano 27, n. 128, jan.-mar. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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

\_\_\_\_\_. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, p. 42-50, 01 set. 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral no Novo Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEMONS, Vinicius Silva. A fungibilidade recursal excepcional: o problema da cumulação dos pedidos recursais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 258, p. 235-259, ago. 2016.

MAZZOLA, Marcelo. Formalismo-valorativo e a primazia de mérito: combate à jurisprudência defensiva dos tribunais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 281, p. 305-333, jul. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. único.

NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da Cruz; DRUMMOND, Lucas Dias. A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 101-140.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 950, p. 107-132, dez. 2014.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ZANETI Junior, Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**. 2. ed. rev., ampl., alt. São Paulo: Atlas, 2014.

# *Da diminuição dos recursos à diminuição da recorribilidade*

*Carolina Biazatti Borges  
Daine Gonçalves Ornellas Lima  
Ricardo Ribeiro dos Santos*

## 18.1 INTRODUÇÃO

Não há univocidade no tratamento do tema da recorribilidade das decisões judiciais no mundo. Em quase todos os ordenamentos jurídicos, a questão é sopesada com a necessidade de outorgar celeridade à marcha processual, o que influencia na maneira como os jurisdicionados podem se insurgir contra os pronunciamentos judiciais. Conforme sintetizam Uzelac e Van Rhee (2014. p. 4), há razões válidas para a manutenção dos recursos em um sistema, bem como há outras para restringi-los. Aqueles que defendem a ampla recorribilidade das decisões usam como argumento a necessidade de correção de erros e de conferir precisão e justiça ao resultado final, a preservação da crença no sistema judicial, o desenvolvimento do direito e a promoção de uma aplicação uniforme e consistente das normas. Dessa forma, os recursos se voltam tanto aos interesses dos litigantes, que obtêm uma decisão que foi submetida ao controle por diferentes órgãos, quanto aos interesses da sociedade, que se beneficia com a chance de aperfeiçoar a interpretação da lei.

Por outro lado, apontam os autores que os motivos para reduzir a recorribilidade das decisões são a necessidade de conferir definitividade a estas, de evitar custos excessivos (para as partes e para o Estado) e abarrotamento de ações nas cortes. Ademais, defende-se que os grandes litigantes frequentemente abusam do direito de recorrer para provocar um *looping* “infinito” de novos julgamentos, prejudicando a parte hipossuficiente. Convive ao lado dessas razões a mais óbvia de todas elas: o anseio pelo encurtamento do processo.

A possibilidade de impugnação às decisões judiciais, portanto, é norteada por todos estes fatores, os quais definem a sua abrangência em um determinado sistema jurídico. Assim, há dois grandes modelos recursais no mundo contemporâneo: aqueles que incentivam a recorribilidade das decisões judiciais e aqueles que fazem o oposto.

Como bem denota Moniz de Aragão (2006, p. 11-31), a nossa tradição jurídica previu em todas as cartas constitucionais, inclusive na época do império, a existência de tribunais de segunda instância e de tribunais superiores. Logo, o direito de recorrer é extraído da própria estruturação do Poder Judiciário pelo constituinte, afinal, é papel dos tribunais, por excelência, julgar os atos dos juízes de instâncias inferiores.

O direito ao recurso, nesse sentido, está arraigado na Constituição Federal de 1988 nas garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Entretanto, historicamente, a recorribilidade das decisões foi apontada como uma das principais vilãs da morosidade do Poder Judiciário. Diante deste fenômeno, indaga-se: seria a diminuição da recorribilidade diretamente proporcional à diminuição dos recursos?

## 18.2 O CPC/15 E A INCIDÊNCIA DAS “NORMAS FUNDAMENTAIS” DO MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO: UMA NOVA RACIONALIDADE AO SISTEMA RECURSAL

Embora, *prima facie*, possa parecer que a redução do número de recursos é sinônimo de redução da recorribilidade, essa premissa não é verdadeira. Apesar de não se negar que haja um inconformismo natural decorrente da própria personalidade humana com uma decisão desfavorável (CHEIM JORGE, 2015, p. 35), acredita-se que a recorribilidade das decisões depende menos do número de recursos disponíveis no sistema do que da qualidade das decisões proferidas no processo.

É cediço que a experiência de outros países atesta que o grau de participação das partes e do debate na preparação/formação das decisões judiciais está diretamente atrelada ao inconformismo do jurisdicionado, de forma que, quando se proporciona um ambiente de comparticipação (comunidade de trabalho), o número de recursos interpostos tende sensivelmente a serem diminuído. Assim, os recursos se apresentam, portanto, como uma ferramenta sistêmica contra as deficiências de cognição do órgão de origem (THEODORO JR., 2016, p. 427).

A redução à recorribilidade, dessa forma, liga-se a mecanismos racionais proporcionados pelo próprio sistema, tais como: a) o desincentivo à recorribilidade como abuso de direito pela punição; b) a concentração dos atos processuais; c) o saneamento compartilhado (art. 357, § 3º, CPC/15); d) necessidade de fundamentação analítica dos juízos de fato e de direito (art. 489, § 1º, I a IV e art. 1.022, parágrafo único, II, CPC/15); e) o fomento à

colegialidade nos tribunais e formação de precedentes como mecanismos de impedir recursos com matérias já pacificadas; f) os honorários de sucumbência recursal (art. 85, § 11, CPC).

Acredita-se que a redução severa de recursos não se encaixa em um modelo constitucional de garantias fundamentais em que estes são elementos indispensáveis à concretização dos princípios da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 5º, LV, CF/88 (CHEIM JORGE, 2015, p. 45). Se assim procedesse o legislador, acabaria por acarretar mais prejuízos do que benefícios. Aliás, a experiência nos mostra que a restrição severa a recursos de decisões importantes no processo gera automaticamente a utilização de sucedâneos recursais<sup>8</sup>, não pelo mero inconformismo da parte, mas pela necessidade de uma técnica que garanta um direito constitucionalmente amparado.

A questão da diminuição da recorribilidade está ligada à própria racionalidade do CPC/15, a qual passa por privilegiar o acesso ao mérito dos recursos, permite a influência direta das partes nas decisões proferidas e qualifica as decisões do juiz singular e do debate no órgão colegiado, repercutindo na consolidação do sistema de precedentes (na identificação dos fundamentos determinantes, nas hipóteses de *distinguishing* e *overruling*).

Essa racionalidade é totalmente dissonante daquela encontrada no CPC/73, caracterizada pela rigidez das preclusões, pela jurisprudência defensiva, e interpretação restrita do princípio do *iura novit curia*. Fica nítido, em nosso sentir, que a mudança paradigmática se deu pela forte influência constitucional na elaboração do código, incidindo notadamente em seu conjunto de normas fundamentais (dispostas do artigo 1º ao artigo 10) que reverberam por todo o CPC/15.

Nesse sentir é que se tem a duração razoável do processo (art. 4º, CPC/15) como espinha dorsal do código, como mecanismo de promoção de justiça. Pareceu ser essa a missão da qual não quis descurar o legislador ao instituir um novo diploma processual, o que fica claro na exposição de motivos do anteprojeto.

Merece igual relevo a relação do princípio da primazia do mérito (art. 4º, CPC/15) e do máximo aproveitamento dos atos processuais no juízo de admissibilidade dos recursos. Nesse aspecto, a disposição do artigo 932, parágrafo único, do CPC/15, promove uma verdadeira quebra de paradigma do CPC/73 no que tange a sanabilidade dos vícios recursais. Em verdade, no

---

8 Foi assim no CPC/1939, dando azo ao surgimento da expressão sucedâneos recursais, como forma de apontar os meios de impugnação “destinados a ventilar a sufocante atmosfera oriunda do princípio da irrecorribilidade das interlocutórias”. Conferir em Marques (1969, p. 292). Do mesmo modo, quando se vedou o agravo interno da decisão que convertia o agravo de instrumento em agravo retido, do artigo 927, parágrafo único, CPC/1973. Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier. Agravo no CPC brasileiro. p. 405; J.E Carreira Alvim. “O agravo retido e o agravo de instrumento — nova mini-reforma do Código de Processo Civil”, in RePro 130. p. 89.

código revogado, admitia-se a sanabilidade, de maneira taxativa.<sup>9</sup> Com o CPC/15, inverteu-se completamente a lógica até então em vigor: a possibilidade de sanabilidade dos vícios dos recursos de exceção passou a ser a regra. Como consequência, há o combate à chamada “jurisprudência defensiva”, marcada pelo excesso de rigor formal no exercício do juízo de admissibilidade principalmente pelos tribunais superiores. Tal mudança pode ser constatada em artigos específicos, tais como: artigo 218, § 4º, artigo 1007 e artigo 1.025, sem prejuízo de tantos outros.

