

# FUNÇÃO POLÍTICA DO PROCESSO II

RENATO BERNARDI  
FABIANA TAMAOKI NEVES  
(Orgs.)

INSTITUTO RATIO JURIS



RENATO BERNARDI & FABIANA TAMAOKI NEVES  
(Orgs.)

# FUNÇÃO POLÍTICA DO PROCESSO II

INSTITUTO RATIO JURIS



Copyright do texto © 2014 - Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP

**Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (IV SIACRID)**

Renato Bernardi & Fabiana Tamaoki Neves  
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves  
(Editor)

Vladimir Brega Filho  
Coordenador Geral do Simpósio de Análise Crítica do Direito

**Comissão Científica do IV SIACRID**

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Eliana Franco Neme (ITE/Bauru-SP)  
Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Múrcia)  
Prof. Dr. Sergio Tibiriça (Faculdades Toledo - ITE/Bauru-SP)

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

---

Função Política do Processo II / Renato Bernardi, Fabiana Tamaoki  
Neves, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP &  
Instituto Ratio Juris, 2014. (Anais do IV Simpósio  
Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores.  
Bibliografia.  
ISBN 978-85-62288-13-5

1. Função Política do Processo. I, Bernardi, Renato. II  
Neves, Fabiana Tamaoki.

CDU-340

---

**Índice para catálogo sistemático**

1. Teoria Geral do Direito: Função Política do Processo  
340

---

As idéias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos  
mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores.  
É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

## SUMÁRIO

<b><i>A GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA PELO RESPEITO AOS PRECEDENTES E UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDENCIA NA PERSPECTIVA DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL</i></b>	<b>4</b>
Vivianne Rigoldi	
<b><i>A PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO ELETRÔNICO: BUSCA PELO ACESSO À JUSTIÇA</i></b>	<b>21</b>
Alexia Domene Eugenio	
<b><i>A QUESTÃO DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E SUAS IMPLICAÇÕES À FUNÇÃO POLÍTICA DO PROCESSO</i></b>	<b>33</b>
Rodolfo Venancio da Silva	
<b><i>AS CAUSAS DO INFORMALISMO NO DIREITO TRABALHISTA</i></b>	<b>48</b>
Jaime Domingues Brito Tiago Domingues Brito	
<b><i>DO JUSPOSITIVISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO: POR QUE AINDA APOSTAMOS NA DISCRICIONARIEDADE?</i></b>	<b>63</b>
Daniel Ortiz Matos Rafael Giorgio Dalla Barba	
<b><i>FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: A NECESSIDADE DE UMA MUDANÇA DA MENTALIDADE JUDICANTE BRASILEIRA SOB O PRISMA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL</i></b>	<b>78</b>
Diego Abdalla de Oliveira Luma Gomes Gândara	
<b><i>O ÔNUS DA PROVA E SUA SISTEMATIZAÇÃO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL</i></b>	<b>99</b>
Andrea Antico Soares Edinilson Donisete Machado	
<b><i>OS PRECEDENTES COM EFEITOS VINCULANTES DO BRASIL SÃO IDÊNTICOS AOS PRECEDENTES JUDICIAIS DO COMMON LAW?</i></b>	<b>114</b>
Mateus Vargas Fogaça Jessica Fachin	
<b><i>UNIÕES PLÚRIMAS SOB A ÓTICA DOS CONCEITOS DE DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO</i></b>	<b>138</b>
Wilton Boigues Corbalan Tebar	

# **A GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA PELO RESPEITO AOS PRECEDENTES E UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDENCIA NA PERSPECTIVA DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Vivianne Rigoldi<sup>1</sup>

## **Resumo**

Partindo de um estudo doutrinário e da leitura do texto do projeto do novo Código de Processo Civil, o presente artigo dedica-se a uma análise da garantia de segurança jurídica em seus diferentes aspectos, conjugada com os preceitos de uniformização e respeito aos precedentes judiciais conforme expressos no projeto. A segurança jurídica é vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica, e previsibilidade das conseqüências jurídicas de determinada conduta, sendo indispensável para a conformação de um Estado de Direito que as decisões judiciais sejam uniformes e equânimes. Aponta-se que a legislação processual brasileira tem caminhado para a valorização cada vez maior dos precedentes judiciais e da uniformização da jurisprudência com o escopo de assegurar a garantia da segurança jurídica a partir da estabilidade e da igualdade nas decisões judiciais. Firma-se ao final o surgimento de um novo processo, mais voltado à efetivação dos direitos fundamentais à luz dos deveres do Estado, que ao deitar respeito aos precedentes judiciais e fortalecer a uniformização da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro garante a segurança jurídica e assegura a igualdade nas decisões judiciais, concedendo à sociedade uma resposta mais efetiva e justa, pela previsão de procedimentos mais adequados à garantia e concretização dos direitos fundamentais.

## **INTRODUÇÃO**

A Constituição brasileira de 1988 trouxe mudanças significativas e extremamente relevantes na formação do Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, o atual Código de Processo Civil, que remonta o ano de 1973, vem sofrendo nas últimas décadas numeráveis emendas que abalaram de maneira significativa sua coerência e estrutura.

Oriunda do desalinhamento entre o direito constitucional e o direito processual civil, que perpassa o descontentamento do jurisdicionado com as intermináveis demandas hoje existentes, nasce a necessidade de um novo processo civil que, além de desobstruir o judiciário, garanta o respeito aos princípios constitucionais processuais previstos, dentre eles, a segurança jurídica e a celeridade.

Isto porque, com o passar do tempo a nova circunstância de uma sociedade dinâmica, de elevada e rápida alterabilidade, impôs uma visão diferente ao direito. Nesta sociedade de alta mobilidade social, os conflitos levados ao judiciário tornaram-se mais complexos e em decorrência desta complexidade, a mera aplicação da lei escrita, outrora entendida como a

---

<sup>1</sup> \*Doutoranda em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM/SP. Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista "Julio de Mesquita Filho"- UNESP/Marília. Professora Universitária, titular da disciplina de Direito Constitucional e Coordenadora Adjunta do Curso de Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM/SP.

principal segurança jurídica do *civil law*, tornou-se um instrumento insuficiente de solução dos litígios (MARINONI, 2014, p.49).

Por essas razões, o projeto do novo Código de Processo Civil volta-se, em diferentes frentes, à produção de mecanismos que de fato estejam aptos a combater o problema da lentidão da Justiça, do pensamento jurídico de natureza lógico-dedutiva, que até então dominava a resolução dos conflitos, dando lugar ao reconhecimento de que as decisões judiciais já não mais podem ser vistas como resultado da aplicação automática da lei, impotente para resolver parte significativa das demandas (WAMBIER, 2009, p.124).

Destes diferentes mecanismos, vale ressaltar, dentre outros, a preocupação do legislador em concretizar por meio do processo judicial o princípio da isonomia, favorecer a uniformização e estabilidade da jurisprudência pelos precedentes judiciais e, de forma bastante didática, firmar o respeito às decisões dos Tribunais Superiores. Neste sentido, o referido projeto buscou prestigiar os anseios de celeridade e estabilidade processual.

Como bem adverte o eminente professor José Carlos Barbosa Moreira (2004, p.5)

Se uma justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser a melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.

De fato, não se pode ignorar que a prestação jurisdicional eficiente é aquela em que a pretensão deduzida é atendida a tempo, pondo a salvo as partes dos desdobramentos da lesão ou ameaça que vinham sofrendo, de maneira célere, mas especialmente efetiva.

A preocupação concentra-se em encontrar uma resposta que, entendendo que a lei escrita não seja a única e inexorável solução de conflitos, possa resolver a tutela jurisdicional na sua inteireza e complexidade de demandas sem comprometer o princípio da igualdade, pela diversidade de decisões, ao utilizar parâmetros 'não tão seguros' como defendidos na aplicação lógico-dedutiva da lei escrita. Neste sentido, como a uniformização da jurisprudência e o respeito aos precedentes judiciais podem tornar mais efetiva a tutela jurisdicional e ainda, serem instrumentos de igualdade e segurança jurídica ?

Assim, partindo de um estudo doutrinário e da leitura do texto do projeto do novo código processual, o presente artigo dedica-se a uma análise dos elementos que compõem a garantia da segurança jurídica, que passa a necessitar de maior e mais detida atenção, principalmente quando a legislação processual está prestes a criar novos instrumentos voltados à garantia de direitos.

## 1 O VALOR DA SEGURANÇA JURÍDICA: ESTABILIDADE E PREVISIBILIDADE

Nas últimas duas décadas, inúmeras reformas legislativas alteraram diferentes dispositivos do atual Código de Processo Civil.

Várias são as razões que fundamentam essas reformas, mas é certo que a intenção de tornar a tutela jurisdicional mais célere e justa sempre foi a principal. A celeridade tem sido a razão propulsora dos esforços legislativos de organização de uma nova ordem processual.

A segurança jurídica, por sua vez, é vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica, e previsibilidade das conseqüências jurídicas de determinada conduta, sendo indispensável para a conformação de um Estado de Direito.

A Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha (2005, p.168), para quem a segurança jurídica é um direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas, preleciona:

Segurança jurídica poderia mesmo parecer tautologia. Direito e segurança andam juntos. Claro: o direito põe-se para dar segurança, pois, para se ter insegurança, direito não é necessário. Mas a segurança não é imutabilidade, pois esta é própria da morte. A vida, esta, rege-se pelo movimento, que é próprio de tudo que vive. A sociedade, como o direito que nela e para ela se cria, é móvel. O que se busca é a segurança do movimento. Ele pode se produzir no sentido do incerto, o que é contrário ao direito, gerando desconforto e instabilidade para as pessoas.

Portanto, depreendem-se dois elementos indissociáveis da segurança jurídica: a previsibilidade e a estabilidade.

Inicialmente, por previsibilidade deve ser entendida a univocidade na qualificação das situações jurídicas, ou seja, previsibilidade em relação às conseqüências das ações do cidadão. Mas, para que haja previsibilidade, igualmente são necessárias três condições:

- a) *possibilidade da compreensão* em termos jurídicos;
- b) *confiabilidade* naqueles que têm o poder para afirmá-la.

Ressalta Luiz Guilherme Marinoni (2014, p.124) que “a previsibilidade não depende da norma em que a ação se funda, mas da sua interpretação judicial, é evidente que a segurança jurídica está ligada à decisão judicial e não à norma jurídica em abstrato”, e

- c) *efetividade do sistema jurídico* em sua dimensão de capacidade de permitir a previsibilidade.

Neste sentido cumpre asseverar a ressalva do professor Marinoni segundo o qual o sistema jurídico brasileiro não é capaz de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas. As decisões do Superior Tribunal de Justiça não são respeitadas nem no âmbito interno da Corte.

Em segundo, para que haja segurança jurídica é imprescindível que haja *estabilidade* da ordem jurídica (ser estável), com um mínimo de *continuidade* e *uniformidade* na interpretação e aplicação do direito.

A *estabilidade* é dimensão objetiva da segurança jurídica e está ligada à lei e às decisões judiciais. Não se traduz apenas na continuidade do direito legislado, exigindo também a continuidade e o respeito às decisões judiciais, isto é, à uniformidade e respeito jurisprudência.

Para a professora Tereza Arruda Alvim Wambier (2009, p.121) “a função do direito é, em primeiro lugar, a de gerar estabilidade, proporcionando tranquilidade no jurisdicionado, na medida em que esse possa moldar sua conduta contando com certa dose considerável de previsibilidade”

Em geral considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito (...) a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. (CANOTILHO, 2002, p.257)

Assim, uma nova ideologia que respeite a garantia da segurança jurídica deve também respeitar ao *duplo grau de jurisdição* visto como princípio fundamental da justiça e garantia constitucional; não se sustenta diante da tese de que o juiz de primeiro grau deve ter liberdade para decidir de forma contrária aos tribunais.

Também a *coisa julgada* é imprescindível à tutela da confiança nos atos do poder público e à afirmação do poder estatal, sobretudo porque inatacável. A decisão, assim, não será alterada no futuro para nenhum dos titulares do direito. Nas tutelas inibitórias, por exemplo, é a garantia de que o direito não será violado. Enquanto os precedentes garantem a estabilidade, a coisa julgada garante a inalterabilidade.

Acerca da coisa julgada, a doutrina da Ministra Carmem Lúcia (2005, p.176) é precisa ao afirmar que a regra da certeza de todas as coisas e atos no direito está acoplada ao princípio da segurança jurídica, e neste espaço constitucional se incrustou a coisa julgada, contra a qual nem mesmo o legislador pode atuar. E a própria coisa julgada foi elevada à condição de direito, contra o que não pode atuar nem mesmo o Estado-legislador sob pena de atentar contra a segurança das coisas no direito.

Cumprido ressaltar neste ponto que, como vista hoje, esta inalterabilidade provocada pela coisa julgada é fruto de uma ideologia de precedencialismo, enquanto numa nova concepção a estabilidade e a inalterabilidade podem ambas estarem protegidas pelo precedencialismo.

Neste sentido, a legislação processual brasileira tem caminhado para a valorização cada vez maior das decisões pretéritas, ou seja, dos precedentes

judiciais, com o escopo de preservar a uniformização da jurisprudência e o respeito aos precedentes, incentivando também a edição de súmulas<sup>2</sup>, estabelecendo o respeito dos órgãos fracionados à orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores a que estiverem vinculados e, finalmente, que a jurisprudência firmada deve nortear as decisões de qualquer nível.

## 2 PRECEDENTES E SEGURANÇA JURÍDICA NO *COMMON LAW* E NO *CIVIL LAW*

Para que possamos entender a origem e a existência dos precedentes judiciais é importante uma análise histórico-crítica dos sistemas do *common law* e do *civil law*.

Cumpra asseverar que o sistema do *common law* não nasceu com as características que manifesta nos dias de hoje, embora seu principal embasamento sempre tenha estado presente e ainda pareça evidente: os casos concretos são a fonte do direito.

“Na tradição do *common law* inglês, o Parlamento considerava as decisões proferidas pelas cortes nos casos concretos para, a partir delas, precisar e delinear a lei decorrente da vontade comum” (MARINONI, 2014, p.33).