Do mesmo modo, o artigo 6º do CPC/15, fortalece o modelo cooperativo de processo, promovendo o constante diálogo entre as partes e o juiz, privilegia a colegialidade, e o debate mais qualificado na promoção de decisões judiciais que reduzam o índice de recorribilidade e que formem precedentes com fundamentos determinantes bem definidos.

Também há ligação direta e influente do princípio do contraditório (art. 10, CPC), que por sua vez, proíbe as decisões surpresas, isto é, aquelas proferidas sem a prévia oitiva das partes. É necessário destacar, principalmente, a utilidade deste princípio em pelos menos 3 (três) importantes hipóteses: nas questões de ordem pública, quando não tiver havido qualquer debate específico acerca delas; na aplicação da “teoria da causa madura” (art. 1.013, § 3º, CPC) pela ampliação do objeto de julgamento; e quando o Ministério Público atuando como *custus legis*, traz em seu parecer alguma questão nova, de fato ou de direito, a cujo respeito as partes não tiveram oportunidade de debater (NERY Jr, 2014, p. 252-252).

Tudo isso, com o intuito de atender o anseio do legislador e da sociedade brasileira como um todo de viabilizar a efetiva solução do conflito, incluída também a tutela satisfativa, por meio de um processo mais célere e justo, nos termos do artigo 4º do CPC/15.

### 18.3 A FUNÇÃO DAS CORTES DE VÉRTICE E O REFLEXO NO MODELO RECURSAL BRASILEIRO

Esta racionalidade explicitada alhures converge com a função conferida às Cortes de Vértice pelo CPC/15. Estas assumem uma determinada feição a depender da entonação que lhes é outorgada pelo ordenamento jurídico. Entende-se que há dois modelos disponíveis no direito comparado: o de Corte Superior e o de Corte Suprema (MITIDIERO, 2014, p. 35; ZANETI JR., 2014, p. 177-200). Partindo-se desses modelos, é possível afirmar que o CPC/15 tem a pretensão de conferir ao STJ e ao STF papéis de Cortes Supremas, já que instituiu um núcleo dogmático

---

9 Veja-se que se admitia a sanabilidade, de maneira taxativa, em apenas dois casos: quanto ao preparo, em sua complementação quando o valor recolhido fosse insuficiente (art. 511, § 2º, do CPC/73), bem como no recolhimento integral, após a interposição do recurso, desde que comprovado o justo impedimento (art. 519 do CPC/73); e o segundo quando constatado vício de irregularidade na representação (art. 13 do CPC/73). A sanabilidade dos vícios, portanto, passa de exceção para regra no atual sistema recursal.

do modelo de precedentes brasileiro (artigos 489, § 1º, V e VI; 926 e 927), que tem por objetivos a racionalidade e a universalização das decisões judiciais (ZANETTI JR., 2015, p. 1430).

Em breves linhas, o modelo de Corte Suprema tem por objetivo a reconstrução da ordem jurídica mediante a outorga de sentido ao texto e formação de precedentes, os quais são fonte do Direito. Esse objetivo é alcançado por meio do caso concreto, que serve de ponte para a interpretação da lei e para formar precedentes. A função da Corte é prospectiva, isto é, orientada para o futuro, para a promoção da unidade da interpretação e aplicação do direito. Ao interpretar, escolhe-se o significado mais adequado dentre os vários possíveis.

Há uma vasta influência na adoção do sistema de precedentes no modelo recursal. A partir da premissa de que o código intenta modular as Cortes de Vértice brasileiras como Cortes Supremas, tem-se que o recurso do interessado não é mero direito subjetivo deste e está condicionado a filtros que demonstrem o interesse público em seu julgamento. As questões de fato e de direito são analisadas pela Corte em sua inteireza, sendo vedada apenas a nova valoração probatória das alegações de fato, com vistas a correta formação do precedente. O recurso para a Corte Suprema, assim, é viabilizado em razão do interesse na unidade do Direito, e não para mera tutela do direito subjetivo do interessado.

Dado que a função precípua da Corte Suprema é a formação de precedentes que vinculem todo o Judiciário e também a sociedade civil, conclui-se que suas decisões servem de guia à magistratura de base, sendo a sua não observância considerada uma falta grave, visto que macula a estabilidade, integridade e coerência do sistema. Logo, o juiz de primeiro grau deve fundamentar adequadamente suas decisões, de modo a permitir que o jurisdicionado compreenda os motivos pelos quais um determinado precedente foi ou não aplicado ao seu caso, dando-lhe a oportunidade de realizar a distinção (*distinguishing*) ou de demonstrar a necessidade de superação da tese jurídica (*overruling*) aplicada. Atuando desta forma, o magistrado sentenciante influi determinantemente na recorribilidade de suas decisões. Trata-se do exato sentido dos incisos V e VI do artigo 489.

#### 18.4 ALGUNS DAS INOVAÇÕES DOS RECURSOS EM ESPÉCIE E SUAS PROBLEMÁTICAS

Em relação às mudanças setoriais nos recursos em espécie trazidas pelo CPC/15, destaca-se nesse ensaio: a taxatividade do rol de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento (art. 1.015 c/c 1.009, § 1º), a técnica de ampliação do órgão colegiado em caso de divergência (art. 942) e o juízo admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários (art. 1.030).

Todas essas novidades trouxeram problemas que precisam ser enfrentados.

Quanto ao agravo, ganha relevo a discussão sobre a possibilidade de interpretação extensiva do rol taxativo do artigo 1.015, o que culmina em uma enorme insegurança jurídica, sobre o desperdício de cognição pelo risco de invalidação de atos processuais após anos de

trâmite, e, ainda, sobre a possibilidade de decisões interlocutórias, não contempladas pelo rol, serem causadoras de dano irreparável ou de difícil reparação, o que resgataria outros meios de impugnação, tal como o mandado de segurança.

A técnica de julgamento ampliado, por sua vez, envolve problemáticas como o falso consenso entre os desembargadores com vistas a evitar sua aplicabilidade e o prejuízo do debate caso os novos julgadores tenham que votar na mesma sessão, como prioriza o CPC/15, sem ter conhecimento adequado dos autos.

Por fim, o retorno do duplo juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais permite que o presidente do Tribunal (ou seu vice) prolator do acórdão recorrido realize uma pretensa “admissibilidade” desses recursos, quando em realidade ocorrerá incursão no mérito recursal, já que o que se avaliará é se há ou não conformidade entre o entendimento firmado no acórdão proferido e o “precedente” invocado, que é, a toda evidencia, o objeto da insurgência recursal, atividade esta considerada por muitos doutrinadores de duvidosa constitucionalidade, eis que promove verdadeira delegação aos Tribunais da função atribuída pela Carta Maior às Cortes (ABBOUD; NERY JR., 2016, p. 217-235; MACÊDO, 2016; CÂMARA, 2016).

Ademais, não se pode deixar de mencionar o fato da Lei n.º 13.256/16 ter instituído o agravo interno como recurso cabível nas hipóteses do inciso I e III do artigo 1.030, de modo que, a prevalecer a literalidade extraída do texto legal (que, frise-se, já vem sendo aplicada pelos Tribunais Superiores), obstaculizar-se-ia o acesso ao STF e ao STJ na hipótese de inadmissibilidade ou de negativa de provimento ao referido recurso. Tal opção tornaria praticamente impossível a superação de um precedente (*overruling*), vez que esta apenas poderia ser realizada pela própria Corte (ou por instância superior) que o proferiu, ou pelo Parlamento, por intermédio de alteração legislativa.

## 18.5 CONCLUSÃO

Muito embora se tenha a ideia de que os recursos e seus sucedâneos são vilões que contribuem para a morosidade do Poder Judiciário, defende-se que são, na verdade, fundamentais na garantia de um modelo constitucional pautado no contraditório e na ampla defesa.

O modelo recursal sofreu forte impacto com o advento do CPC/15, cuja racionalidade nos permite concluir que o ímpeto de impugnar decisões judiciais tende a ser reduzido em virtude de uma série de fatores, dentre os quais se destacam a formação de precedentes vinculantes, a primazia do julgamento do mérito e a fundamentação analítica dos juízos de fato e de direito. Tal racionalidade se coaduna com o papel que as Cortes de Vértice devem exercer no novo sistema, sendo que os recursos têm, em última *ratio*, o papel de tutelar o interesse na unidade do Direito, e não o mero direito subjetivo das partes.

Outrossim, demonstrou-se, em breves linhas, que as inovações na seara recursal são pontos de discussão relevantes para a dogmática e a prática forense, observadas as peculiaridades de cada uma delas.

# Referências

ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson. Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256/2016. **Revista de Processo**, São Paulo, São Paulo, v. 257, p. 217-235, jul. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>. Acesso em: 14 abr. 2020.

CHEIM JORGE, Flávio. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7 ed. São Paulo: RT, 2015.

MACÊDO, Lucas Buril de. Reclamação constitucional fundada em precedentes obrigatórios. *In*: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: s.n., 1969. v. 4.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Supremas e Cortes Superiores**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Demasiados recursos? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 136, p. 11-31, jun. 2006.

NERY Jr, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RHEE, Cornelis Hendrik van; UZELAC; Alan. Appeals and other means of recourse against judgments in the context of the effective protection of civil rights and obligations. RHEE, C. H. van; UZELAC; A. (Coord.). **Nobody's perfect: comparative essays on appeals and other means of recourse against judicial decisions in civil matters.** Cambridge: Intersentia, 2014. p. 3-13.

THEODORO Jr., Humberto *et al.* **Novo CPC – fundamentos e sistematização.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ZANETI JR., Hermes. Comentários ao artigo 926. *In:* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZANETI JR., Hermes. Cortes Supremas e Interpretação do Direito. *In:* GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; MEDINA, José Miguel Garcia (orgs.). **O Papel da Jurisprudência no STJ.** São Paulo: RT, 2014, p. 177-200.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Agravos no CPC brasileiro.** São Paulo: RT, 2016.

# *Dos meios típicos aos meios atípicos de execução*

*Cynthia S. Lacerda Cunha  
Davi Amaral Hibner  
Vander Santos Giuberti*

## 19.1 INTRODUÇÃO

Conforme José Roberto dos Santos Bedaque (2006, p. 36), tutela jurisdicional “é o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial” Na mesma linha, Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 214) afirma que “tutela não é apenas a sentença, mas o conjunto de meios de que dispõe o direito processual para atender adequadamente às disposições do direito substancial”.

Assim, o procedimento da execução civil só será *adequado* se for pensado, estruturado e desenvolvido para garantir a tutela *efetiva* e *tempestiva* do crédito (ZANETI JR., 2017) (de natureza substancial), nos termos do artigo 4º do CPC. A atividade executiva existe para tutelar integralmente o crédito, de modo que as medidas executivas devem ser adequadas à efetiva e tempestiva satisfação do direito material violado.

Nesse sentido, Hermes Zaneti Jr. (2017) e Fernando Gajardoni (2015) afirmam que o vigente Código de Processo provocou uma revolução silenciosa no modelo da execução brasileira, consistente: (i) na atipicidade dos meios executivos e (ii) na adequação destes meios à finalidade do processo, que é a tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva.

A seguir, serão abordados tópicos específicos sobre a tutela executiva, alterada pelo Código de Processo Civil de 2015 de forma expressa e direta ou, até mesmo, indiretamente, como nos casos em que a mudança decorre da análise sistemática da nova estrutura paradigmática proposta pelo ordenamento.

## 19.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EXECUTIVA

Segundo Hermes Zaneti Jr. (2017), o processo de execução só será justo se for precisamente direcionado à tutela do crédito, de modo que, para que a tutela executiva seja adequada, tempestiva e efetiva, é fundamental compreender a diferença entre (a) direito de propriedade, (b) direito à propriedade e (c) direito fundamental à tutela processual do crédito.

O direito *de* propriedade é um direito *patrimonial, disponível e privado*, que possui *duplo aspecto*: (a) é o direito de dispor de seus bens para contrair obrigações voluntárias; (b) e o dever de responder com seus bens em razão de atos que causem danos a terceiros. Pelo segundo aspecto, observa-se que o direito de propriedade não pode impedir que o executado responda à execução com todos os seus bens. Ao contrário, ele justifica tal sujeição, nos termos do artigo 789 do vigente Código (ZANETI JR., 2017).

A propósito, Marcelo Abelha Rodrigues (2016, p. 89-90) entende que a responsabilidade patrimonial funciona como um “limitador do direito de propriedade”, uma vez que, no caso de inadimplemento, são os bens do devedor (ou do responsável) que estarão sujeitos à satisfação da obrigação. Assim, na execução, a proteção do devedor não decorre do direito de propriedade, mas, sim, de outros direitos fundamentais, como a dignidade humana e o processo justo.

Diversamente do direito de propriedade, o direito à propriedade — previsto no artigo 5º, *caput*, da CRFB/88 — é *fundamental, indisponível e universal*, consistindo no direito de tornar-se proprietário (ZANETI JR., 2017). Por ser fundamental e universal, o direito à propriedade (ou seja, de adquiri-la) é comum ao exequente e ao executado, possuindo, assim, *dupla dimensão*: protege tanto ao credor quanto ao devedor, na medida em que permite que se tornem potencialmente proprietários de bens (ZANETI JR., 2017).

Sob a perspectiva do exequente, há também o direito fundamental à tutela processual satisfativa do crédito, que deve ser adequada, tempestiva<sup>1</sup> e efetiva,<sup>2</sup> como se depreende do artigo 4º do Código de Processo Civil.

---

1 Harmonizando o princípio da razoável duração do processo com a necessidade de adequação da tutela jurisdicional, Fredie Didier Jr. (2016, p. 11) sustenta que não existe um princípio da celeridade — no sentido de rapidez —, de modo que o processo deve durar o tempo necessário à adequada resolução do conflito. Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 159), o que lei impõe é a eliminação de dilações indevidas, proibindo que exista desproporcionalidade entre a duração do processo e a complexidade do litígio.

2 De acordo com Fredie Didier Jr. (2016, p. 12), o princípio da efetividade — corolário do devido processo legal — significa que “os direitos devem ser efetivados, não apenas reconhecidos. Processo devido é processo efetivo”. Na mesma direção, Cassio Scarpinella Bueno (2018, p. 156) aduz que a efetividade deve

À tutela processual satisfativa do crédito decorre do direito à propriedade, ambos postos como basilares no ordenamento jurídico vigente. Isso ocorre porque o primeiro está à serviço do segundo, existindo para satisfazê-lo (ZANETI JR., 2017). Nessa direção, Marcelo Lima Guerra (2003, p. 99-105) explica que o direito fundamental à tutela executiva — decorrente do princípio da efetividade — exige que “existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva”.

Embora a execução gire em torno de três interesses, quais sejam: (a) interesse do credor, (b) interesse do devedor e (c) interesse do processo — consistente no interesse do Estado na proteção do direito material violado —, a finalidade precípua da atividade executiva é a tutela efetiva do crédito (ZANETI JR., 2017).

Guerra, ao enunciar a execução civil satisfativa como direito fundamental (direito fundamental do credor à tutela executiva) que corresponde, precisamente, na exigência de que existam meios executivos capazes de proporcionar a satisfação integral de qualquer direito consagrado em título executivo (postulado da máxima coincidência possível), extrai consequências jurídicas que atribuem três deveres-poderes ao juiz: **a)** as normas relativas aos meios executivos devem ser interpretadas de forma que delas se extraia a maior proteção ao direito fundamental à tutela executiva; **b)** a adoção de meios executivos, ainda que atípicos ou vedados em lei, que se mostrem imprescindíveis para a tutela desse direito, desde que observados os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes; e **c)** o afastamento ou a não aplicação de normas que imponham uma restrição a um meio executivo, sempre que tal restrição — que implica restrição ao direito fundamental do credor — não for justificável pela proteção devida a outro direito fundamental que venha a prevalecer no caso concreto (GUERRA, 2017, p. 103-104).