Isto porque, na Inglaterra o juiz esteve ao lado do Parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, reivindicando a proteção dos direitos dos cidadãos. Não havia razão para desconfiar que os magistrados se colocassem, após a revolução, ao lado do rei e a favor do absolutismo porque durante toda a revolução os juízes lutaram ao lado do legislador contra o arbítrio do rei. Assim, o juiz inglês não só tinha legitimidade para interpretar a lei como também extrair dela direitos e deveres – era o *common law*.

Nota-se com isso que, o *common law* não é a desnecessidade de leis, mas a necessidade de um sistema de precedentes. Este sistema, composto de costumes –observados pelos magistrados ingleses- pautava as decisões dos conflitos nos costumes sendo que, atualmente, as decisões judiciais inglesas são pautadas nelas mesmas, ou seja, nos precedentes. Assim, hoje, o *common law* considera o precedente como fonte do direito

Já a Revolução Francesa, marcou o direito francês com a concepção dogmática de que o direito se restringe ao produto do legislativo, ancorada no dogma da estrita separação de poderes. Isto porque, a burguesia nutria uma profunda desconfiança em relação aos juízes, que não nutriam credibilidade uma vez que eram apoiadores do monarca; os juízes foram proibidos de

---

<sup>2</sup> Há profundas semelhanças entre os institutos das súmulas e dos precedentes. As súmulas, no direito brasileiro, podem ser entendidas como mecanismos destinados a facilitar a resolução de casos fáceis que se repetem; são enunciados gerais e abstratos voltados à solução rápida dos conflitos, de forma a desafogar o Judiciário. Já as súmulas vinculantes foram instituídas em nosso ordenamento jurídico por meio da EC 45 e estão previstas no artigo 103-A da Constituição Federal; podem ser proferidas de ofício ou por provocação do Supremo Tribunal Federal, passando a ter efeito vinculante a partir de sua publicação; sua constituição tem por objeto o futuro e, não necessariamente a uniformização da jurisprudência.

interpretar a lei para não distorcê-la e assim frustrar os objetivos do novo regime. Firmava-se uma crença de que a vontade do povo estava efetivamente refletida na lei.

De forma crítica, o professor Marinoni (2014, p.49) salienta que o *common law* confiou e apostou no judiciário, enquanto o *civil law* escravizou os juízes ao Parlamento, e também ressalta que, a superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo teve efeitos completamente diversos nos dois sistemas, tendo colaborado com a formação das concepções antagônicas de juiz-boca-da-lei e juiz legislador.

No tocante à garantia de segurança jurídica pode-se delinear do exposto que no *civil law* a certeza do direito está na impossibilidade do juiz interpretar a lei, ou seja, está na própria lei. O juiz atua somente na vontade da lei e desta certeza decorre a segurança jurídica dos jurisdicionados, e mais, estaria garantida a igualdade dos cidadãos.

Já no *common law*, como há a possibilidade do juiz interpretar a lei, então a segurança jurídica está garantida pelo respeito aos precedentes. Neste caso, se os juízes podem interpretar a lei e, portanto, decidir diferentemente, a garantia da segurança jurídica, com sua respectiva estabilidade e previsibilidade está firmada na força vinculante dos precedentes.

### 3 A QUESTÃO DA IGUALDADE E OS PRECEDENTES JUDICIAIS

Certamente haverá uma inegável conexão entre *a lei escrita* e a igualdade, sempre que se entender que quando impera a lei, a igualdade é garantida.

A doutrina da professora Tereza Arruda Alvim Wambier (2009, p.124), no tocante à garantia de igualdade assevera:

De fato, a igualdade estava entre as principais idéias encampadas pela legislação concebida durante o período revolucionário francês: *liberté, égalité et fraternité*. Estas idéias estavam refletidas nas leis escritas e os tribunais deviam aplicar esta lei aos casos concretos, jamais formulando regras gerais. Entendia-se que o juiz não podia interpretar os textos legais, devendo-se limitar a aplicá-los aos casos, pois o que se temia é que, pela via interpretativa, pudesse ser distorcido o texto.

No entanto, com o passar do tempo estas idéias sucumbiram à nova circunstância de uma sociedade dinâmica, de elevada e rápida alterabilidade, uma sociedade moderna que tomou o espaço do mundo estável impondo uma visão diferente do direito.

Nesta sociedade dinâmica, de alta mobilidade social, os conflitos levados ao judiciário tornaram-se mais complexos e em decorrência desta

complexidade, a *lei escrita* torna-se um instrumento insuficiente de solução dos litígios.

Neste contexto, o pensamento jurídico, de natureza lógico-dedutiva, que até então dominava a resolução dos conflitos, dá lugar ao reconhecimento de que as decisões judiciais já não mais podem ser vistas como resultado da aplicação automática da lei, impotente para resolver para significativa das demandas (WAMBIER, 2009, p.124).

Sendo assim, a fim de solucionar tais demandas pelo repensar a rigidez da lei escrita e sua aplicação automática, novos paradigmas devem ser traçados respeitando, no entanto, o comprometimento com a garantia de segurança jurídica: estabilidade e previsibilidade.

Neste contexto, o princípio da igualdade, também é visto como razão para adoção dos precedentes. Nosso sistema jurídico garante a igualdade diante da jurisdição, tendo como espécies a igualdade de tratamento no processo, a igualdade de acesso e a igualdade ao procedimento e à técnica processual. Onde está a igualdade diante das decisões judiciais ?

O atual Código de Processo Civil, vigente desde 1973, repercutiu satisfatoriamente durante as suas duas ou três décadas iniciais. Já no caminhar dos anos 90, no entanto, contínuas reformas, muitas conduzidas pelos ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram diversas alterações com o objetivo de adaptar as normas processuais a significativas mudanças na sociedade brasileira e no funcionamento das instituições.

De outra face, tais reformas promoveram o enfraquecimento da coesão entre as normas processuais, comprometendo sua sistemática e trazendo uma complexidade que se confunde com desordem, prejudicando a funcionalidade e a celeridade, e, em última análise, comprometendo o grau de eficiência e efetividade das demandas judiciais.

Portanto, a preocupação concentra-se em encontrar uma solução que, entendendo que a lei escrita não seja a única e inexorável solução de conflitos, possa resolver a tutela jurisdicional na sua inteireza e complexidade de demandas sem comprometer o princípio da isonomia, pela diversidade de decisões, ao utilizar parâmetros 'não tão seguros' como defendidos na aplicação lógico-dedutiva da lei escrita.

Neste sentido é que o projeto do novo Código de Processo Civil traz consigo o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo - porque mais próximo à realidade e às necessidades sociais - e muito menos complexo, que valoriza a uniformização da jurisprudência e o respeito aos precedentes judiciais. Assim, a Câmara dos Deputados manteve o sistema acolhido no projeto do novo Código aprovado no Senado Federal de atribuir eficácia vinculante aos precedentes judiciais, tendo previsto o Capítulo XV com o título 'Do Precedente Judicial'.

Os precedentes judiciais podem, então, ser pensados a partir do sistema do *common law*, justamente pela prática de se respeitar as decisões pretéritas, onde o juiz está comprometido com os cidadãos, reconhecendo que os casos não são idênticos e que há uma previsibilidade garantida pela obediência aos precedentes.

Não se pode negar quão incoerente é para um Estado Democrático oferecer decisões desiguais para casos iguais. Apesar da forte afirmação do *civil law* da igualdade perante a lei, diuturnamente as decisões judiciais no Brasil diferem de uma Turma recursal para outra em casos iguais, o que poderia ser obstaculizado pela simples observância dos precedentes.

O *precedente* está intimamente ligado ao *poder* e ao *respeito ao passado* na medida em que uma decisão que emana de autoridade e interfere na vida particular das pessoas cria um precedente que deve ser respeitado por quem o produziu e por quem irá decidir caso futuro semelhante. Assim, é legítima a expectativa do jurisdicionado de que em situação similar, a mesma sorte será a sua em relação ao caso anterior, não sendo surpreendido por decisão divergente.

O *precedente* não se confunde com o *costume*, mas pode o precedente se fundar num costume e assim contar com algo que mesmo não sendo imprescindível irá propiciar maior força para seu desenvolvimento e afirmação. O valor do *precedente* está também em ensinar algo para o presente, inclusive para evidenciar que o passado não deva ser perpetuado.

O *precedente visto em relação ao futuro* traz ao juiz maior responsabilidade. O magistrado conscientiza-se que sua decisão deverá ser respeitada pelos seus sucessores e interferirá sobre o comportamento das pessoas no presente e futuro. No precedente a decisão não apenas considera o passado como serve de guia para o futuro (MARINONI, 2014, p.107).

Muito importante salientar que o *precedente* é formado pela parte da decisão que trata sobre questões de direito. Cada caso será considerado único, sem que forme precedente quando que a decisão tratar de questões de fato.<sup>3</sup>

Finalmente, para que alcance força *vertical* e força *horizontal* os precedentes devem ser respeitados tanto pelos órgãos judiciais inferiores quanto pelos órgãos de um mesmo tribunal superior. Neste sentido, para que o *precedente* seja persuasivo é preciso que exista algum constrangimento sobre aquele que vai decidir. É necessário que o órgão decisório tenha alguma obrigação diante da decisão tomada, devendo apresentar convincente fundamentação para não adotá-lo.

No Brasil, até então, os precedentes não têm se apresentado sequer persuasivos.

---

<sup>3</sup> A *ratio decidendi* é o núcleo do precedente; é a proposição jurídica, explícita ou implícita, imprescindível para a decisão e que deve necessariamente ser seguida; é qualquer regra de direito expressa ou não tratada pelo juiz como passo necessário para alcançar a sua conclusão. Difere da *obiter dicta* que corresponde ao restante do conteúdo da decisão que não seja *ratio decidendi*; teria valor meramente persuasivo, não vinculativo. No caso de questões independentes, a questão cuja análise não é necessária à resolução, posto que irrelevante ou periférica, representa a *obiter dictum* (não vincularia as cortes inferiores); mas se, no caso concreto, a *obiter dictum* é intimamente ligada ao caso sob julgamento e foi abordada de forma aprofundada pelo Tribunal assume perfil de *ratio decidendi* e deve ser considerada como tal (vincularia as cortes inferiores).

#### 4 A NECESSIDADE DE UNIFORMIZAÇÃO E RESPEITO À JURISPRUDÊNCIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Claramente a jurisprudência pátria tem sido ampliada pela nova realidade de um sistema de normas jurídicas cada vez mais abertas à interpretação judicial pela existência de conceitos imprecisos, previsões vagas, cláusulas gerais e princípios jurídicos, que abrem espaço para o Judiciário adaptar o direito a mudanças e peculiaridades dos casos concretos.

Assim, os conceitos e as previsões vagas, ao mesmo tempo em que oportunizam ao juiz tomar uma decisão mais afeta ao caso concreto e suas peculiaridades, proporciona uma duração maior ao texto da lei.

No sistema do *civil law* sempre que o juiz decide com base em conceitos vagos, preenchendo com sentido preciso uma expressão utilizada pela lei, não significa necessariamente que rompeu com o imperativo da igualdade, comprometendo a estabilidade e a previsibilidade, mas sim que preencheu um conceito aberto, num caso concreto.

O mesmo ocorre com os princípios, que por sua vez, carregam alto grau de abstração, propositadamente marcados de dimensão axiológica, estabelecendo valores que são ponderados tão somente diante do caso concreto.

Sobre os princípios jurídicos, bem alertam Eduardo Cambi e Ivan Moizés Ilkiu (2014, p. 137) de que a abertura constitucional criou um desafio hermenêutico de se aplicar os conceitos e valores constitucionais aos chamados 'hard cases' (casos difíceis).

Diante dessa crise da noção tradicional de norma jurídica limitada à estrutura de regra, volta-se o Direito à consideração do critério normativo dos princípios, antes considerados como meras políticas dirigidas ao legislador (...) essa abertura e diversidade de aplicação dos princípios tem tornado a hermenêutica jurídica complexa. O crescimento da importância dos princípios no cenário jurídico é diretamente proporcional ao aumento da importância da prática judicial como fonte do direito, porque são os princípios que permitem ao intérprete alcançar normativamente situações que antes não se enquadrariam no suposto fático, ou mesmo criar soluções distintas das previamente previstas (CAMBI; ILKIU, 2014, p.137)

Neste sentido, sim, se poderia afirmar alguma (mas, remediável) imprevisibilidade. Em sistemas marcados por parâmetros digamos, menos seguros, como é o caso do nosso conforme acima delineado, parece quase inevitável que haja certa imprevisibilidade, especialmente quando presentes estas imprecisões.

Essas aberturas proporcionam certa margem de liberdade ao juiz, para que decida de forma mais rente e adaptada aos casos concretos; sendo assim, é imperioso que, uma vez delineada a regra, haja um movimento da

jurisprudência no sentido de segui-la. Somente desta forma se preserva a igualdade, criando-se estabilidade e previsibilidade (WAMBIER, 2009, p.131).

Sendo assim, imprescindível afirmar que um sistema que presa pela coerência de sua jurisprudência e pelo respeito aos seus precedentes corrobora com o Estado de Direito, especialmente nos sistemas jurídicos marcados por diretrizes menos seguras e portanto, com maior potencialidade de gerar decisões disformes em casos idênticos, como ocorre em nosso país.

Portanto, o que se pretende demonstrar nas linhas deste artigo é que esta insegurança jurídica, oriunda da motivada imprevisibilidade, calcada na celeridade e promessa de efetividade, pode ser atenuada e até mesmo superada, quando se torna regra a necessidade urgente de uniformização das decisões baseadas em parâmetros abertos, flexíveis e menos seguros, como dito alhures.

Por estas razões, o legislador pátrio inevitavelmente já tem reconhecido que não é conveniente que os Tribunais Superiores decidam concomitantemente, de forma diferente, questões iguais. Vários dispositivos processuais expressam a tendência de se caminhar no sentido de promover razoável uniformidade e coerência na jurisprudência nacional, tanto em âmbito vertical quanto horizontal.

Ao tratar do tema de uniformização e respeito à jurisprudência, é salutar destacar que a Corte de Cassação Francesa instituída em 1790 tinha como objetivo inicial limitar o poder judicial mediante a cassação das decisões que contrariassem o direito criado pelo parlamento. Assim, no início a função da Corte era somente cassar ou anular a decisão incorreta; posteriormente a Corte passou a órgão de definição da interpretação correta e com isso, passou também a tribunal de cúpula do sistema, sobrepondo-se aos tribunais ordinários. Este ponto tem relevância insuspeita, particularmente em face do sistema brasileiro.