Tratando da efetividade da tutela executiva, Marcos Youji Minami (2018, p. 59-63) defende que, para além da vedação ao *non liquet* — segundo a qual o juiz não pode se eximir de julgar sob a alegação de inexistência de norma para a solução do caso ou de insuficiência do material probatório para a formação de sua convicção —, o juiz também não pode deixar de realizar o comando do dispositivo da decisão ou a prestação retratada em título executivo extrajudicial, o que o autor chama de vedação ao *non factibile*. Por força dessa proibição — decorrência lógica do devido processo legal, do acesso à justiça e da efetividade —, o juiz tem o dever de concretizar a ordem contida no dispositivo da decisão, inclusive por meio da aplicação de medidas executivas atípicas, conforme autorizam os artigos 139, IV, 297 e 536, § 1º, todos do Código de 2015.

---

ser entendida como concretização prática do que foi processualmente decidido sobre a lesão ou a ameaça a direito, de forma que o processo só será efetivo se estiver predisposto a externar resultados adequados e suficientes.

Dessa forma, o processo executivo, fundado em título judicial ou extrajudicial, deve ser pensado, estruturado e desenvolvido para se garantir o direito fundamental à tutela adequada, tempestiva e efetiva do crédito.

A propósito, Robert Alexy (2008, p. 488) ensina *(i)* que as partes têm direito a procedimentos judiciais e administrativos que garantam proteção jurídica efetiva e *(ii)* que só existirá proteção jurídica efetiva se o resultado de tais procedimentos for capaz de proteger os direitos materiais dos titulares dos direitos fundamentais envolvidos.

No paradigma do Estado Constitucional, a atividade executiva decorre *(i)* de um direito fundamental material — o crédito (direito à propriedade) — e *(ii)* de um direito fundamental processual — a tutela processual do crédito —, que consiste no direito fundamental à organização e ao procedimento (ZANETI JR., 2017).

Compreender a distinção entre direito *de* propriedade e o direito à propriedade, bem como os direitos fundamentais materiais e processuais inerentes à tutela executiva, é imprescindível para a aplicação das técnicas dispostas no CPC/2015, especialmente para prevenir e reprimir atitudes de executados que têm claro propósito de perpetuar o inadimplemento. É o que se pretende demonstrar adiante.

### 19.3 A ATIPICIDADE DO PROCEDIMENTO PARA EXECUÇÃO NAS OBRIGAÇÕES DE PAGAR QUANTIA CERTA

O Código de Processo Civil trouxe, como uma de suas principais inovações no que diz respeito aos poderes do juiz, a previsão do artigo 139, IV, o qual reza que o magistrado determinará todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, *inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária*. O dispositivo funciona como uma cláusula geral de promoção à efetividade, consagrando de forma clara o princípio da atipicidade dos meios executivos.

A utilização de medidas executivas atípicas, em virtude da aplicação do artigo 139, IV do CPC, não poderá servir à desvirtuação do instituto, qual seja, de meio de coerção da vontade. Se a medida coercitiva ou indutiva adotada busca trazer maior efetividade à execução, de modo menos oneroso ao executado, então não se poderá distorcer a *ratio* de sua incidência — a de estímulo psicológico — para transmudá-la em medida punitiva, máxime se não houver evidências razoáveis o bastante para se demonstrar que o devedor oculta ou dissipa patrimônio de forma voluntária e usufrui de uma vida mais abastada do que aquela que demonstra no processo.

Dessume-se, por tal ilação, que o desiderato primário da aplicação das sanções constitui a principal distinção das duas modalidades de medidas executivas, sendo a tipicidade

característica imanente das punitivas e a atipicidade uma possibilidade franqueada (em determinadas circunstâncias) ao juiz para aquelas de caráter coercitivo ou indutivo. As medidas executivas coercitivas não devem, portanto, ser utilizadas para criar castigos ou prejuízos para o executado sem que se passe pelo crivo, em concreto, das regras da necessidade, adequação, proporcionalidade e razoabilidade.

As medidas executivas atípicas devem trazer um liame indissociável entre sua instrumentalidade - servir como o melhor meio entre os possíveis — e o fim almejado — cumprimento da prestação ou da ordem judicial (GRECO, 2018, p. 411). Ademais, devem ser aplicadas em caráter subsidiário,<sup>3</sup> ou seja, apenas quando o procedimento típico previsto em lei para execução comum de obrigação de pagar quantia certa, mormente por meio da penhora e da expropriação de bens, mostrar-se inócuo para debelar a crise de adimplemento<sup>4</sup>. Por fim, deve haver respeito ao contraditório (arts. 9º e 10 do CPC), ainda que diferido, devendo a decisão ser devidamente fundamentada (arts. 11 e 489, § 1º do CPC).

Eis, portanto, os critérios adotados como limites para a adoção de medidas executivas atípicas.

De outro lado, não se afigura pertinente a fixação de multa como medida atípica para a efetivação de prestação pecuniária no cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, visto que a mesma representaria um *bis in idem* punitivo, pois já prevista ordinariamente no § 1º do artigo 523 do CPC. Seria possível cogitar sua aplicação apenas como medida atípica que visasse forçar o executado ou o terceiro a cumprir demais deveres processuais que não estritamente o pagamento do débito.

Para Marcelo Abelha (2015, p. 61), no caso de títulos judiciais e extrajudiciais para pagamento de quantia sem urgência, o legislador manteve no CPC de 2015 a regra da tipicidade dos meios executivos. A novidade está expressamente demarcada no artigo 139, IV, em que, para o referido autor, há a possibilidade de o magistrado cumular com os meios típicos aqueles outros coercitivos e indutivos que lhes parecem adequados para melhor obtenção da tutela, inclusive pecuniária, como expressamente menciona o dispositivo.

Quanto à aplicação das normas de atipicidade para os títulos executivos extrajudiciais, não parece haver maior divergência doutrinária a esse respeito. Isso porque: (i) não há diferença ontológica entre a atividade executiva, que se segue ao processo de conhecimento, e o processo de execução por título executivo extrajudicial; (ii) o próprio Código de Processo

---

3 Enunciado 12 do FPPC: “A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do artigo 489, § 1º, I e II”.

4 Conferir em Neves (2016, p. 1.071).

Civil, em seus artigos 513 e 771, estabelece uma intercambialidade entre o processo de execução e o processo de cumprimento de sentença; (iii) a Parte Geral se aplica a todo o Código, incluindo-se, portanto, toda e qualquer atividade judicial prevista no CPC (art. 139, IV).

Ainda, consagrando os princípios da adequação e da efetividade, o CPC/15 previu a atipicidade dos meios executivos em dois outros dispositivos: o artigo 297 e o artigo 536, *caput* e § 1º. O artigo 297 do CPC prevê que, assim como ocorre na tutela definitiva, a tutela provisória também pode ser efetivada por meio de medidas atípicas. Por sua vez, o artigo 536, § 1º, do CPC, estabelece: “para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial”.

Por fim, de acordo com o *caput* do artigo 536 do CPC, “no cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente”.

A propósito, Freddie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira propõem quatro regras para a aplicação artigos 139, IV, 297 e 536, § 1º na execução: (a) a execução para pagamento de quantia deve observar, primeiramente, a tipicidade dos meios executivos, sendo permitido, subsidiariamente, o uso de meios atípicos de execução, com base no artigo 139, VI, CPC; (b) a execução para a efetivação das prestações de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro é, em princípio, atípica, por força do artigo 536, § 1º, CPC; (c) a atipicidade executiva é técnica que serve à execução fundada em título executivo judicial, provisória ou definitiva, ou fundada em título executivo extrajudicial; (d) a tutela provisória será efetivada atipicamente na mesma medida em que a tutela definitiva pode sê-lo (DIDIER JR.; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, p. 227-272, 2017).

Como se nota, os artigos 139, IV, 297 e 536, *caput* e § 1º, CPC, são cláusulas gerais processuais executivas que permitem ao juiz que imponha ao executado medidas executivas — diretas ou indiretas — que não estão previstas especificamente na letra da lei, desde que as mesmas se mostrem adequadas à satisfação do crédito exequendo. Tais dispositivos, portanto, rompem com o princípio da tipicidade dos meios executivos, sobretudo no que tange às execuções para pagamento de quantia certa.

#### 19.4 A APLICAÇÃO DO BROCARDO *NULLA EXECUTIO SINE TÍTULO* E O ARTIGO 515, PARÁGRAFO 2.º, DO CPC

Segundo Marcelo Abelha Rodrigues (2015, 134-135), o título executivo, ao representar uma obrigação certa, líquida e exigível, viabiliza a tutela executiva, além de trazer segurança para

o sistema jurídico e para o legislador, já que essa tutela só poderá ser prestada porque há grande probabilidade de que o conteúdo do título seja verdadeiro.