Não obstante, cabe sublinhar, que, se a função do Superior Tribunal de Justiça é zelar pela integridade do direito infraconstitucional, a sua feição não é diferente daquela que a Cassação francesa assumiu com o passar do tempo.

Também no sistema brasileiro, há preocupação em saber como o Judiciário deve se exprimir diante da inafastabilidade de diversas interpretações, sendo a possível solução para o problema a imposição da interpretação do Superior Tribunal de Justiça sobre os tribunais ordinários (MARINONI, 2014, p.60).

Em linhas gerais é imprescindível impedir o juiz ordinário de decidir de modo contrário aos Tribunais Superiores.

Se consideradas a súmula vinculante e a decisão com eficácia vinculante, o fato é que, em nosso sistema, muitas vezes decide-se pela edição de uma súmula vinculante para não pairar dúvida acerca da eficácia vinculante que naturalmente decorre da *ratio decidendi* claramente delineada em recurso (extraordinário). Isto ocorre não porque a súmula vinculante é de fato necessária, mas porque não há pleno consenso de que as decisões tomadas em recurso extraordinário têm eficácia vinculante.

Está mais do que claro que no Estado Democrático de Direito, a isonomia firma-se diante da jurisdição como a igualdade de tratamento no processo, a

igualdade de acesso, a igualdade ao procedimento e à técnica processual e também a igualdade diante das decisões judiciais.

Evidente que a jurisdição não encontra legitimação ao oferecer decisões diferentes para casos iguais ou ao gerar decisão distinta da que foi formada no tribunal competente para a definição do sentido e do significado das normas constitucionais e dos direitos fundamentais (MARINONI, 2014, p.142).

Por essas razões, o projeto do novo Código de Processo Civil, com redação aprovada recentemente pela Câmara dos Deputados, neste sentido manteve as diretrizes do projeto original do Senado Federal estabelecendo no artigo 520 que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável” determinando ainda, que “na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, os tribunais devem editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante” (BRASIL, 2014).

Frise-se que cabe ao Superior Tribunal de Justiça definir a interpretação da lei federal e ao Supremo Tribunal Federal estabelecer o significado das normas constitucionais. Assim, o sistema afirma o direito de recorrer sempre que a decisão estiver em desacordo com o entendimento dos tribunais superiores do que se denota a proteção à coerência da ordem jurídica.

Portanto, impensável se admitir o processamento de uma causa em tribunal que possa decidir sem considerar as decisões dos tribunais superiores. Não há sistema nivelado que possa desprezar a hierarquia. E não se deve confundir independência e autonomia do judiciário com o respeito à hierarquia dos tribunais e de suas decisões superiores.

## **5 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Sob os ditames das garantias constitucionais e iluminado pelos holofotes da promessa de eficiência da tutela jurisdicional pela celeridade processual, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado n. 166/2010.

Diferentes dispositivos do projeto, que após sofrer várias emendas retornou da Câmara dos Deputados Federais para o Senado no último dia 27 de março, exteriorizam a concepção de que a celeridade é o valor que norteia o novo processo civil.

O próprio Presidente da Comissão que elaborou o projeto, o eminente Ministro Luiz Fux, declara no texto das *Decisões acerca das proposições temáticas* que a ideologia norteadora dos trabalhos da Comissão foi a de conferir maior celeridade à prestação da justiça.

Mudanças necessárias fazem parte do conteúdo do projeto, reclamadas já há muito pelo jurisdicionado e pelos profissionais do direito, ecoadas por todo o país.

Busca-se ultrapassar a visão do processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método voltado à solução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais.

Dentre os principais objetivos traçados pela reforma estão os de: 1- estabelecer coesão entre as normas processuais e a Constituição Federal; 2- promover condições para que a decisão proferida esteja mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3- minorar a complexidade do sistema; 4- dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado e 5- imprimir maior coerência ao sistema como um todo. Frise-se: todos os objetivos intimamente atrelados ao objetivo fundamental da eficiência pela celeridade do processo.

Cumpra-se asseverar que o projeto do novo código tem como premissa o objetivo de atribuir maior unidade e coesão ao sistema. Cabe transcrever o artigo 520 do projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro que inaugura o Capítulo 'Do Precedente Judicial':

Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável.

Parágrafo único. Na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, os tribunais devem editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante (BRASIL, 2014)

Prosseguindo na leitura do artigo 521 do projeto, nota-se, no que diz respeito à previsibilidade e estabilidade das decisões, que uma das mais significativas propostas contidas no texto é a de uniformização e estabilidade da jurisprudência, de forma a garantir a segurança jurídica. A saber:

Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas: (BRASIL, 2014)

(...)

Assim, a Câmara dos Deputados manteve o sistema acolhido no projeto do novo Código aprovado no Senado Federal de atribuir eficácia vinculante aos precedentes judiciais. Alocado seguinte ao capítulo que trata da sentença e da coisa julgada, destina-se especificamente a atribuir eficácia vinculante aos provimentos judiciais finais, o que decorre da leitura dos incisos do artigo 521, destinados a estabelecer os parâmetros de respeito aos precedentes e à jurisprudência como um todo, especificamente voltados à atuação dos juízes e tribunais.

Neste sentido, os seis incisos seguintes determinam aos juízes e tribunais que sigam: I- as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II- os enunciados de súmula vinculante e os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; III- os enunciados das súmulas do

Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, e dos tribunais aos quais estiverem vinculados, nesta ordem; IV- os precedentes, não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante (do plenário do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional e da Corte Especial ou das Seções do Superior Tribunal de Justiça, nesta ordem, em matéria infraconstitucional); V - os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem, não havendo precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, e finalmente VI- os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem, em matéria de direito local.

O texto preocupa-se, ainda, em regular os casos em que a eficácia vinculante não incide, de modo a permitir a correta distinção entre o caso que deu origem ao precedente vinculante e um caso concreto posterior que, por ser diferente daquele, não deva ser julgado da mesma maneira.

Cabe lembrar, também, a nota apontada no tópico 3 a respeito da distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* que certamente não passou à margem das considerações legislativas acerca do tema. Neste caso o projeto expressa que o precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos e *caput* do artigo 521 poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

Por outro lado, no tocante ao procedimento para a modificação de entendimento sedimentado, assim como a possibilidade de afastamento do entendimento, a previsão é clara nos parágrafos do, já mencionado, artigo 521 do projeto do novo Código, segundo os quais a modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se por meio: I- do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante; II- do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante; III- incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas hipóteses dos incisos II a VI do *caput*.

No mesmo sentido, a modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida.

A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos.

Finalmente, cabe firmar que, mantida sempre a preocupação com a segurança jurídica, o projeto do novo código prevê nos parágrafos 6º e 10º do

artigo 521 que em caso de modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observar-se-á a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, sendo que os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Evidencia-se, portanto, que a segurança jurídica comporta, conforme já definido, dois ângulos: o da previsibilidade e o da estabilidade. Assim, a segurança jurídica pode ficar comprometida também pela mudança repentina do entendimento firmado nos Tribunais Superiores a respeito de questões de direito, se pensada sob o ângulo da estabilidade, ou seja, recomenda-se que uma vez a jurisprudência pacificada ou sumulada, esta deva ser estável.

Da leitura, cumpre ressaltar também, em linhas gerais, que um processo mais eficiente e célere pode ser alcançado pelo incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas, medida que visa o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, nas quais, se vislumbram decisões conjuntas e, portanto, uma razoável atenuação na carga de trabalho do Poder Judiciário.

Some-se, especialmente, que posicionamentos incompatíveis emanados dos Tribunais Superiores, a respeito da mesma norma jurídica, podem levar os jurisdicionados em situações idênticas a se submeterem a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos, o que fere qualquer Estado de Direito.

Neste sentido, estabelece o projeto do novo Código de Processo Civil:

Art. 522. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos o:

- I - do incidente de resolução de demandas repetitivas;
- II - dos recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual (BRASIL, 2014)

Portanto, dentre outras medidas, o projeto do novo Código prestigia o caminho já traçado pelo ordenamento jurídico brasileiro e expressado na criação da Súmula Vinculante emanada do Supremo Tribunal Federal e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos, estimulando a tendência de uniformização da jurisprudência, à luz do que venha a ser decidido e, se estabilize, nos tribunais superiores e até de segundo grau.

Desta feita, clarifica-se e consolida-se a premissa de uniformização da jurisprudência e do respeito aos precedentes judiciais, regulamentando-se, também, a eficácia das decisões que superam os precedentes, de forma a respeitar os princípios da segurança jurídica, confiança e isonomia.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A celeridade, a igualdade e a segurança jurídica, com seus elementos de previsibilidade e estabilidade, são valores almejados pelo sistema processual brasileiro.

Não se pode negar, no entanto que o nosso atual sistema sofre de incerteza jurídica, motivada pela imprevisibilidade e instabilidade das decisões dos juízes e tribunais. Isto porque o sistema do *civil law* apenas menciona a segurança jurídica de maneira teórica, o que acaba por submeter os jurisdicionados à desconfiança e ao temor, sem previsão de resultado, diferentemente do *common law* que tem o *stare decisis* como instrumento de segurança jurídica.

Entretanto, esta insegurança pode ser atenuada e até mesmo superada quando se torna regra a necessidade urgente de uniformização das decisões baseadas em parâmetros menos seguros e no respeito aos precedentes judiciais.

Cada vez mais o papel do juiz do *civil law* se aproxima do papel do juiz do *common law* na medida em que os precedentes passam a ser respeitados também no *civil law* como pretende e determina o projeto do novo Código de Processo Civil. Não se pode mais aceitar um juiz que se suponha desvinculado de decisões do passado e diuturnamente prolate decisões em sentidos diferentes.

Frise-se que a segurança jurídica e a igualdade somente estarão garantidas ao jurisdicionado quando, diante de casos distintos, o juiz deixar de decidir de acordo com decisão que já prolatou, ainda que diante de caso similar, de forma profundamente justificada e desde que devidamente fundamentado o motivo pelo qual está alterando sua primitiva decisão.

No Estado constitucional, não há Poder que não tenha responsabilidade pelas suas decisões. O neoconstitucionalismo traça um novo significado para a função judicial e o juiz deixa de ser *bouche de la loi*. Percebe-se que a lei é interpretada de diversas formas e que o sistema do *civil law* não pode mais postular a segurança jurídica na idéia de 'estrita aplicação da lei'.

Neste sentido, quando se pensa em igualdade das decisões remete-se a questão à interpretação judicial. Considerando-se que o texto da lei traz imprecisões, significados indeterminados e equívocos dando margem a uma variedade de interpretações, se tem plenamente justificada a necessidade da existência de precedentes e de uniformização da jurisprudência. Resta imprescindível na contemporaneidade conferir às decisões do juiz um valor que expresse segurança jurídica e lhe atribua respeito e previsibilidade.

Assim, não há como justificar de forma plausível uma decisão diferente em um caso semelhante, sob pena de afronta irremediável aos valores da igualdade e da segurança jurídica, imprescindíveis para a efetividade e proteção aos direitos fundamentais.

Por essas razões, o projeto do novo Código de Processo Civil tem a pretensão de conferir unidade, organização e coerência ao sistema, de forma a tornar a jurisprudência uniforme e estável, garantindo a segurança jurídica por meio da proposta de que os tribunais superiores moldem as decisões de todos os tribunais e juízos singulares, com respeito também aos precedentes e

consequência última de otimização da tutela jurisdicional e efetivação de direitos.

Logo, a segurança jurídica fica comprometida sempre que há uma repentina alteração de entendimento dos tribunais sobre questões de direito e por isso a orientação de que uma vez sumulada ou pacificada a jurisprudência, seja também estável.

Enfim, por todo o exposto, pode-se concluir que o respeito aos precedentes judiciais e a uniformização da jurisprudência, conforme previstos no projeto do novo Código de Processo Civil têm a força necessária para resolver os problemas da insegurança jurídica e da ausência de igualdade nas decisões, observando ainda o respeito à celeridade, comprometendo cada vez mais o processo com sua natureza fundamental de solucionador de conflitos, de forma a efetivar os valores constitucionais fundamentais.

Vislumbra-se uma nova legislação processual mais voltada à efetivação dos direitos fundamentais à luz dos deveres do Estado, cuja exigência de procedimentos mais adequados à garantia e concretização dos direitos traduz o reflexo da tomada de consciência de que o processo tem natureza de instrumento de solução de conflito e efetivação de direitos.

Admitir o precedente judicial e fortalecer a uniformização da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro é garantir a segurança jurídica e assegurar a igualdade nas decisões judiciais, concedendo à sociedade uma resposta mais efetiva e justa, porque é inaceitável, como já dito, que jurisdicionados em situações idênticas, submetam-se a soluções diferentes ditadas por decisões judiciais emanadas de juízos e tribunais diversos.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. Em algum lugar do passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; estudo em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Minas Gerais: Editora Fórum, 2005, p.137-163.
- BRASIL, Congresso Nacional. Projeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília, 2014. Disponível em: [www.camara.gov.br/sileg/integras/1026407.pdf](http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1026407.pdf), acesso em 02 de abril de 2014.
- CAMBI, Eduardo; ILKIU, Ivan Moizés. Jurisdição Constitucional e Políticas Públicas. In: OLIVEIRA, Flávio Luis de; SIQUEIRA, Dirceu de (Coord.). *Acesso à justiça e concretização de direitos*. São Paulo: Editora Boreal, 2014, p.127-144.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GUILHERME, Thiago Azevedo. *Regras de distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.
- MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo Judicial*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Novas linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica do Direito*. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Futuro da Justiça: Alguns mitos, in *Temas de Direito Processual Civil*, Oitava Série, São Paulo: Saraiva, 2004.
- NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Princípio da Coisa Julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; estudo em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Minas Gerais: Editora Fórum, 2005, p.164-191.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Método, 2014.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia- o paradigma do racionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 172, jun. 2009, p.121-174.

# *A PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO ELETRÔNICO: BUSCA PELO ACESSO À JUSTIÇA*

Alexia Domene Eugenio

## **Resumo**

O artigo que segue tem como foco principal o acesso à justiça e sua relação com o procedimento judicial eletrônico, regulamentado pela Lei 11.419/06. Num primeiro momento é abordado o acesso à justiça em suas duas concepções, e são destacados os princípios processuais ligados a ele, e como se vem dando sua efetividade. Analisa-se em seguida o PJE, Processo Judicial Eletrônico, tratando de aspectos como seu desenvolvimento, suas vantagens e desvantagens. Por fim, as dificuldades em alcançar o acesso à justiça num momento tão envolvido com tecnologia, mas com muitos exemplos de exclusão digital e de desconhecimento do uso das ferramentas disponíveis ao cidadão.

## **INTRODUÇÃO**

Pela rápida e massiva disseminação dos meios eletrônicos para qualquer pessoa, sem estratificação social ou econômica, buscou-se adaptar o Direito à tecnologia. Seja dentro de códigos e dispositivos legais ou fora deles, o uso de aparelhos eletrônicos e de comunicação virtual tornou-se hábito.

A informatização do processo deu-se através da Lei nº 11.419/06, que busca atender os anseios por maior efetividade e duração razoável do processo, além da concretização de diversos outros princípios.

A princípio é abordado o acesso à justiça em suas concepções de acesso à justiça-acesso aos meios e acesso à justiça-resultado justo. É importante que o tema esteja sempre em discussão, visto que a efetividade do alcance do cidadão a uma ordem jurídica justa permite a concretização de diversos outros direitos.

O Processo Judicial Eletrônico por sua vez, pode ser considerado parte de uma política de adaptação da administração pública dentro do mundo cada vez mais tecnológico, em que o uso de computador, e principalmente computador com acesso à internet permite ao cidadão e operador do direito envolver-se cada vez mais com as atividades do setor público.

A pesquisa desenvolveu-se com base em obras e dados sobre o acesso à justiça e inclusão digital, analisadas segundo critérios sociais, históricos e econômicos, que podem ser determinantes quanto ao conhecimento da população das ferramentas disponíveis para sua participação na vida pública.

Além da bibliografia utilizada, foi realizada pesquisa de campo com serventuários do judiciário e Ministério Público da comarca de Presidente Prudente, tratando de aspectos referentes ao Processo Eletrônico e sua implantação nas repartições da cidade, o questionário segue ao fim do trabalho, como Anexo I.

A digitalização do processo é uma alternativa para melhorar a atividade jurisdicional, mas não é a única solução para dar fim à lentidão e desigualdades no acesso à justiça, pois a transição é lenta e enfrenta diversos

obstáculos, que devem ser solucionados com ajuda de todos, ou ficará ainda mais difícil a solução de litígios no judiciário.

## 1. ACESSO À JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO

Equivocadamente é disseminado que acesso à justiça significa o acesso ao judiciário para solução de conflitos, ou acesso aos meios de iniciar e conduzir o processo. Entretanto, o acesso à justiça representa além da tentativa de inclusão da população na busca pela tutela jurisdicional, e paridade de armas dentro do processo, também levar a essa mesma população o conhecimento acerca de seus direitos, possibilidades, e principalmente, permitir que cada cidadão obtenha satisfação em suas demandas, sendo permitido a ele o uso de todas as ferramentas judiciárias, como mandado de segurança e o remédio constitucional *habeas corpus*, e obter uma conclusão em tempo razoável, ou obter essa tutela ainda que fora do judiciário, podendo ser dado como exemplo o estímulo à arbitragem e conciliação.

Acesso à justiça tem, portanto, dupla acepção, como afirma Mauro Cappelletti (1988, p. 8), que “Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos”, e Keila Rodrigues Batista (2010, p. 25):

o cidadão que pleiteia um direito e que já ingressou no Judiciário, ou seja, acessou a Justiça, será que ele alcançou definitivamente esse acesso? Será que o seu direito pleiteado será reconhecido em conformidade com a segurança jurídica? Eis então a razão de o estudo configurar o “acesso à Justiça” nos dois sentidos.

As constituições brasileiras anteriores já traziam alguns dispositivos com o fim de garantir o acesso à justiça, por exemplo, a Constituição de 1934, prevendo em seu artigo 113, tópico 32) “aos necessitados a assistência judiciária”, assegurando no 35) “rápido andamento dos processos nas repartições públicas” e “expedição das certidões requeridas para defesa de direitos individuais, ou para esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos” e em seu 38) que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.”

Seguem sobre os termos da anterior as Constituições de 1937, 1946, 1967, e até mesmo na Emenda Constitucional nº 1 de 1969, símbolo do autoritarismo do período ditatorial do país, em particular trazia:

Art. 153 (...)

§ 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram

previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.

(...)

§ 30. É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Podêres Públicos, em defesa de direito ou contra abusos de autoridade.

§ 31. Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.

§ 32. Será concedida assistência jurídica aos necessitados, na forma da lei.

As normas constitucionais a que se fez referência buscavam concretizar o acesso à justiça como direito de cada cidadão, contudo, revelam-se como um “direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação” (CAPPELETTI, 1988, p. 9). O direito, consolidado na carta magna, poderia ser alcançado por aqueles que conheçam o andamento da máquina judiciária e que podiam arcar com os ônus.

Para deixar o âmbito do direito ao acesso meramente formal, como garantias a esse direito sobrevieram, por exemplo, as leis de assistência judiciária gratuita (nº 1.060\50), Ação Popular (nº 4.717\65), Juizado Especial de Pequenas Causas (Lei nº 7.244\84, já revogada), Lei de Ação Civil Pública (nº 7.347\85), Lei da Defensoria Pública (Lei Complementar nº 80\94), Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Ordinária (nº 9.099\95), Juizados Especiais Federais (nº 10.259\01).

Percebe-se que a elaboração das normas garantidoras do acesso à justiça veio seguindo a ordem de surgimento das “ondas” de solução aos problemas de acesso à justiça definidas por Mauro Capelleti, que são a) assistência judiciária; b) representação para defesa dos interesses difusos; c) enfoque de acesso à justiça (1988, p. 31). Cada momento definido por essas “ondas” representa a tentativa de suprir as necessidades da população quanto ao acesso à Justiça, interpor os obstáculos encontrados no caminho para a realização dos objetivos dentro do processo.

Processo, em seu verbete de dicionário, é o “Ato de proceder, seguimento; (...) série de fenômenos que se sucedem e são ligados por relações de causa e efeito; os diversos períodos da evolução de um fenômeno.” (BUENO, 2000, p. 625). Em sua concepção jurídica, pode-se dizer que o processo é um conjunto de atos cujo objetivo é ser instrumento de concretização do Direito Material, meio de garantir a apreciação de demanda por um terceiro imparcial, em que o Estado será responsável por julgar o litígio com justiça. Justiça é o que almejam aqueles que procuram o judiciário.

O processo então, como ferramenta de efetivação de direitos que vem sendo lesados, tem como principal objetivo a solução de conflitos, a pacificação social é o objeto-fim desse caminho composto por um conjunto de atos e fases que é o processo. Em busca de tal fim, o processo é sustentado por pilares

seguros, estes, são normas gerais que incidem sobre a interpretação de dispositivos legais, guiam a maneira de aplicar a lei.

Por tal relevância na interpretação do Direito, os princípios são protegidos constitucionalmente. Entre princípios processuais, deve ser lembrado o princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas também recebe o nome de *princípio do acesso à justiça*, positivado no inciso XXXV do Artigo 5º da Constituição, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

E também os princípios do juiz natural (Art. 5º, XXXVII e LIII); duplo grau de jurisdição (não expressamente previsto, mas implicitamente); publicidade (Art. 93, IX); inadmissibilidade das provas ilícitas (Art. 5º, LVI); contraditório e ampla defesa (Art. 5º, LV).

Além desses, na Constituição Federal, outro princípio processual é o princípio da celeridade processual, que será observado sob uma perspectiva fática:

Art. 5º. (...)

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Incluído ao texto constitucional apenas em 2004<sup>4</sup>, O inciso LXXVIII mostra-se um dispositivo ainda sem a eficácia social devida, pois o que se vê são anos de espera até ter-se uma sentença ou sentença transitada em julgado. Dados divulgados pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) apenas ratificam a situação que qualquer cidadão pode reconhecer, a dificuldade de andamento e cumprimento dos processos e mandados de prisão.<sup>5</sup>

Tais informações puderam ser juntadas devido ao advento da Lei n. 12.403/2011 que instituiu o BNMP, Banco Nacional de Mandados de Prisão, e agora o sistema reúne as informações sobre todos os mandados de prisão expedidos pelos Tribunais de Justiça e podem ser acessado pelos órgãos envolvidos (Polícias Civis, Polícias Militares, Polícia Federal, Ministério Público e órgãos do Judiciário).

A lentidão processual em si provoca um acúmulo de processos, e pilhas e pilhas amontoam-se pelas estantes, mesas, e chão dos corredores dos fóruns por todo o território nacional. Muitas vezes a dificuldade de entrar com uma ação e acompanhá-la por muito tempo, atrelado a toda a burocracia já conhecida pelo cidadão, também desestimulam a provocação do judiciário para a solução de irregularidades ou infrações. A razoável duração do processo ainda inalcançada é grande problema para o desenvolvimento do judiciário, que, entretanto, vem aprimorando-se para sanar a questão.

---

<sup>4</sup> Inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

<sup>5</sup> Brasil tem mais de 192 mil mandados de prisão aguardando cumprimento. CNJ Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/23760-brasil-tem-mais-de-192-mil-mandados-de-prisao-aguardando-cumprimento>> Acesso em: 4 mar. 2013.

À medida que a população mundial cresceu, a máquina judiciária não acompanhou esse crescimento, e as demandas passam a se acumular, e o acesso, que antes era a principal dificuldade a ser sanada, cede lugar à preocupação com a tutela, que precisa ser mais célere, tempestiva, efetiva.

A segunda parte do inciso LXXVIII trata dos “meios que garantam a celeridade de sua tramitação” que correspondem, na situação atual, principalmente aos Juizados Especiais, pois o incentivo de trâmite às causas de pequeno valor material e de menor complexidade nos Juizados Especiais representa uma melhoria no acesso à justiça e vem colaborando para desafogar a justiça comum. Também referente ao incentivo ao acesso à justiça, está nosso foco, a aplicação tecnológica nos sistemas judiciais.

## **2. APONTAMENTOS SOBRE DIREITO DIGITAL E O DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO ELETRÔNICO**

A Tecnologia da Informação aliou-se ao Direito para permitir, por exemplo, a contratação eletrônica e também uma ampliação do acesso a informações públicas por qualquer pessoa com acesso à rede<sup>6</sup>.

O avanço não é restrito apenas à internet, meio que é o mais presente atualmente, mas a tecnologia digital representou grande avanço para a solução de conflitos jurídicos ao longo da evolução do Direito. Podem ser citados, numa observação histórica, o advento de testes de DNA e engenharia genética aplicada ao Direito como a criação de bancos de dados para obter o perfil biológico de criminosos, também os cada vez mais modernos testes periciais e exames que possibilitaram, por exemplo, a detecção de anomalias fetais como a anencefalia ainda durante a gestação e assim concretizando a ampliação das exceções ao crime de aborto.

É natural utilizar a internet como meio para a realização de atividades que há alguns anos não eram possíveis – e talvez não se pensassem possíveis – portanto, atividades ligadas à atuação dos poderes não foram especificamente englobadas nos diplomas normativos, mas que paulatinamente valorizaram-se e já foram inseridas no ordenamento, ou estão em pauta nas casas legislativas, podendo ser citada a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/11) que obriga a divulgação de informações de interesse coletivo em sites na internet (Art. 8º, § 2º) e a seção específica de cybercrimes no Anteprojeto do novo Código Penal.

### **2.1 Processo Eletrônico**

Quanto à digitalização na esfera do Poder Judiciário, a Lei 11.280/06 acrescentou ao Art. 154 do Código de Processo Civil um Parágrafo Único, que

---

<sup>6</sup> Atualmente o poder público recentemente vem dedicando-se a manter a população informada sobre a administração dos bens públicos, seguindo uma política necessária, mas que veio tardiamente, a política da transparência, seguindo os padrões e obrigatoriedade da Lei 12.527/11, a Lei do Acesso à Informação.

abriu as portas para a comunicação dos atos processuais por via eletrônica, desde que observados os requisitos de “autenticidade, integralidade, validade jurídica e interoperabilidade da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP – Brasil”.

Em seguida, com regulamentação feita pela Lei 11.419 de 19 de dezembro de 2006, buscou-se criar uma facilidade maior no acesso ao trâmite do processo, que não se estende apenas ao autor do processo, mas também ao réu, advogado, servidor e a qualquer cidadão, de todo o território nacional que deseja consultar um processo específico.

As mudanças são graduais, e compreende o envolvimento de muitas engrenagens do sistema para que seja eficaz como é pretendido, e por isso, pode representar uma barreira ao acesso à justiça, ao contrário do planejado para a ferramenta.

Explica Renato Luís Benucci (2006, p. 61):

“não se está a defender o uso da tecnologia da informação no âmbito processual como panaceia para todos os males da morosidade processual, ou que a informática teria o condão de modificar, como por milagre, a crítica situação da prestação do serviço jurisdicional em nosso país, mesmo porque as novas tecnologias também exigem esforços adicionais de adaptação da jurisdição aos novos tipos de conflito levados ao seu entendimento”

Adentrando o tópico desejado, que é o desenvolvimento do PJE – Processo Judicial Eletrônico – primeiro, deve ser destacado que a nomenclatura é equivocada, pois ainda que receba o nome de “Processo Judicial Eletrônico” estamos diante de alteração quanto a *procedimento*, com possibilidade de aplicação para processo de conhecimento, cautelar, execução, etc.

Com o advento da Lei 11.419/06, foi regulamentada a realização de atos processuais por meio eletrônico, como já dito incansavelmente no trabalho. Mas, além disso, representa o primeiro passo de uma mudança radical para os operadores do Direito, que se verão compelidos a abandonar as práticas antigas, com papéis, carimbos, transporte de centenas ou milhares de páginas de um só processo, para dar lugar ao novo procedimento.