Pelo postulado do *nulla executio sine titulo*, não existe execução sem título executivo, ou seja, não haveria nenhum ato executório sem título executivo formado em regular processo de conhecimento ou pelo critério de seleção do legislador para a definição dos títulos extrajudiciais (ZANETI JR., 2017).

Todavia, de acordo com Hermes Zaneti Jr., esse aforismo foi relativizado pelo artigo 515, § 2º, do CPC, já que, por meio de autocomposição judicial, as partes podem convencionar para envolver sujeito estranho ao processo, bem como para ampliar o objeto litigioso do processo (“versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo”), mitigando, assim, a estabilidade objetiva e subjetiva da demanda (art. 329, I e II, do CPC), para que o processo possa proteger adequadamente os direitos, e não seja um fim em si mesmo (ZANETI JR., 2017).

A autocomposição será judicial sempre que houver processo em curso, podendo ocorrer de duas maneiras: (i) durante ato realizado pelo Poder Judiciário, como as audiências de conciliação ou mediação (arts. 139, V, e 334, CPC); ou (ii) por meio de transação pactuada diretamente pelas partes (assistidas por seus advogados), sem intervenção do Estado, sendo apresentada ao juiz para homologação, por meio de petição.<sup>5</sup>

Não é o negócio jurídico celebrado pelas partes que constitui o título executivo judicial, mas sim a decisão que homologa a transação, ou seja, a autocomposição (art. 515, II, CPC) (ASSIS, 2016, p. 227). Homologada a autocomposição, haverá a formação de título executivo judicial (i) envolvendo terceiro que até então não havia participado do processo de conhecimento e/ou (ii) referente a objeto diverso da relação jurídica originária. Pode-se afirmar, portanto, que o dispositivo mitiga o dogma do *nulla executio sine titulo*, incentivando a solução consensual dos conflitos, em consonância com o artigo 3º, § 2º e 3º, do CPC.

## 19.5 CONCLUSÃO

O legislador processual brasileiro efetivou poucas modificações nos dispositivos normativos que regulamentam a tutela executiva do crédito no Código de Processo Civil. Porém, alterações pontuais como a do artigo 139, III, IV, VI, e do artigo 515, § 2º, estabelecem uma necessidade de releitura de todo o Processo de Execução Civil, impondo-se uma nova

---

5 Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 874) defende que a autocomposição judicial é aquela realizada quando já existe processo judicial em trâmite. Desse modo, mesmo que determinada autocomposição seja realizada extrajudicialmente — diretamente pelas partes e advogados, sem intervenção estatal —, sua homologação a torna judicial.

forma de pensar a tutela jurisdicional executiva, que deve ser precipuamente voltada à tutela adequada, tempestiva e efetiva do crédito.

# Referências

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do Direito Processual Civil e parte geral do Código de Processo Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1.

DIDIER JR., Fredie. Capítulo I: das normas fundamentais do processo civil. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos artigos 139, IV, 297 e 536, parágrafo 1º, CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 267, p. 227-272, maio, 2017.

GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. *In*: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). **Medidas executivas atípicas**. Salvador: JusPodivm, 2018.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito**: inibitória e de remoção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016.

MINAMI, Marcos Youji. Uma justificativa às medidas executivas atípicas — da vedação ao non factibile. *In*: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). **Medidas executivas atípicas**. Salvador: JusPodivm, 2018. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 11.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentando**. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa — artigo 139, IV, do novo CPC. *In*: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). **Medidas executivas atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Execução Civil**. 5. ed. São Paulo: Forense, 2015.

ZANETI JR., Hermes. Comentários ao Código de Processo Civil. v. XIV. Arts. 824 a 925. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Ed. em e-book baseada na ed. impressa.

# *Considerações acerca das medidas atípicas no CPC/15*

*Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira*

*Lorena Rodrigues Lacerda*

*Luiza Tosta Cardoso*

*Priscila Ferreira Menezes*

## 20.1 INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios da Ciência Processual moderna tem sido conferir maior efetividade às tutelas executivas. Críticas nesse mesmo sentido há muito têm sido dirigidas ao ordenamento pátrio, que tem encontrado obstáculos para disponibilizar ao jurisdicionado, tanto quanto possível, o exato bem da vida por ele perseguido, o chamado postulado da “maior coincidência possível” (MOREIRA, 1989, p. 221).

A finalidade da função jurisdicional não é apenas proferir uma decisão, mas assegurar ao credor obter o direito material tutelado, visto que o Estado não permite que se faça pela via privada da autorrealização (SILVA, 1998, p. 84). De acordo com Theodoro Jr. (THEODORO JR., 2007, p. 600), o processo “é sobretudo um instrumento de realização efetiva dos direitos subjetivos violados ou ameaçados. E de realização pronta, célere e pouco onerosa”.

Tais dificuldades em se promover a efetividade tornam-se ainda mais contundentes quando o objeto da execução consiste em prestar pecúnia. É que especialmente nesse tipo de obrigação, a execução tem sido alvo da utilização de táticas arditosas perpetradas por devedores desidiosos com vistas a frustrar o resultado prático da execução. Assim, segundo Rodrigues (2018, p. 91), é preciso repensar a execução para que não seja mais esconderijo de “executados cafajestes”.

Nesse sentido, “é preciso repensar o processo de execução e o estímulo ao cumprimento das decisões judiciais a partir das premissas do novo modelo de Estado Democrático Constitucional fundado pela CF/1988” (ZANETI Jr, 2016. p. 72-73).

Este artigo pretende trazer considerações acerca da mudança paradigmática entre o CPC/1973 com o CPC/2015, demonstrando que o modelo de execução trazido por este diploma deve ser percebido à luz da teoria dos direitos fundamentais, sendo constitucionalmente interpretado.

## 20.2 DA TIPICIDADE À ATIPICIDADE – MUDANÇA PARADIGMÁTICA CPC/1973 E CPC/2015

O Código de Processo Civil de 1973, em sua redação inicial, seguia o modelo da tipicidade executiva. No entanto, ante a impossibilidade de o legislador prever todas as possibilidades de tutela, bem como as especificidades de cada caso concreto para a efetivação do direito, este modelo mostrou ser insuficiente para tutelar as diferentes situações jurídicas trazidas à apreciação do Poder Judiciário (GUERRA, 2003, p. 66).

Diante disso, sucessivas reformas foram realizadas no aludido diploma, com as Leis 8.952/1994, 10.444/2002 e 11.232/2005, a fim de possibilitar ao órgão julgador uma maior flexibilidade por meio da possibilidade de lançar mão de medidas atípicas de execução. Ocorre que essas reformas legislativas apenas flexibilizaram os meios atípicos para a satisfação das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa diferente de dinheiro, excetuando-se as obrigações de pagar quantia (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 89).

Com o advento do CPC/2015, quanto à tutela executiva, adotou-se um modelo de “tipicidade flexível, adequação e generalização das *astreintes*” (ZANETI JR., 2016, p. 129-131). O artigo 139, IV trata-se de cláusula geral executiva que confere atipicidade aos meios executivos. Tais cláusulas são normas jurídicas formadas por termos indeterminados que demandam maior participação do juiz na construção da norma jurídica, o que permite a realização da justiça a cada caso (DIDIER JR.; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 310).

Na execução por quantia certa, o afastamento da tipicidade da execução para adoção de medidas atípicas deve observar a máxima da proporcionalidade (adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito) (ZANETI JR., 2018, p. 879-890). Em zelo a essa máxima, exige-se atenção aos artigos 10 e 489, § 1º, ambos do CPC/2015, visto que somente com o contraditório, ainda que diferido, é que o juiz conseguirá avaliar a necessidade e adequação da medida. E, somente com fundamentação adequada é que as partes poderão analisar os critérios utilizados pelo juiz para adoção da medida atípica.

Dentro dessa perspectiva, verifica-se que há dissenso quanto à incidência de *astreintes* como medida atípica na execução de pagar quantia. Didier Jr., Cunha, Braga e Oliveira

(DIDIER JR.; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 323-324) sustentam que não se deve utilizar a multa como meio atípico, já que a medida apenas agravaria a situação do executado, configurando-se uma punição ao credor, e não meio coercitivo.

Por outro lado, entendemos pela possibilidade de aplicação das *astreintes* como medida atípica nas execuções de prestação pecuniária, diante da tendência de sua generalização na execução em todas as modalidades de obrigações (TARUFFO, 1990, p. 86), visto que desde que se mantenha a finalidade de coerção, é medida capaz de pressionar psicologicamente o executado, quando este, possuindo condições de cumprir a obrigação, não o faz (ROSADO, 2018, p. 215-216).

Nesse sentido, o processo de execução voltado a atender aos direitos fundamentais deve ser capaz de conferir efetividade ao direito tutelado. Por outro lado, não pode ser ambiente para arbitrariedades. Desse modo, as medidas atípicas devem ser balizadas pela máxima da proporcionalidade, que consiste na adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, além dos demais critérios para aplicação, como a máxima da razoabilidade, fundamentação adequada, devedor solvente e contraditório prévio.

### 20.3 DA DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS ATÍPICAS NA EXECUÇÃO DE PAGAR QUANTIA

Dantes, a tutela executiva era pautada em premissas que geraram um modelo de proteção do devedor. Barbosa Moreira (1989, p. 236-241) já identificava a dificuldade na busca do ponto de equilíbrio entre a efetividade da tutela executiva e a menor onerosidade, o que demonstra que a preocupação inicialmente apresentada neste ensaio não se coloca apenas atualmente.

Entretanto, a constitucionalidade do artigo 139, IV, do CPC/2015 tem sido questionada, não havendo consenso entre os doutrinadores. Diversos posicionamentos podem ser encontrados. Para alguns, qualquer restrição só pode incidir sobre o patrimônio do devedor, e não sobre a pessoa deste, sob pena de ser considerada inconstitucional. Para outros, as medidas coercitivas atípicas são constitucionais, pois são um meio hábil a se alcançar a efetivação da tutela jurisdicional.

Segundo Assis (2016, p. 186), ainda que respeitados os pressupostos da proporcionalidade e da razoabilidade, não se pode reconhecer a validade da adoção de meios executivos atípicos nas execuções de prestação pecuniária, pois, segundo ensina o autor, afrontaria o princípio do devido processo legal, pois o ordenamento jurídico brasileiro consagra o princípio da tipicidade dos meios executivos.

Contudo, afirmar que o artigo 139, IV, do CPC/2015, não é medida aplicável nas obrigações pecuniárias e permiti-lo nas demais espécies de obrigação (fazer, não fazer e entrega de coisa distinta de dinheiro), cria uma distinção inconstitucional de tutela jurisdicional, visto que não deve depender da espécie da obrigação (NEVES, 2017, p. 4).

Streck e Nunes (2016) afirmam que o artigo 139, IV se trata de uma “cláusula geral de efetivação”, incumbindo ao juiz apresentar um “ônus argumentativo diferenciado em sua aplicação”. Assim, segundo afirmam os autores, medidas atípicas como a suspensão de CNH e apreensão de passaporte são inconstitucionais, visto que medidas coercitivas atípicas não podem atingir a pessoa do devedor, mas somente o seu patrimônio.

Para Didier Jr. (2017, p. 108-115), a suspensão da CNH, a apreensão do passaporte e o cancelamento dos cartões de crédito do devedor não são medidas possíveis, pois não há relação entre elas e o fim desejado, qual seja, o pagamento da dívida, constituindo meros atos punitivos.

Todavia, a finalidade de uma medida executiva é o cumprimento da norma jurídica pelo executado, devendo ser analisado em casa caso sua adequação. A princípio, a suspensão da CNH não impede o direito de ir e vir do devedor. Já quanto à possibilidade de apreensão do passaporte também não viola o princípio da dignidade da pessoa humana quando as viagens ao exterior se derem apenas com o fim de lazer pelo devedor (NEVES, 2017, p. 15-16).

Assim, a partir do artigo 139, IV, do CPC/2015, o órgão julgador passou a deter a faculdade de adotar qualquer medida sub-rogatória, coercitiva, mandamental e indutiva apta a garantir a tutela de todos os tipos de prestações trazidas à apreciação do Poder Judiciário, inclusive pecuniárias (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 703).

De acordo com Zaneti Jr. (2017, p. 576-578), o direito de propriedade é “disponível e privado”, tratando-se do direito de alienar e dispor de seus bens e, portanto, não impede que o executado responda à execução com todos os seus bens, pelo contrário, justifica tal sujeição, nos termos do artigo 789 do CPC/2015, que dispõe sobre a responsabilidade patrimonial.

Já o direito à propriedade, encontra sua base no artigo 5º, *caput*, CF/1988 e, por tal razão, é fundamental e universal. Logo, trata-se do direito de adquiri-la, e é comum ao exequente e ao executado, possuindo dupla dimensão, pois protege o credor e o devedor (ZANETI JR., 2017, p. 578-579), isso é, tornam-se proprietários de bens, visando a satisfação integral do credor (art. 797 CPC/2015) com o menor prejuízo do devedor (art. 805 CPC/2015).

Na medida em que o exequente tem direito fundamental à propriedade, há também um direito fundamental à tutela executiva do crédito, que deve ser adequada, efetiva e tempestiva, e decorre, portanto, desse mesmo direito fundamental. Considerando que a execução gira em torno de três interesses, quais sejam, interesse do credor (na satisfação do processo), interesse do devedor (menor onerosidade) e interesse do processo (custos do Estado), é imperioso reconhecer que a finalidade da atividade executiva é a tutela do crédito (ZANETI JR., 2017. p. 579).

O processo deve, na medida do possível, ofertar precisamente o que o jurisdicionado deveria receber no caso de adimplemento voluntário (DINAMARCO, 2008, p. 319). Taruffo (1990, p. 84) observa que a tutela jurisdicional deve conter instrumentos executivos que

atendam a todas as situações jurídicas tuteláveis capazes de assegurar concretamente a atuação do direito adequado ao caso concreto.

Assim, entendemos que para que se mantenha a constitucionalidade de tais medidas nas execuções pecuniárias, alguns limites devem ser respeitados, como a escolha de medidas proporcionais, adequadas, necessárias e razoáveis, além da exposição dos fundamentos justificadores da tomada de decisão pelo juiz acerca da medida escolhida, impostas sempre a devedores solventes, respeitando-se o contraditório.

#### 20.4 A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NOS TRIBUNAIS

O Estado-juiz, para aplicar as medidas atípicas, deve lançar mão de seu ônus argumentativo, buscando pela justificação adequada, ou seja, das razões de decidir e do dever de estabilidade, coerência e integridade (ZANETI JR., 2018, p. 873-893).

Conforme análise realizada por Minami, Viana e Moreira (2018, p. 593-602), na maioria das vezes foram negadas pelos Tribunais a aplicação de medidas coercitivas como apreensão do passaporte, suspensão da CNH e dos cartões de crédito do devedor. O problema é que várias dessas decisões não fundamentaram tal vedação, mas utilizaram de argumentos genéricos, como a violação ao direito de ir e vir e à dignidade da pessoa humana, sem, contudo, analisarem as peculiaridades de cada caso concreto. Entretanto, em algumas decisões, medidas coercitivas como a suspensão da CNH e do passaporte do devedor foram aceitas.

Essa discussão alcançou o Superior Tribunal de Justiça, e, no julgamento do Recurso Ordinário em *habeas corpus* n. 99606/SP, a Terceira Turma do STJ confirmou, em virtude da ausência de indicação de meios menos onerosos e mais eficazes pelo devedor, a validade das medidas atípicas de apreensão e suspensão da CNH e da restrição de saída do país. Quanto à apreensão e suspensão da CNH, ratificou-se que não representa violação ao direito de ir e vir do devedor, tendo em vista que apenas desautoriza o executado a conduzir veículos automotores, não o impedindo de se locomover por outros meios.

#### 20.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a finalidade de buscar responder a todas as questões, mas com o desígnio de apresentar as premissas que devem sustentar o debate que se apresenta, é possível concluir que o CPC/2015 promoveu uma mudança paradigmática no âmbito da tutela jurisdicional executiva, ao incorporar um modelo de execução amparado nos ditames constitucionais, com instrumentos capazes de conferir maior efetividade aos direitos tutelados.

Dessa forma, a utilização de medidas coercitivas atípicas pode permitir respostas hábeis à promoção da efetividade do processo, já que a lei não lograria êxito em prever todas as situações fáticas possíveis. Contudo, tais medidas não devem ser aplicadas desmedidamente, havendo de se ponderar os interesses em conflito (MARINONI, 2008, p. 165).