Essa realidade foi retratada por José Eduardo Cardozo, relator do projeto da lei do processo eletrônico, no prefácio do livro de outro doutrinador (ARAÚJO FILHO, 2008, p. XXXIII):

“Em um momento da história em que crianças de tenra idade realizam pesquisas escolares pela rede mundial de computadores, nossos autos processuais ainda são amarrados em capas de cartolina com linhas provavelmente semelhantes àquelas que Pero Vaz de Caminha amarrou a carta que endereçou ao Rei de Portugal. Enquanto transações bancárias são feitas à

distância por um simples teclado de computadores, petições iniciais são protocoladas com carimbos ou antigas máquinas de registro cartorial.”

Os processos estão informatizados em todas as suas fases, desde a fase postulatória até a decisória, desde o envio de petições, documentos, até os recursos e prolação da sentença, com a publicação em meio eletrônico.

A lei autorizou o Poder Judiciário a decidir sobre o sistema a ser utilizado para o processamento dos autos, sendo discricionário o desenvolvimento de sistema próprio do órgão ou um sistema utilizado por outro tribunal.

É, entretanto, exigência para o acesso a tais sistemas eletrônicos de processamento, a assinatura eletrônica (baseada em certificado digital) e credenciamento prévio como usuário no sistema do Poder Judiciário. Outros aspectos do processo eletrônico serão abordados no tópico seguinte.

### 3. ASPECTOS DO PJE A SEREM DISCUTIDOS EM PROL DO ACESSO À JUSTIÇA

A princípio deve ser observada a fonte que o PJE utiliza, que é a rede mundial de computadores. Ou seja, o acesso à justiça *eletrônica* só se torna possível com acesso a um computador com acesso à internet. O que nos leva a uma questão recorrente mesmo nos dias atuais, em que parece que a internet alcança tudo e todos, em qualquer canto do mundo.

Há ainda um abismo a ser preenchido em relação à **inclusão digital** quanto à democratização do sistema eletrônico, para ampliar a participação popular não só no processo como parte ou interessado, mas como cidadão atento ao seu desenvolvimento.

Extraí-se do *Mapa da Inclusão Digital* publicado pela FGV (2012, p. 68) uma caracterização da distinção que há em um mesmo país, levando em conta questões econômicas, geográficas e históricas:

“Os dados municipais revelam que São Caetano do Sul, em São Paulo, lugar aonde há a maior população da classe AB do país, também é o que apresenta maior acesso a computador e internet em casa (77,62% possuem computador e 74,07% estão conectados à rede). Em contrapartida, São Lourenço do Piauí é onde observamos a menor taxa de acesso a computador (0,43%). Quanto à internet, dos 20 menos, 18 municípios possuem acesso nulo (0%).”

O não-acesso a meios eletrônicos impede a aplicação dos princípios da publicidade e de acesso à justiça.

Tal problemática deve ser trabalhada em parceria do Poder Judiciário e Executivo, visando a promoção da cidadania, sem prejuízo do envolvimento Legislativo, que tem em sua competência a possibilidade de instituir programas que estimulem o acesso à tecnologia e informação.

Criados para suprir a lacuna que ainda existe, podem ser citados o PNBL – *Programa Nacional de Banda Larga* (Decreto 7.175/10), e o *Programa Nacional de Apoio à Inclusão Digital nas Comunidades - Telecentros.BR* (Decreto 6.991/09).

Referente ao âmbito judicial, foi pela Portaria nº 570/09 que o CNJ instituiu o *Comitê Gestor do Processo Judicial Digital*, que entre suas atribuições, está o estímulo a convênios para implantar o uso do serviço eletrônico judicial.

A disponibilização por parte do Poder Público de centros populares de uso de computadores (como o programa citado acima, Telecentros.BR), permite-se através deles primariamente o acesso à informação, e conseqüentemente ao sistema judicial de pesquisa de processos.

Além disso, tal iniciativa promove, ainda, o uso de computadores para a fiscalização da administração pública.

Com relação ao Procedimento Judicial Eletrônico, o sistema proporciona maior agilidade no envio de documentos, comunicação entre os próprios tribunais, e ao mesmo tempo precisa garantir segurança na tramitação do processo.

Com relação à segurança dos sistemas e dos dados, prevê o § 1º do Artigo 12 da referida lei: *“Os autos dos processos eletrônicos deverão ser protegidos por meio de sistemas de segurança de acesso e armazenados em meio que garanta a preservação e integridade dos dados, sendo dispensada a formação de autos suplementares.”*

Mesmo com a Lei exigindo a proteção dos dados enviados ao sistema, existe a insegurança quanto a seu armazenamento, pois *“Se os autos de papel são vulneráveis e estão sujeitos ao furto, ao incêndio, à ação da água, de pragas e de fungos; (...) os autos digitais estão sujeitos a problemas semelhantes, à vezes iguais”* (CALMON, 2007, p. 120).

Na pesquisa realizada com os serventuários do fórum da comarca de Presidente Prudente, a maioria crê na segurança do sistema, e que as informações enviadas estão protegidas, conforme é visto no gráfico que segue, em que 12,5% disse não acreditar na segurança das informações enviadas, e os outros 87,5% disseram que acreditam.

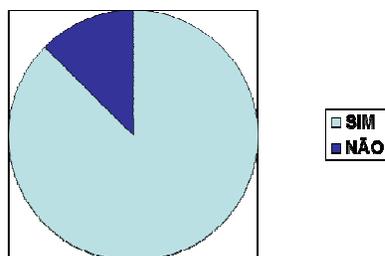


Gráfico relativo à questão nº 08.

A resolução nº 39, de 18 de abril de 2006 traz 4 aspectos da segurança, (I) segurança humana; (II) segurança física; (III) segurança lógica e; (IV) segurança dos recursos criptográficos (CALMON, 2007, p. 120).

A implantação do PJE na comarca de Presidente Prudente está se dando de maneira gradual, mas eficaz. Quando questionados acerca de sua opinião sobre o procedimento digital, as críticas foram frequentes, mas sempre demonstrando a esperança que essa alternativa traga melhoras ao trâmite processual.

“Precisa ser padronizado. Nada justifica que cada seguimento do Poder Judiciário tenha seu próprio processo eletrônico. O CNJ já está empenhado para que seja adotada uma ferramenta padrão em todo Brasil” (Juiz, há mais de 20 anos no cargo).

“A sociedade em geral ganhou com a implantação do processo digital, mas cabe ao PJ investir em recursos humanos para dar uma resposta rápida, efetiva e justa aos jurisdicionados” (Escrevente, no cargo entre 15 e 20 anos).

Analisando a opinião do que exerce o cargo de Juiz, extrai-se que os sistemas adotados são um obstáculo no uso do procedimento eletrônico, pois a diferença entre os sistemas impede que os funcionários trabalhem num ritmo razoável, visto que ao passarem pelo curso de adaptação que é oferecido quando do início da implantação do PJE eles aprendem de acordo com o sistema utilizado naquele tribunal.

Além disso, vê que fere um princípio consagrado, que é o de isonomia. A isonomia entre os sistemas traria maior celeridade à tramitação. Corroborando Petrônio Calmon (2007, p. 131) “Fica a esperança de que os programas realmente sejam reduzidos a um só tipo, ou ainda mais, que um só programa seja utilizado nos mais de oitenta tribunais do país, facilitando o exercício do acesso à justiça.”.

Tanto é verdade a disparidade de sistemas, que o Artigo 12, § 2º prevê essa diferença entre sistemas dos tribunais, e não promove a padronização, mas retrocede aos autos físicos como escape:

§ 2º. Os autos de processos eletrônicos que tiverem de ser remetidos a outro juízo ou instância superior que não disponham de sistema compatível deverão ser impressos em papel, autuados na forma dos arts. 166 a 168 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, ainda que de natureza criminal ou trabalhista, ou pertinentes a juizado especial”

E retorna assim ao gasto excessivo de papel que é desnecessário e prejudicial ao meio ambiente (em todos seus sentidos, meio ambiente natural e do trabalho inclusive).

Quando discutidas as vantagens do PJE na pesquisa, predominaram os termos: *celeridade, economia de papel e tempo, rapidez, praticidade*. É o que se busca para um mais efetivo acesso à justiça.

## CONCLUSÃO

Diversas são as barreiras que dificultam o alcance da tutela do judiciário, que é buscada ao surgirem conflitos não solucionáveis entre as partes, ou que por sua natureza exijam a intervenção do órgão estatal. Ao longo da história, pode ser observado o esforço empenhado em romper tais obstáculos, como a assistência judiciária, *judicare*, levar informação sobre seus direitos aos com maior dificuldade de obtê-la, etc.

Atualmente, a inovação que busca minimizar a problemática do acesso para as partes, advogados, cidadãos, servidores e todos os demais interessados é a digitalização do procedimento.

A digitalização ainda não é do alcance total da população, que poderia ter mais facilidade no acesso ao trâmite do processo, às datas de audiência e outras informações relevantes relacionadas a ele.

Tal facilidade almejada pelo sistema não se estende apenas ao autor do processo, mas também ao réu, advogado, servidor e a qualquer cidadão, de todo o território nacional que deseja consultar um processo específico.

Defende-se uma utilização da informática para a melhoria da atividade jurisdicional, mas destacando que não representa a solução que acabará com a lentidão e desigualdades, e, se aplicada de maneira abrupta ou dificultosa, ficará ainda mais difícil e conflituosa a solução de litígios no Poder judiciário.

Ainda não há solução para diversas questões que se pretende abordar, por exemplo, a contradição dos sistemas de tribunais entre si, o despreparo de funcionários, e a insegurança que traz essa aplicação para alguns. Os problemas na adaptação dos integrantes desse sistema podem significar a ampliação das desigualdades entre eles, visto o ainda lento processo de inclusão digital e de transição à era digital dentro do Judiciário.

Entretanto, é possível enxergar que a informatização do processo é a alternativa que mais traz esperanças na ampliação ao acesso à justiça, pois a internet é um meio baseado em liberdade, neutralidade, celeridade e integração, diferentemente do papel, ela pode chegar em segundos a qualquer cidadão interessado em conhecer dos procedimentos.

## Referências

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico – A informatização judicial no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BATISTA, Keila Rodrigues. *Acesso à Justiça: instrumentos viabilizadores*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

BENUCCI, Renato Luís. *A Tecnologia Aplicada ao Processo Judicial*. Campinas: Millennium Editora, 2006.

BRASIL. *Lei n.º 11.419 de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm)> Acesso em: 10 fev. 2014.

BUENO, Francisco Silveira. *Minidicionário da língua portuguesa*. São Paulo: FTD, 2000.

CALMON, Petrônio. *Comentário à lei de informatização do processo judicial: Lei nº 11.419 de 19 de dezembro de 2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos Jurídicos da Internet*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DAMÁSIO, Manuel José. *Tecnologia e Educação. As Tecnologias da Informação e da Comunicação e o Processo Educativo*. Lisboa: Nova Veja, 2007.

GRUN, Ernesto. *Uma Visión Sistemática y Cibernética Del Derecho em el Mundo Globalizado Del Siglo XXI*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006.

LÉVY, Pierre. *Ciberdemocracia*. Tradução de Alexandre Emílio. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Direito e informática: uma abordagem jurídica sobre a criptografia*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento – Curso de Processo Civil – v. 2*. São Paulo: RT, 2008.

NERI, Marcelo (Cord.). *Mapa da Inclusão Digital*. Rio de Janeiro: FGV, CPS, 2012. Disponível em: <[http://www.cps.fgv.br/cps/bd/mid2012/MID\\_texto\\_principal.pdf](http://www.cps.fgv.br/cps/bd/mid2012/MID_texto_principal.pdf)> Acesso em 10 de jun. 2014.

ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de direito virtual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PARENTONI, Leonardo Neto. *Documento eletrônico: aplicação e interpretação pelo Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá. 2007.

ZACCARIA, Roberto. *Diritto dell'informazione e della comunicazione*. Padova: CEDAM, 1998.

## ANEXO I - QUESTIONÁRIO

As questões a seguir referem-se à coleta de dados para a elaboração de relatório de pesquisa acerca do tema **AS VANTAGENS E BARREIRAS NA IMPLANTAÇÃO DA TECNOLOGIA AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS**, cujo objetivo é destacar as maiores dificuldades apontadas por aqueles diretamente envolvidos com a migração do processo físico para o eletrônico e com a utilização diária dessa ferramenta.

1 - Está envolvido cotidianamente com atividade jurídica?

( ) SIM ( ) NÃO

Se **SIM**, está no setor público ou autônomo? \_\_\_\_\_

Se no setor público, qual o cargo exercido?

( ) Juiz ( ) Promotor ( ) Escrevente ( ) Escrivão Diretor

Oficial de Justiça     Analista     Outros: \_\_\_\_\_

**2 - Há quanto tempo exerce essa atividade?**

Menos de 7 anos     Entre 8 e 15 anos     Entre 15 e 20 anos     Mais de 20 anos

**3 - Você considera ter conhecimento sobre o uso das ferramentas do processo eletrônico? Por exemplo: Certificação digital; anexação de documentos; realização de atos processuais como citação e intimação eletrônica, etc.**

SIM, domino completamente o processo eletrônico e suas interfaces

Tenho conhecimento apenas dos atos que realizo no dia a dia, e não de todos os procedimentos (Por exemplo: quem trabalha diariamente com protocolo, ou arquivamento, etc.)

NÃO

**4 - Se respondeu NÃO na questão anterior:**

Não me adaptei ao sistema

Não encontro cursos disponíveis e/ou acessíveis para aprender a utilizar o sistema

Não vejo necessidade de aprender

Tenho alguém que realize os atos por mim (p. ex. estagiário com esse conhecimento)

Outro motivo: \_\_\_\_\_

**5 - Você já realizou curso de capacitação ou treinamento?**

SIM     NÃO (Se **SIM**, continue respondendo, se **NÃO**, pule para a pergunta nº 8).

**6 - Fez o curso:**

Por conta própria (P. ex. cursinhos presenciais, via internet, etc.)

Oferecido por um terceiro (P. ex. Poder Judiciário, Escritório, Faculdade, etc.)