Nesse sentido, a adequabilidade dos meios executivos deve ser exaustivamente demonstrada pelo magistrado, a fim de evitar arbitrariedades ao argumento de atender à efetividade processual através da aplicação do princípio da atipicidade dos meios executivos (MARINONI, 2008, p. 166).

O artigo 139, IV do CPC/2015, ao instituir uma cláusula geral de meios executivos atípicos, demanda análise no caso concreto. O cabimento das medidas atípicas deve ser aferido caso a caso. Assim, diante de uma situação fática, o juiz deverá analisá-la com base nos preceitos da adequação e da necessidade da medida, buscando a satisfação do crédito.

Dessa forma, em uma breve análise, sustentou-se aqui um processo de execução amparado nos ditames constitucionais, o qual deve possuir instrumentos capazes de conferir efetividade aos direitos tutelados.

# Referências

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos artigos 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. *In*: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: JusPodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3: Execução.

MINAMI, Marcos Youji; VIANA, Natália, MOREIRA, Orquídea Sampaio. Uma análise das decisões dos tribunais brasileiros acerca da atipicidade dos meios executivos à luz do artigo 139, IV, do CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 281, p. 593-622, jul. 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. *In: Temas de Direito Processual, quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: artigo 139, IV, do novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 265, mar. 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um cafajeste? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? *In: DIDIER JR., Fredie (coord.). Medidas Executivas Atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

ROSADO, Marcelo da Rocha. **A eficiência dos meios executivos na tutela processual das obrigações pecuniárias no código de processo civil de 2015**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, . Disponível em: [http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese\\_12447\\_Marcelo%20Rosado.pdf](http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_12447_Marcelo%20Rosado.pdf). Acesso em: 01 fev. 2020.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v 1.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o árbitro? **Revista Consultor Jurídico**, 25 ago. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>. Acesso em: 01 fev. 2020.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. Tradução: Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 15, n. 59, p. 72-97, jul-set.1990.

THEODORO JR., Humberto. **As Novas Reformas do Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZANETI JR., Hermes. O controle intersubjetivo da decisão que adota meios atípicos: segurança no procedimento a partir do caso concreto. *In*: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: JusPodivm, 2018.

ZANETI JR., Hermes. O processo de execução no Código de Processo Civil brasileiro de 2015 e o direito fundamental à tutela processual do crédito. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; DOTTI, Rogéria (orgs.). **O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ZANETI JR., Hermes. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigo 824 a 925. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, v. 14 (coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero).

# Índice

## **B**

Boa-fé processual 6, 100, 102, 104, 109

## **C**

Código de Processo Civil 6, 19, 23, 24, 36, 55, 58, 62, 83, 86, 87, 88, 90, 93, 94, 104, 109, 120, 128, 131, 134, 138, 141, 142, 144, 145, 147, 152, 153, 162, 164, 165, 174, 175, 179, 181, 183, 184, 185, 187, 194, 196, 199, 200, 203, 204, 207, 213, 214, 215, 217, 218, 220, 222, 223, 225, 231, 232

Coisa julgada 6, 13, 14, 29, 30, 31, 32, 33, 151, 157, 159, 160, 162, 163, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 198

Constitucionalização do processo 63, 88, 91, 101, 102, 108, 111, 115, 193, 204

Contraditório, ampla defesa 60, 93

Cooperação 87, 102, 107, 108, 110, 115, 122, 125, 127

## **D**

Devido processo legal 60, 95, 103, 107, 113, 157, 206, 215, 216, 226

Direito Constitucional 56, 61, 63, 93, 166, 195

Direito Constitucional Processual 56

Direito Processual 9, 10, 22, 26, 35, 53, 55, 56, 57, 58, 62, 64, 84, 90, 92, 93, 100, 102, 103, 106, 110, 111, 134, 144, 146, 156, 163, 164, 166, 182, 191, 192, 193, 195, 201, 202, 203, 212, 214, 222, 230

Direito Processual Constitucional 56

## **F**

Formalismo-valorativo 18, 24, 27, 146, 182, 195, 202, 203, 204

## **J**

Justiça multiportas 12, 112, 118, 136

## **M**

Meios atípicos de execução 15, 214, 219

Métodos adequados de resolução de conflitos 11, 112, 113, 115, 118

## **N**

Normas Fundamentais do Processo 58

Normas fundamentais do processo civil 87, 103, 194, 222

**O**

Ônus da prova 96, 149

106, 110, 111, 118, 119, 140, 162, 163, 164,  
173, 182, 184, 191, 194, 195, 199, 222,  
223, 230, 231, 232

**P**

Precedentes formalmente vinculantes 13,  
45, 51, 52, 169

Primazia do julgamento de mérito 201

Processo civil 8, 9, 10, 14, 18, 23, 27, 55, 57, 58,  
59, 62, 80, 87, 93, 94, 100, 102, 103, 104,

Processo coletivo 7, 8, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 141

Processo penal 59, 93, 242

Prova 22, 31, 74, 82, 85, 96, 98, 117,  
149, 156, 166, 191

# *Sobre os autores*

## **ORGANIZADORES**

### **HERMES ZANETI JR.**

Pós-doutor em Processos Coletivos Università degli Studi di Torino (Unito). Doutor em Teoria e Filosofia do Direito na Università degli Studi di Roma Ter (Uniroma3). Doutor e Mestre (UFRGS). Professor na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP). Membro da Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente (ABRAMPA) e do MPCOn (Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor).

Correio eletrônico: hermeszanetijr@gmail.com.

### **THAIS MILANI DEL PUPO**

Mestre Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Assessora de Promotor no Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Professora universitária. Bolsista CAPES (abr./julho 2017). Pesquisadora e Secretária Executiva do Grupo de Pesquisa Desafios do Processo (2018/2019). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (CNPq), vinculado à ProcNet - REde Internacional de Pesquisa Justiça Civil e Processo Contemporâneo e do Laboratório de Processo Constitucional (Laprocon - <https://laprocon.ufes.br/>). Coordenadora da obra “Estudos sobre Direito Processual - Homenagem ao Professor Dr. Marcellus Polastri Lima. Coordenadora da obra “Estudos sobre Direito Processual: a interação entre o Código de Processo Civil e Ordenamento Jurídico”.

Correio eletrônico: thais.milani.delpupo@gmail.com.

## **AUTORES**

### **ADRIANA PEREIRA CAMPOS**

Docente permanente dos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* de História e de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Pesquisadora Produtividade do CNPq.  
Correio eletrônico: acamposvix@gmail.com

### **ALINE SIMONELLI MOREIRA**

Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes).  
Correio eletrônico: alinesimonelli@gmail.com

### **ARTHUR LOPES LEMOS**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes).  
Correio eletrônico: arthurlopeslemos@gmail.com

### **BÁRBARA ALTOÉ PUPPIN**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Graduada em Direito pela Universidade de Vila Velha. Bolsista pela Capes.  
Correio eletrônico: barbarapuppin@hotmail.com

### **BETÂNIA TEODORA ANDRADE DA SILVA**

Graduada em Direito pela Faculdade do Sul da Bahia – FASB (2017), mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes).  
Correio eletrônico: betteodora@gmail.com.

### **CAROLINA BIAZATTI BORGES**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo.  
Correio eletrônico: carolinabiazatti@gmail.com

### **CAROLINE BOLSONI RIBEIRO**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), servidora pública federal.  
Correio eletrônico: c.bolsoniribeiro@gmail.com.

### **CÍNTHIA S. LACERDA CUNHA**

Servidora Pública e Advogada; Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes).

Correio eletrônico: cinthiacunha.adv@gmail.com.

### **DAINE GONÇALVES ORNELLAS LIMA**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogada.

Correio eletrônico: ???

### **DAVI AMARAL HIBNER**

Advogado; Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes).

Correio eletrônico: davi.hibner@alveshibner.adv.br.

### **DIOGO ABINEDER FERREIRA NOLASCO PEREIRA**

Mestre em Direito Processual pelo Programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes). Pós-graduado em Direito Processual Civil – Novo CPC pela UNIFEOB. Pós-graduado em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Gerenciais de Manhuaçu. Advogado. Professor da Rede de Ensino DOCTUM. Membro da Comissão de Educação Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil Seção de Minas Gerais. Membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE) da Faculdade Doctum de Manhuaçu.

Correio eletrônico: diogo.nolasco@gmail.com.

### **FRANCISCO VIEIRA LIMA NETO**

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor Associado do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Professor permanente do Mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes).

Correio eletrônico: limaneto@terra.com.br.