**7 - Você aplica os conhecimentos adquiridos no curso na prática?**

SIM     NÃO

**8 - Sobre a segurança da informação, você considera o sistema utilizado seguro? Confia na proteção de dados oferecida?**

SIM     NÃO

**9 - Para serventuários do fórum de presidente prudente: como você avalia a quantidade de processos que são iniciados todos os dias?** \_\_\_\_\_

**10 - Como você analisa a implantação do procedimento eletrônico na comarca de Presidente Prudente?**

Devagar e sem efetividade

Devagar, mas vejo melhoras no andamento dos processos

Ocorreu de maneira rápida

Não tenho opinião formada sobre isso

Outra opinião: \_\_\_\_\_

**11 - Escreva o que considera ser uma vantagem e uma dificuldade em relação ao processo judicial eletrônico:**

Vantagem: \_\_\_\_\_

Dificuldade: \_\_\_\_\_

(Opcional) Opinião pessoal sobre o processo eletrônico: \_\_\_\_\_

## **A QUESTÃO DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E SUAS IMPLICAÇÕES À FUNÇÃO POLÍTICA DO PROCESSO**

Rodolfo Venancio da Silva<sup>7</sup>

### **Resumo**

A questão e as propostas que vão de encontro a uma possível relativização da coisa julgada, enquanto consideração de um efeito não-absoluto da coisa julgada é nova em âmbito jurídico, nova e repleta de divergências e polêmicas, gerando acirrados debates doutrinários acerca da possibilidade ou impossibilidade de se relativizar, deixar aos comandos do prático caso concreto, a coisa julgada em suas vertentes. Dentro desse contexto de discussões doutrinárias, judiciais e jurisprudenciais nota-se um distinto contraste de princípios estimados e valiosos ao Estado Democrático de Direito, principalmente os condizentes à segurança jurídica em contraste à justiça das decisões, sendo que a corrente defensora da possibilidade de relativização da coisa julgada encontra no princípio da justiça, da busca de uma efetiva justiça, seu mais forte alicerce, ao passo que a corrente a negar tal possibilidade apóia-se essencialmente no princípio da segurança jurídica, traduzida em determinada certeza jurídica, como seu prisma de ideias. À luz desses diversos fatos e diferentes correntes, inegável o surgimento da função do processo, que enquanto tal não há de ser um fim em si mesmo, em seu aspecto jurídico, próprio da coisa julgada e seus efeitos qualquer que seja a corrente escolhida pelo operador do direito, e em um segundo e mais amplo momento, em seu aspecto político, uma vez que tanto a segurança jurídica quanto a justiça das decisões são direitos e garantias fundamentais estendidas aos cidadãos de um Estado Democrático de Direito. Eis, portanto, que a escolha jurídica do operador do direito por uma ou outra corrente sobre o tema da relativização da coisa julgada atinge em aspectos políticos a própria função do processo, como meio de pacificação social, e com mais ênfase, a própria garantia à concretização dos direitos fundamentais do cidadão, restando aí a importância do estudo de suas abrangências.

### **INTRODUÇÃO**

É do Direito Romano o modo como, em regra, analisamos, estudamos e realizamos o fenômeno da coisa julgada, tratando-se, pois, de uma técnica experimentada por séculos. Devido a essa característica histórica, e à contínua busca pelo aperfeiçoamento da tutela jurisdicional e das diversas técnicas processuais, hoje há estudos doutrinários e posições jurisprudenciais a propor uma nova roupagem ao instituto da coisa julgada, especialmente no que concerne ao seu efeito de imutabilidade, uma vez transitada em julgado, e daí a denominada relativização da coisa julgada.

De certo que o instituto da coisa julgada configura destacado fundamento de um Estado Democrático de Direito, em especial por decorrer de uma emanção do princípio da segurança jurídica, no sentido de dar estabilidade definitiva às relações sóciojurídicas. Com base nesse princípio e nesse sentido apontados, reforçados pela ideia de que o processo deve chegar ao fim, atingindo seu escopo de instrumento de pacificação social, evitando-se assim a perpetuação do litígio, da contenda, surgiu o caráter absoluto da coisa julgada e de seus efeitos. No entanto, também é certo que há doutrinadores

---

<sup>7</sup> Discente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Campus Jacarezinho/PR. Email: rvrodex@yahoo.com.br

entendendo que a coisa julgada não pode elevar-se ao patamar da intangibilidade, especialmente em determinados casos, como o de clara afronta aos ditames constitucionais em uma sentença judicial, por exemplo, defendendo, então, que em específicas situações o princípio da segurança jurídica, congênito à função política e social do processo, deve ceder lugar para outros princípios de equivalente importância para determinado caso concreto.

Frise-se, do exposto acima, ser a coisa julgada um efeito do processo em suas mais diversas funções e ser a escolha por uma das correntes, pró ou contra a relativização da coisa julgada, um elemento que conduz à predileção, quer da ideia de segurança jurídica quer da ideia de justiça das decisões, ambos direitos fundamentais estendidos ao cidadão de um Estado Democrático de Direito, predileção com eminente vocação política oriunda do processo, função política do processo, portanto.

## 1 FENÔMENO DA COISA JULGADA E SEUS CONCEITOS

Como definição, a coisa julgada compreende a qualidade dos efeitos de uma decisão judicial, especificamente da parte dispositiva de uma sentença judicial, coberta pelo manto da imutabilidade. Podemos encontrar uma análise direta dessa definição no posicionamento de ilustríssimo Giuseppe Chiovenda sobre o tema, a saber:

A coisa julgada é a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda, e consiste em que, pela suprema exigência da ordem e da segurança da vida social, a situação das partes fixadas pelo juiz com respeito ao bem da vida (res), que foi objeto de contestação, não mais pode, daí por diante, contestar; o autor que venceu não pode mais ver-se perturbado no gozo daquele bem; o autor que perdeu não pode mais reclamar, ulteriormente o gozo. A eficácia ou autoridade da coisa julgada é, portanto, por definição, destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos<sup>8</sup>

Temos, então, a coisa julgada como um instituto a significar a impossibilidade de novas discussões e assertivas acerca do comando normativo prolatado em sentença judicial, ou seja, uma qualidade de imutabilidade agregada ao conteúdo da sentença judicial em determinado ou determinados casos concretos.

Tal instituto pauta-se como um dos aspectos do princípio da segurança jurídica, abalizado a nível constitucional, de acordo com o previsto no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, que declara: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, e a coisa julgada”, sendo a coisa

---

<sup>8</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Tradução de Paolo Capitanio, com anotações de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Bookseller, 1998. v.1, p. 452

julgada, portanto, conforme os ditames desse princípio da segurança jurídica, imprescindível à pacificação das relações sociais, especialmente das demandadas em juízo.

Ressalte-se nesse ponto, e aí encontra-se um ponto de partida para os debates acalorados sobre o tema, que a coisa julgada, embora direito fundamental dos cidadãos de um Estado Democrático de Direito, amparável pelas garantias previstas no conhecido artigo 5º da Constituição Federal, como instrumento a vedar a concessão de qualquer meio que propicie a reapreciação da decisão judicial já transitada em julgado, não é garantia nem sinônimo de justiça, mas sim de certa *segurança jurídica*; esta, por sua vez, segundo os dizeres de Luiz Guilherme Marinoni:

[...] pode ser analisada em duas dimensões, uma objetiva e outra subjetiva. No plano objetivo, a segurança jurídica recai sobre a ordem jurídica objetivamente considerada, aí a importância da irretroatividade e a previsibilidade dos atos estatais, assim como o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF). Em uma perspectiva subjetiva, a segurança jurídica é vista a partir do ângulo dos cidadãos em face dos atos do Poder Público. Nesta última dimensão aparece o princípio da proteção da confiança, como garante da confiança que os atos estatais devem proporcionar aos cidadãos, titulares que são de expectativas legítimas. E o direito à segurança jurídica, como direito à proteção da confiança gerada pelos atos do Estado, é indissociável da noção de dignidade da pessoa humana<sup>9</sup>

A definição acima exposta não poderia ser mais acertada; entretanto, a justiça das decisões judiciais e o respeito à lei em sentido amplo, e dentro desse sentido amplo de lei, especialmente aos comandos constitucionais, também encontra real importância quando em perspectiva a ordem jurídica objetivamente considerada, em uma dimensão objetiva, dado que a ordem jurídica necessita de decisões justas e respeitadas quanto à lei *lato sensu*, e também alcança expressa relevância quando em vista as expectativas legítimas dos cidadãos de um Estado Democrático de Direito, em dimensão subjetiva, já que o direito à justiça das decisões judiciais e o direito à decisões que acatem os comandos normativos do ordenamento jurídico como um todo é condizente com a garantia de confiança que os atos estatais devem proporcionar aos cidadãos.

Até então, e pelo raciocínio demonstrado, encontramos a coisa julgada em sua definição, seu surgimento a partir de uma sentença judicial prolatada de acordo com os ditames do devido processo legal, notando-se especialmente no parágrafo acima, a implicação política da função do processo, traduzida nesse

---

<sup>9</sup> 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. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

pensamento - afinal, o que estaria mais de acordo com os anseios dos cidadãos, escopo de todo o ordenamento jurídico em vigor e vigência: o efeito de imutabilidade da coisa julgada, em prol da segurança jurídica, tão cara aos princípios orientadores de um Estado Democrático de Direito, ou uma maior e mais efetiva justiça das decisões judiciais, em função mesmo do princípio da justiça, ou mesmo do princípio da dignidade da pessoa humana? Qualquer que seja a resposta há uma implicação política oriunda do processo, relação que precisa ser confrontada.

## 1.1 COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL

Nesse ponto lembramos que, sendo a coisa julgada um efeito oriundo de uma sentença judicial prolatada em processo em conformidade com os critérios do devido processo legal, o próprio Código de Processo Civil traz conceituações do fenômeno, uma delas em seu artigo 301, § 3º, 2ª parte - “Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso”, querendo dizer o legislador que existindo coisa julgada *material* não pode ser repetida ação já coberta pelo manto da imutabilidade, qualidade de efeito da coisa julgada. Outra no artigo 467 - “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”, sendo correto que “eficácia” deve ser entendida como efeito de imutabilidade da coisa julgada *material*.

Do exposto acima ressalta-se a vital importância de se compreender as diferenciações e os pontos de convergência entre coisa julgada formal e coisa julgada material, em um primeiro momento, para em momento posterior entender suas conexões com a função política do processo em um Estado Democrático de Direito.

A coisa julgada formal se dá quando a qualidade de imutabilidade agregada ao conteúdo da sentença judicial restringe-se aos termos do processo em que a própria sentença foi proferida, sendo, dessa feita, um fenômeno endoprocessual vinculando a impossibilidade de rediscutir o tema decidido em âmbito daquela relação jurídica processual em que a sentença judicial foi prolatada, por terem se esgotado os meios jurídicos para quaisquer tipos de impugnações, assemelhando-se, nesse quesito ao fenômeno da preclusão processual. Nesse sentido dispõe Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Por isso mesmo, a chamada coisa julgada formal, em verdade, não se confunde com a verdadeira coisa julgada (ou seja, com a coisa julgada material). É, isto sim, uma modalidade de preclusão, a última do processo de

conhecimento, que torna insubsistente a faculdade processual de rediscutir a sentença nele proferida.<sup>10</sup>

Caso o efeito de indiscutibilidade já demonstrado por ocasião da explanação sobre a coisa julgada formal venha a atingir não só o processo em que fora produzida a sentença judicial transitada em julgado, mas qualquer outro processo além desse, sendo, portanto, um fenômeno endo/extraprocessual impedindo, pela imutabilidade de seus efeitos, que a lide seja discutida em quaisquer outros processos, temos a coisa julgada material.

Coisa julgada material, desse modo, é o efeito que torna imutável e indiscutível a sentença, no processo em que ela foi prolatada e em qualquer outro, não sendo possível sujeitar tal sentença a recursos ordinários ou extraordinários. Nesse sentido, expõe José Frederico Marques:

Na coisa julgada material, o julgamento se faz regra imutável para a situação litigiosa que foi solucionada, a ele vinculando imperativamente os litigantes e também os órgãos jurisdicionais do Estado, de forma a impedir novo pronunciamento sobre a lide e as questões a ela iminentes<sup>11</sup>

Referente à coisa julgada material temos como seus pressupostos a existência de uma decisão jurisdicional que venha a enfrentar o mérito da causa em análise de cognição exauriente e a previa formação da coisa julgada formal, formação de estrita semelhança com o instituto da preclusão “máxima”, de modo que apenas as sentenças judiciais contra as quais não caibam mais recursos é que virão a produzir coisa julgada material; se a sentença é meramente terminativa, extinguindo o processo sem resolução de mérito, sem enfrentamento do mérito da demanda, portanto, não há que se falar em coisa julgada material, apenas coisa julgada formal, registrando-se ser plenamente possível divisar em um mesmo processo as duas espécies de coisa julgada, em regra, ou tão-somente a coisa julgada formal, necessária à existência da coisa julgada material.

## 1.2 REGIME JURÍDICO DA COISA JULGADA

Tema relevante à melhor compreensão do fenômeno da coisa julgada e os aspectos determinantes de uma possível relativização da mesma é o seu regime jurídico. A análise do regime jurídico da coisa julgada percorrerá os seus limites subjetivos e objetivos, o seu modo de produção e os seus efeitos.

---

<sup>10</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme;. Manual do processo de conhecimento, 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>11</sup> MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2000. v. 3, p. 325.

Quanto aos limites subjetivos, quem é atingido pelos efeitos e pela eficácia da coisa julgada, temos como regra geral o descrito no artigo 472, do Código de Processo Civil:

A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Aponta o citado artigo que as garantias constitucionais e legais legitimando o devido processo legal e, em decorrência disso, a imutabilidade da sentença judicial em sua parte dispositiva estão, em caráter ordinário, apenas ao serviço das partes que atuaram em determinada relação jurídica processual. A regra é que o limite subjetivo da coisa julgada seja *inter partes*, portanto.

O próprio artigo 472, do Código de Processo Civil, em sua parte final evidencia a exceção, permitindo que o limite subjetivo da coisa julgada seja *ultra partes*, atingindo terceiros em determinados casos, como o de substituição processual (art. 42, §3º, do CPC), por exemplo, ou em casos de legitimação concorrente (co-titular de relação jurídica que não quis integrar a demanda proposta pelo outro titular - lembrando que inexistente litisconsórcio necessário no pólo ativo).

Além destas destacadas explicitamente no artigo citado, há também a coisa julgada *erga omnes*, aquela que fixa seu limite subjetivo a todos os jurisdicionados, quer tenham figurado como parte no processo que deu causa à sentença judicial a ser acobertada pelo manto da imutabilidade quer não, como nos casos de coisa julgada produzida em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ou ações coletivas que arrazoem direitos difusos ou individuais homogêneos.

Já os limites objetivos da coisa julgada ditam que apenas o contido na parte dispositiva da sentença judicial é que se submeterá à coisa julgada material; dessa feita, sendo a sentença de procedência a resposta jurisdicional à demanda posta pelo autor, apenas o dispositivo adquire a condição de coisa julgada em seus efeitos, em harmonia com o disposto no artigo 468 do Código de Processo Civil: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. Os motivos e os fundamentos da sentença, por sua vez, como elementos lógicos imprescindíveis ao julgador para se atingir de forma plena e eficaz a decisão, tornam-se irrelevantes no que diz respeito ao alcance dos efeitos e da eficácia da coisa julgada, embora continuem a prestar-se ao esclarecimento do sentido do julgado, sendo tal posição afirmada pelo legislador e esclarecida na letra do artigo 469 do Código de Processo Civil:

Não fazem coisa julgada:

- I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
- II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
- III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

O quesito do modo de produção da coisa julgada traz como regra no processo civil individual, independente do resultado de procedência ou improcedência de mérito da demanda, o denominado *pro et contra*. Se o indeferimento da pretensão se dever à exigüidade das provas, permite-se a nova discussão em caráter jurisdicional da matéria, desde que tal rediscussão seja abalizada por provas novas, até então desconhecidas, não trazidas à luz do processo, como no caso de ações coletivas que tratem sobre direitos difusos ou coletivos em sentido estrito (art. 103, I e II, do CDC); nesse caso a formação da coisa julgada se dá *secundum eventum probationes*. Por fim, o terceiro modo de produção da coisa julgada encontra-se como regra no processo penal brasileiro, e tem como característica o fato de somente ser produzida em um dos possíveis resultados da demanda, sendo tais resultados a procedência ou a improcedência; no processo penal brasileiro a sentença condenatória pode ser revista, quando favorável ao réu, nunca *in pejus*; tal modo de produção da coisa julgada recebe o nome de *secundum eventum litis*.

Três podem ser os efeitos da coisa julgada: efeito positivo, negativo e preclusivo. O primeiro dos efeitos determina certa concernência ao julgador de uma causa referente àquilo já decidido na demanda em que a coisa julgada veio a ser produzida, de modo que se houver questão incidental trazendo à tona, em determinado processo, questão já resolvida em caráter de definitividade, segundo o manto de imutabilidade da coisa julgada, não será tal questão decidida de forma divergente com a forma que lhe deu caráter de coisa julgada como questão principal em processo ulterior. O retorno ao Judiciário de questão já permanentemente resolvida em coisa julgada como questão principal e não como questão incidental é impraticável e inviável, como explica o segundo dos efeitos da coisa julgada: o efeito negativo da coisa julgada obsta que a questão principal definitivamente encarada em dispositivo de sentença judicial e transitada em julgado seja novamente julgada como questão principal em qualquer outra demanda. O último dos efeitos encontra respaldo legal no artigo 474 do Código de Processo Civil, que dispõe: “Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido” – é o efeito preclusivo, impossibilitando a nova discussão do deduzido e tornando insignificante o que poderia ter sido deduzido, naquilo que é entendido como um julgamento implícito. Ressalte-se que quanto a esse último efeito há entendimento majoritário na doutrina a declarar que a preclusão só atingirá fatos e fundamentos jurídicos que serviram para justificar a causa de pedir deduzida pelo autor da demanda, de modo que sendo outros os fundamentos

de fato e de direito a ensejar a causa de pedir, não há que se falar de efeito preclusivo da coisa julgada.

Encontrada a definição de coisa julgada, suas espécies e se regime jurídico cumpre adentrar em análise mais profunda as suas implicações no processo, especial e essencialmente em sua função política e onde é que o tema da relativização encontra convergência nessa função.

## **2 FUNDAMENTOS DA COISA JULGADA E POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO**

É o ponto dos fundamentos da coisa julgada que dá início aos embates acerca da possibilidade ou impossibilidade de relativização da coisa julgada, sendo, portanto, de vital interesse para esse estudo, o aprofundamento da questão; saliente-se, pois, ser a coisa julgada um direito e uma garantia estendidos aos cidadãos, fundamentais à estruturação e à realização do Estado Democrático de Direito, a surgir do bojo do processo, por meio da sessão dispositiva da sentença judicial transitada em julgado, e por isso albergada pelo efeito da imutabilidade (para alguns, relativa), desenvolvendo papel decisivo como função política do processo em harmonia com o princípios que a fundamentam, como veremos a seguir.

Pode-se dividir os fundamentos da coisa julgada e de seus efeitos em motivos políticos e jurídicos, sendo que ambos aparentam apontar o mesmo sentido. Como motivação política mostra-se imperioso a um Estado dispor de mecanismos que venham a colocar ponto final ao litígio judicial, à lide, de modo a não permitir uma indefinição e uma insatisfação permanentes, conferindo por meio da coisa julgada estabilidade aos pronunciamentos estatais e satisfação aos ditames sociais. Como razão jurídica é em nome da segurança jurídica que os procedimentos judiciais devem se estabilizar em determinado momento, sendo inerente à própria noção de Estado Democrático de Direito, conforme os ditames constitucionais (artigo 5º, XXXVI, CF /88) o fundamento da segurança jurídica.

É sobre esse princípio fundamental da segurança jurídica, segundo uma escolha, um critério de ordem política a surgir do processo (e logo explicaremos porque trata-se de uma escolha de cunho sociopolítico) que a corrente contrária à relativização da coisa julgada se apóia.

Seus adeptos apontam a falta de um critério objetivo favorável à tese da relativização da coisa julgada, afirmando que o critério subjetivo de correção de situações injustas por meio de tal relativização carece de uma definição clara e precisa do que seria justo ou injusto, brotando dessa incerteza da falta de um modelo exato e definido do justo e do injusto, um intolerável risco à segurança jurídica e ao bem estar da coletividade que surgiriam a partir da estabilidade das sentenças proferidas pelo Estado-Juiz.

Nessa esteira, entende-se que permitir a relativização da coisa julgada, baseando-se no conceito de injustiça da decisão seria, de outro modo, conceder ao Poder Judiciário uma injustificável cláusula geral de revisão da coisa julgada a esvaziar por completo o princípio fundamental da segurança jurídica. De

encontro a essa assertiva, Luiz Guilherme Marinoni afirma: “admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou, obviamente implica aceitar que o Estado-Juiz pode errar no segundo julgamento, quando a ideia de ‘relativizar’ a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça”<sup>12</sup>. Tal entendimento evidencia não haver qualquer garantia de que outra decisão judicial sobre a mesma pretensão já levada à juízo será dessa vez justa, uma vez que a definição de justiça pode levar a infundáveis debates filosóficos, à vista da subjetividade inerente ao tema, de modo a prejudicar o mínimo de certeza jurídica de que a sentença a resolver questões levadas ao Judiciário precisa ter para se prosseguir adiante com a labuta judicante e, principalmente, para que as próprias pessoas a integrar a relação jurídica processual possam prosseguir adiante com suas vidas, de modo mais satisfatório.

Pontual o entendimento de Nery Junior quando se manifesta sobre a impossibilidade de relativização da coisa julgada devido à dispositivos de sentenças judiciais injustos:

Com a devida vênia, trata-se de teses velhas que não contém nenhuma novidade. O sistema jurídico convive com a sentença injusta (quem será o juiz *posterior* da *justiça* da sentença que fora impugnável por recurso e, depois de transitada em julgado, fora impugnável por ação rescisória?), bem como com a sentença proferida aparentemente contra a Constituição ou a lei (a norma, que é *abstrata*, deve ceder sempre à sentença, que regula e dirige uma situação *concreta*). O risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que o risco político de instaurar-se a insegurança geral com a relativização (*rectius*: desconsideração) da coisa julgada<sup>13</sup>

No que tange à outra hipótese de incidência da tese a defender a relativização da coisa julgada com base na inconstitucionalidade do dispositivo de sentença judicial, a corrente contrária aponta o problema da mesma, ao declarar que a qualquer momento em que a lei em que se baseou o órgão jurisdicional ao prolatar a sua decisão fosse tida por inconstitucional poderia ser a decisão desconstituída, dependendo apenas de uma decisão da Suprema Corte, no sentido de sustentar a inconstitucionalidade de determinada norma, sendo inadmissível para tal corrente permitir que, daqui a 10 anos ou mais, seja possível desconstituir determinada decisão, em razão da interpretação dada à época destoar do que se entenderá no futuro por inconstitucional, como algo a desvirtuar todo o sistema e pôr em xeque a sua própria razão de existência.

---

<sup>12</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. “O princípio da segurança jurídica dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”. *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Fredie Didier Jr. (org.). 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 163.

<sup>13</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 507.

Ademais, argumenta a corrente pró segurança jurídica em detrimento da relativização da coisa julgada que a própria lei quando quer admitir a relativização da coisa julgada o faz expressamente, de modo a enfatizar o valor constitucional da garantia da coisa julgada, pois esta por estar prevista em nossa Constituição não pode ser tratada como mecanismo processual infraconstitucional, sendo que qualquer consideração à relativização deverá estar prevista em lei e que o princípio da proporcionalidade no campo da coisa julgada já está previsto quando se admite a ação rescisória e os outros meios de impugnação de decisões transitadas em julgado.

Surge, contudo, corrente doutrinária a defender a relativização da coisa julgada, tendo como apoio central de sua tese o princípio da justiça: daí o fato de a escolha por um outro entendimento basear-se em uma posição política oriunda do processo em uma de suas funções. É que tanto o princípio da segurança jurídica quanto o princípio da justiça são extremamente valiosos para a concretização de um Estado Democrático de Direito; ambos são da mais alta estima para toda a sociedade construída em torno destes e de outros princípios; a escolha por uma ou outra corrente implica a escolha por um ou outro princípio fundamental ao Estado Democrático de Direito, escolha regida por um distinto princípio, eminentemente político, o princípio da proporcionalidade e, uma vez que tal alternativa nasce de possíveis entendimentos principiológicos acerca da coisa julgada, elemento crucial ao processo, caracteriza-se a função política do processo em um ou outro seguimento a respeito da coisa julgada e sua relativização.

A corrente defensora da possibilidade de relativização da coisa julgada apoiada no princípio da justiça entende que, além dos positivados instrumentos de revisão da coisa julgada (ação rescisória, nos parâmetros do artigo 485 do Código de Processo Civil; *querela nullitatis* ou *exceptio nullitatis*, com respaldo legal nos artigos 741, I e 475-L, I, respectivamente, ambos do Código de Processo Civil; a impugnação fundada em erro material, conforme o artigo 463 do Código de Processo Civil; impugnação de sentença inconstitucional, ato normativo ou interpretação tidos pelo Supremo Tribunal Federal como inconstitucionais, segundo os artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil; denúncia de violação à Convenção Americana de Direitos Humanos e casos de sentença inexistente) não se pode viabilizar em sentenças judiciais a perene violação a princípios e normas constitucionais ou a eternização de situações flagrantemente injustas.

De encontro a esse posicionamento surge o esclarecimento de Carlos Valder do Nascimento, a saber:

Sendo a coisa julgada matéria estritamente de índole jurídico-processual, portanto inserta no ordenamento infraconstitucional, sua intangibilidade pode ser questionada desde que ofensiva a parâmetros da Constituição. Nesse caso, estar-se-ia operando no campo da nulidade. Nula é a sentença desconforme como os cânones constitucionais, o que desmistifica a

imutabilidade da *res judicata*. [...] A coisa julgada é intocável, tanto quanto os atos executivos e legislativos, se, na sua essência, não desbordar do vínculo que deve se estabelecer entre ela e o texto constitucional, numa relação de compatibilidade para que possa revestir-se de eficácia e, assim, existir sem que contra a mesma se oponha qualquer mácula de nulidade. Essa conformação de constitucionalidade tem pertinência, na medida em que não se pode descartar o controle do ato jurisdicional, sob pena de perpetuação de injustiças <sup>14</sup>

E, em acepção correspondente, Delgado aponta:

A coisa julgada não pode suplantar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria constituição. Se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada? <sup>15</sup>

Alegam, ainda, os sustentadores da possibilidade de relativização da coisa julgada que embora a coisa julgada esteja na Constituição Federal no título concernente aos direitos e garantias fundamentais, deve ser tratada como qualquer outro princípio cabendo, desse modo, a relativização, nos casos de grave injustiça ou injustiça manifesta, argumentos que ainda que embasados em um critério subjetivo, interessam à sociedade e ao Estado Democrático de Direito, no sentido de que devem ser, senão abolidos, ao menos mitigados. A coisa julgada não seria, pois, um valor absoluto, devendo assim, ser conjugado com outros, devendo harmonizar-se o fator segurança jurídica e o fator justiça, de modo a reiterar que em caso de conflito entre princípios o que venha a prevalecer seja um outro princípio fundamental, o princípio da proporcionalidade, a ditar qual o princípio que cederá lugar para a vigência do princípio mais adequado àquela situação. Desse modo, um exemplo em que se tem decidido pela relativização da coisa julgada, é nas ações de investigação de paternidade, onde não seria correto privar alguém de ter como pai àquele que realmente o é. Nesse sentido o entendimento firmado no Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao analisar o recurso especial 226436/PR, em 4 de Fevereiro de 2002, a saber:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação

---

<sup>14</sup> NASCIMENTO, Carlos Valder do. Coisa julgada inconstitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 13 e 14.

<sup>15</sup> DELGADO, José Augusto. Efeito da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). Coisa julgada inconstitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 33

anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de família. Evolução. Recurso acolhido. Recurso especial n.226436/PR. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 4 de fevereiro de 2002. Fonte: DJ, Data 04.02.202, p. 370, fev. 2002.

I - Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame de DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.

II - Nos termos da orientação da Turma, 'sempre recomendável a realização da perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza' na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real.

III - A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus* nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca, sobretudo, da realização do processo justo, 'a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem que estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade'.

IV - Este tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.

O fundamento maior, portanto, para os que admitem a desconstituição da coisa julgada flagrantemente injusta ou inconstitucional seria a incoerência existente ao se admitir que uma decisão judicial veicule comando incompatível com a Lei Maior do país e seus comandos normativos gerais e, ainda assim, seja acobertada pelo manto do trânsito em julgado, tornando-se, em virtude disso,

intocável, intangível, guardando no seu âmago uma situação jurídica em frontal contradição com a realidade de um Estado Democrático de Direito.