### **FREDIE DIDIER JR.**

Pós-doutorado (Universidade de Lisboa). Livre-docente (USP). Doutor (PUC-SP). Mestre (UFBA). Professor-associado na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Diretor Acadêmico da Faculdade Baiana de Direito. Membro da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL), do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da

Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo e da Associação Brasileira de Direito Processual. Advogado.

Correio eletrônico: fredie@terra.com.br.

### **GABRIEL PEREIRA GARCIA**

Advogado. Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Correio eletrônico: gabrielpereira.garcia@gmail.com.

### **GABRIEL SARDENBERG CUNHA**

Mestre em Direito Processual Pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Advogado.

Correio eletrônico: gabriel@sbhd.adv.br.

### **GABRIEL ZOBOLI DE ASSIS**

Mestre pela Universidade Federal do Espírito Santo (2019). Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (2013). Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (2015).

Correio eletrônico: gabrielzoboli@gmail.com.

### **GEOVANY CARDOSO JEVEAUX**

Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Professor adjunto II da Universidade Federal do Espírito Santo. Juiz do trabalho – Tribunal.

Correio eletrônico: geovany.jeveaux@hotmail.com

### **GIOVANA APARECIDA FAZIO ZANETTI**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Correio eletrônico: zanettiadv@hotmail.com

### **GUILHERME SIMON LUBE**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), professor e advogado.

Correio eletrônico: gsimonlube@gmail.com

### **HECTOR CAVALCANTI CHAMBERLAIN**

Advogado. Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Correio eletrônico: hector.cavalcanti@hotmail.com.

### **HELIO ANTUNES CARLOS**

Mestre em Direito Processual (Ufes). Pós-Graduação *Latu Sensu* em Direito Civil e Processual Civil (Unesc). Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

Correio eletrônico: helio.ac@globo.com

### **HENRIQUE ZUMAK MOREIRA**

Mestre em Direito Processual pela Ufes — Universidade Federal do Espírito Santo Pós-Graduado em Direito Penal Econômico pelo IBCCRIM/Faculdade de Direito de Coimbra-Portugal Especialista em Compliance por LEC — *Legal, Ethics & Compliance* Bacharel em Direito pela Ufes — Universidade Federal do Espírito Santo Advogado.

Correio eletrônico: henrique.zumak@gmail.com

### **JOSÉ ANGEL CORNIELLES**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes).

Correio eletrônico: jose.cornielles@gmail.com.

### **JOSÉ BORGES TEIXEIRA JÚNIOR**

Doutorando em Direito Empresarial pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Mestre em *Corporate Law* pela Steinbeis University — Berlim. Juiz de Direito.

Correio eletrônico: borges\_jose@hotmail.com

### **JOÃO GUILHERME GUALBERTO TORRES**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Professor da UFJF-GV. Advogado.

Correio eletrônico: joaoggtorres@hotmail.com.

### **JOÃO VITOR SIAS FRANCO**

Advogado, formado pela Universidade Federal do Espírito Santo, pós-graduado em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV e Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo.

Correio eletrônico: joaovitorsias.adv@gmail.com

### **JOSÉ MARÍA SALGADO**

Profesor de Derecho Procesal (U.B.A. – UNPAZ). Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Secretario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Autor de la obra “Tutela individual homogénea”, Astrea, 2011, Premio Mauro Cappelletti 2015 al mejor libro de derecho procesal de la International Association of Procedural Law. Correo eletrônico: jm\_salgado@hotmail.com

### **LEONARDO GOLDNER DELLAQUA**

Mestre em Direito Processual (UFES). Pós-Graduação *Latu Sensu* em Direito Público e em Direito do Trabalho (FACULDADE SÃO GERALDO). Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Correo eletrônico: leo\_dellaqua@hotmail.com

### **LORENA RODRIGUES LACERDA**

Mestre no Programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pelo Centro Educacional Damásio de Jesus. Advogada Correo eletrônico: lorena.rlacerda@hotmail.com

### **LUCAS PACIF DO PRADO MUNIZ**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória. Advogado. Correo eletrônico: pacifmuniz@gmail.com.

### **LUIZA TOSTA CARDOSO**

Mestre no Programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-graduada em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade de Direito de Vitória — FDV. Escrivã da Polícia Civil do estado do Espírito Santo. Correo eletrônico: l.tostacardoso@gmail.com

### **MANUELA COUTINHO COSTA**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Correo eletrônico: manuelacoutinhocosta@gmail.com.

**MARIA IZABEL PEREIRA DE AZEVEDO ALTOÉ**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFESO). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas. Magistrada do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo – TJES.

Correio eletrônico: mialtoe2010@hotmail.com

**MICHELLE IVAIR CAVALCANTI DE OLIVEIRA**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Assessora de Juiz.

Correio eletrônico: michelleivair@hotmail.com

**NÁDIA CECCON LIBARDI**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-graduada em ciências criminais e processo civil pela FDV. Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Correio eletrônico: nadiaceccon@hotmail.com

**NAUANI SCHADES BENEVIDES**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada.

Correio eletrônico: nauani@gmail.com

**PATRÍCIA DE ARRUDA PEREIRA**

Advogada. Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Correio eletrônico: patriciaarrudap@gmail.com

**PEDRO LENNO ROVETTA NOGUEIRA**

Advogado. Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Correio eletrônico: pedrolenno.rn@gmail.com

**PEDRO LUIZ DE ANDRADE DOMINGOS**

Mestre em Processo pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado. Presidente da Comissão de Meio Ambiente da OAB/ES.

Correio eletrônico: pedroluizdeandrade@gmail.com

### **PEDRO MACHADO TAVARES**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica do Salvador. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Analista Jurídico do Ministério Público do Estado da Bahia.

Correio eletrônico: pedrot8a@hotmail.com

### **PRISCILA FERREIRA MENEZES**

Mestre no Programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-graduada em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Correio eletrônico: priscilamenezes.adv@hotmail.com

### **RAFAEL GABURRO DADALTO**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Correio eletrônico: rafaelgdadalto@hotmail.com

### **RAFAELLA BOONE SCHIMIDT**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-Graduada em Direito Público com ênfase em Gestão Pública pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Espírito Santo (UNESC). Advogada.

Correio eletrônico: rafaellabooneschimidt@hotmail.com

### **REICHIELE V. VERVLOET DE CARVALHO**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes) e advogada.

Correio eletrônico: reichiele@gmail.com

### **RICARDO RIBEIRO DOS SANTOS**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado.

Correio eletrônico: ricardogueiros2014@gmail.com

### **RICARDO CHAMON RIBEIRO II**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Organizador e membro do Grupo de Pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (FPCC), Ufes, liderado pelo Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior. Pós-Graduado em Direito

Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Advogado.  
Correio eletrônico: ricardo\_chamon@hotmail.com

### **RICARDO GUEIROS BERNARDES DIAS**

Pós-Doutorado em Direito pela University of Houston, EUA. Doutor em Direito pela University of California (Hastings)/UGF. Mestre em Direito pela UGF/UERJ. Pós-graduado em Direito Comparado pela Université de Sorbonne (Paris-Panthéon). Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professor do Efetivo da Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes).  
Correio eletrônico: ricardogueiros2014@gmail.com

### **RONALD KRUGER RODOR**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e juiz federal.  
Correio eletrônico: ronald@jfes.jus.br

### **SARA BARBOSA MIRANDA**

Advogada. Mestranda em Direito Processual Civil pela Ufes.  
Correio eletrônico: sara@buaizmiranda.adv.br

### **TÁREK MOYSÉS MOUSSALLÉM**

Mestre e Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP. Professor Titular da Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado.  
Correio eletrônico: tarek@moussallemcampos.com.br

### **VITOR RODRIGUES GAMA**

Advogado (licenciado, em razão do exercício do cargo de Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Espírito Santo). Especialista em Direito Penal e Processo Penal — FMP/RS. Mestre em Direito Processual pela Ufes.  
Correio eletrônico: vrgama@gmail.com

### **VANDER SANTOS GIUBERTI**

Advogado; Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).  
Correio eletrônico: vander@chistegiuberti.com.br.

**VLADIMIR CUNHA BEZERRA**

Mestre pela Universidade Federal do Espírito Santo (2019). Advogado.  
Correio eletrônico: ovlad@terra.com.br

**WALMÉA ELYZE CARVALHO**

Juíza de Direito. Mestranda em Direito Processual Civil pela UFES.  
Correio eletrônico: walmeacarvalho@hotmail.com