Uma vez compreendidas as duas correntes doutrinárias a respeito da relativização da coisa julgada, e o modo como se apegam a distintos princípios jurídicos e políticos, enquanto garantias a serem protegidas e incentivadas pelo Estado, ao passo que estendidas a todos os cidadãos, compreende-se a implicação política por trás da possibilidade ou não de relativização da coisa julgada; ora, a coisa julgada tem seu nascimento através do dispositivo de uma sentença judicial que, ao analisar o mérito da demanda deduzida, extingue a relação jurídica processual, satisfazendo a exigência de cabal atuação jurisdicional ao transitar em julgado - se tal trânsito em julgado será definitivamente imutável em seus efeitos ou passível de relativização a depender do caso concreto é questão que explicita marcadamente a função política do processo, quer em si mesmo, quer como instrumento de satisfação e pacificação social.

### 3 CONCLUSÃO

Embora nesse estudo defendamos a possibilidade de relativização da coisa julgada, conforme os prós e contras integralmente expostos acima, ainda que o enfoque principal de tal apreciação tenha versado sobre os aspectos da relativização da coisa julgada em consonância com a função política do processo, claro está que a questão ainda é polêmica e controversa. O que resta incontroversa é a necessidade de repensar o instituto, em razão, por exemplo, da viabilidade sociopolítica de certa flexibilização do princípio da segurança jurídica, frente a aspectos ligados à evolução dos conhecimentos e das técnicas científicas, como, por exemplo, a questão da identificação biológica em virtude do aperfeiçoamento da genética, a dar maior credibilidade às sentenças judiciais e aos posicionamentos emitidos pelo Estado-Juiz, de modo a se demonstrar maior preocupação do Estado no sentido de que não ocorram ou minimizem-se preocupantes supressões de interesses legítimos dos cidadãos, ensejando o surgimento de possíveis arbitrariedades, apenas veladas por uma, nesse caso, desinteressante segurança jurídica, de modo que a função política do processo enquanto materializador e segurador do Estado Democrático de Direito em toda a sua alçada de direitos, deveres e garantias, cumpra-se.

Sugere-se, de uma forma conciliatória entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da justiça, e tal sugestão é de Magno Frederici Gomes e Ricardo Moraes Cohen que:

[...] pleiteia-se a revogação do art. 495 CPC, acabando-se como prazo decadencial de 2 anos, do trânsito em julgado da decisão, para se ajuizar a ação rescisória, da mesma forma que a revisão criminal no processo penal. Apesar de tal sugestão incentivar o ajuizamento de ações rescisórias, os Tribunais poderão fazer o juízo de admissibilidade das mesmas, negando seguimento às que não se adequarem às

hipóteses de cabimento, inclusive por meio de decisões monocráticas dos Relatores (art. 557 CPC), impedindo a sobrevivência de sentenças ou acórdãos inconstitucionais não exigíveis e a propositura de qualquer tipo de ação para se hostilizar as referidas decisões<sup>16</sup>

Que essa sugestão, bem como a atuação das personalidades jurídicas, quer doutrinadores quer órgãos jurisdicionais de quaisquer instâncias, venha a lançar luz ao tema, de modo aprofundar-se ainda mais na questão da relativização e que sempre se preze pela escolha jurídica que mais alcance a mais efetiva e produtiva solução em harmonia com a função sociopolítica do processo, bem como demais funções do mesmo.

## Referências

- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*, 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 1973. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em 26 junho 2014.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.226436/PR*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 4 de fevereiro de 2002. Fonte: DJ, Data 04.02.2002, p. 370, fev. 2002.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio, com anotações de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Bookseller, 1998. v.1, p. 452.
- COHEN, Ricardo Moraes; GOMES, Magno Frederici. *Relativização da coisa julgada: Teorias, controvérsias, dilemas e solução*. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=6473&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=6473&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 26 junho 2014
- DELGADO, José Augusto. *Efeito da coisa julgada e os princípios constitucionais*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 33.
- 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*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

---

<sup>16</sup> COHEN, Ricardo Moraes; GOMES, Magno Frederici; *Relativização da coisa julgada: Teorias, controvérsias, dilemas e solução*. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=6473&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=6473&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 26 junho 2014

\_\_\_\_\_. “O princípio da segurança jurídica dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”. *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Fredie Didier Jr. (org.). 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 163.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2000. v. 3, p. 325.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa julgada inconstitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 13 e 14.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 507.

## AS CAUSAS DO INFORMALISMO NO DIREITO TRABALHISTA

Jaime Domingues Brito<sup>17</sup>

Tiago Domingues Brito<sup>18</sup>

### Resumo

Entre todos os ramos do Direito, provavelmente, o Direito do Trabalho é a ramificação que mais sente as inconstâncias verificadas nos acontecimentos políticos e administrativos. Portanto, ao ser evidenciados problemas vinculados à falta de emprego e ao labor não registrado, não há apenas uma crise entre particulares mas, antes e acima de tudo, uma crise que atinge diretamente e indiretamente toda uma sociedade. Este trabalho não visa descobrir quais são as causas que geram o desemprego, mas sim trazer considerações em torno da segunda problemática levantada no parágrafo acima, ou seja, aquela que está diretamente ligada o trabalho informal, cujos índices, no caso brasileiro, são bastante elevados.

### Introdução

Este estudo, em um primeiro momento, traz a relação entre o Direito do Trabalho e a inclusão social, isto é, o que se pretende é demonstrar o quanto o Direito Laboral está próximo das problemáticas sociais e como ele foi instrumento de batalha entre as classes e uma tentativa de agrupamento social.

Ver-se-á também o quão forte foi o controle estatal para se elaborar um complexo normativo extremamente detalhado no tocante às determinações trabalhistas, não só com o intuito dos papéis sindicais se tornarem totalmente infrutíferos, mas também de fazer com que todas as lides trabalhistas fossem solucionadas pelo Estado.

Perceber-se-á que a Justiça do Trabalho, da maneira que foi idealizada, trouxe uma grave consequência social: o trabalho informal.

Entretanto, quais serão exatamente, na atualidade, os motivos do crescimento do trabalho informal no Brasil?

É o que visto e analisado neste trabalho.

## 1 DIREITO LABORAL E REFLEXOS SOCIAIS

A Justiça do Trabalho, vista como ramificação da Jurisdição que impulsiona a concórdia das divergências provenientes da prestação do labor submisso e efetiva medidas que objetivam desenvolver a condição social dos

---

<sup>17</sup> Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Professor do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica e do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Direito do Norte do Paraná. Professor do Curso de pós-graduação do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, de Londrina. Advogado militante desde 1978.

<sup>18</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário pelas Faculdades Integradas de Ourinhos, PR (FIO).

obreiros, exerce uma importante atribuição social, podendo ser considerado como mecanismo de política de trabalho.

Assim sendo, o Direito Laboral, maiormente que o restante das ramificações do Direito, sente as oscilações e mutações constatadas no cenário político. Deste modo, acima da situação administrativa e estrutural, a crise do desemprego e do trabalho informal é social. A rotina vem constatando que políticas públicas de cunho assistencialista no máximo atenuam os atrasos da economia, contudo são infrutíferos no âmbito social: o aumento do número de pessoas ociosas e sem esperanças de conquistar uma vida melhor produz cataclismo social, ferocidade e perturbação da paz<sup>19</sup>.

Deprimente é a situação do indivíduo que está sujeito ao patrocínio do Estado no decorrer de boa parte de sua existência. Por isso, imperioso se mostra estimular a inserção desses indivíduos ao mercado de trabalho, oportunizando-lhes uma maneira de assegurarem, por intermédio de seus próprios esforços, o alento para si e para seus dependentes<sup>20</sup>.

Para isso, uma carteira de trabalho assinada não é o essencial, mas a plena possibilidade de trabalho, atendendo, logicamente, todas as exigências mínimas de saúde e segurança do trabalho.

A regulamentação dos vínculos laborais, no Brasil, alicerçava-se nos princípios de que as mesmas denotavam uma expressão da luta de classes e no receio de que as consequências desse conflito desunisse a agregação social<sup>21</sup>.

Por conseguinte, a influência estatal surgiu como um mecanismo para se produzir uma regulamentação minudenciada a respeito das exigências laborais, a fim de que as funções sindicais se tornassem dispensáveis, bem como fazer com que patrões e empregados procurassem na figura estatal o remédio de suas contendas.

Com isso, percebe-se que o sistema jurídico trabalhista estimula o paternalismo e o protecionismo, apresentados como artifícios amoldados à conciliação dos intentos compreendidos nos vínculos do labor. Os prejuízos e as incongruências que estes preceitos causam ao direito trabalhista do Brasil são evidentes. O *paternalismo*, com seu enfoque direcionado exclusivamente ao amparo do indivíduo; o protecionismo, por sua vez, é uma espécie de organização social de baldrame despótico, contudo com feição benevolente, sugerindo atividade sucinta no consentimento de auxílios, os quais tem o desígnio dissimulador de conseguir obediência do sujeito contemplado. No projeto de governo, a estratégia paternalista de gerir implica na menoridade dos dependentes, visto que estes são considerados filhos ainda crianças, impossibilitados de ter anseios independentes. Assim sendo, o sistema resulta de um autoritarismo, por obstar o alvedrio<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> ROMITA, Arion Sayão. **A Flexibilização das Leis de Trabalho em debate: choque de correntes** in FRANCO FILHO, Geogenor de Souza. **Presente e futuro das relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

, p. 186.

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Antônio Matos de. **A falência do emprego e o advento do trabalho informal**. Disponível: <<http://www.conpedi.org.br>>., s.p.

<sup>21</sup> ROMITA, 2000, p. 187.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 197.

Por isso, o paternalismo e protecionismo germinam políticas despóticas, mesmo que não sejam inconciliáveis com os governos democráticos, como é o caso da legislação trabalhista atual.

Desse modo, o Estado cumpre as incumbências basilares de conferir as garantias aos trabalhadores, fiscalizar, conduzir e julgar as contendas trabalhistas, mesmo assentida a existência de mecanismos de intercedência sindical, a qual foi praticamente desprezada.

A consequência dessa interferência é o atributo basilar da regulamentação dos vínculos empregatícios, isto é, a *hetero-regulação*, que causa a severidade das normas. Destarte, a fraqueza econômica e social do empregado é contrabalançada por uma vantagem jurídica resultante de um complexo de normas protetivas, as quais caso sejam desobedecidas, são rapidamente restituídas por intermédio do influxo da Justiça do Trabalho, constantemente disposta a remediar as omissões governamentais. Ou seja, os entes sindicais demandam algo, os patrões, em certas hipóteses, enjeitam e o Estado delibera se orientando pela prosperidade coletiva, com a intenção de restaurar a proporcionalidade de forças entre o capital e o labor. Ora, essa etapa da lei “unidirecional, unilateral, uniforme” e autoritária acabou<sup>23</sup>.

Flávio Luís de Oliveira e Jaime Domingues Brito assim se manifestam sobre o assunto:

O caminho, portanto, a ser seguido aponta para o abandono da denominada “legolatria”, dando-se preferência e valor, em troca, à formulação de novas regras do direito que deverão advir, não só da lei, mas também de outras fontes do direito<sup>24</sup>.

Nota-se que por melhor que seja o intento do complexo normativo trabalhista em atividade, a mesma não se apresenta profícua para abrandar o momento social vivido no Brasil. Primeiramente, porque o suporte nela prevista atinge exclusivamente uma parte minoritária dos obreiros, aqueles trabalhadores com a carteira de trabalho em regular situação, aos quais é possível pleitear seus direitos trabalhistas, pois são aparelhados pela sua classe e se estão firmemente auxiliados por um órgão sindical preparado; todavia, os indivíduos que se encontram desempregados ou exercem algum trabalho informal, por não alcançarem um estágio de coordenação apto a reivindicar os devidos interesses trabalhistas, continuam à beira das regras protetoras, o que acentua seu *status* de excetuados.

Alguns dados recenseadores traduzem muito bem tal realidade: o senso realizado em 2007 pelo Instituto Brasileiro de Geografia Estatística comprova que por volta de 159 milhões de pessoas em fase produtiva (10 anos ou mais de idade), 62% eram economicamente produtivas, isto é, 98,58 milhões de

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 191.

<sup>24</sup> BRITO, Jaime Domingues; OLIVEIRA, Flávio Luís de. **A tutela específica dos direitos materiais e o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva**. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito (Organizadores). **Políticas Públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos**. Boreal Editora, Birigui – SP, 2011, p. 235.

brasileiros realizam ou tem capacidade de realizar alguma espécie de labor que produza frutos a si próprios ou aos seus dependentes. Dos 98 milhões, em volta de 57% encontravam-se, de fato, atarefados (56,19 milhões) e 5,1% disponíveis. Com efeito, é um progresso em expressões numerais, porque ocorreu um acrescentamento do número de pessoas atarefadas, se confrontada às informações do ano 2006, as quais, naquele momento, mostravam 5,3% de pessoas disponíveis ao trabalho. Entretanto, a abundância de informais no mercado de trabalho mesmo assim traz espanto, mesmo com o contemporâneo apontamento de que mais de 50% dos obreiros colaboram para com o sistema previdenciário brasileiro<sup>25</sup>.

É bom que fique bem explícito que não há menção sobre o emprego em sentido *stricto sensu*, no qual os obreiros possuem carteira de trabalho assinada, mas sim, somente sobre o trabalho em sentido *latu sensu*, isto é, aquele que congloera tanto os vínculos formalizados, quanto os informalizados, sem carteira de trabalho assinada, contribuição previdenciária ou qualquer espécie de abrigo legislativo. Os 56,19 milhões de indivíduos trabalhando não essencialmente são registrados, bem como não gozam das proteções estatais. Além disso, dessa quantia de pessoas empregadas, somente 35,3% tem carteira de trabalho assinada, o que perfaz por volta de 32 milhões de pessoas. Ou melhor, lamentavelmente, 20,6 milhões de trabalhadores ou 22,7% do total das pessoas empregadas não tinham carteira de trabalho assinada, sendo que, os de fato protegidos abarcavam somente 50,7%<sup>26</sup>.

Deste modo, são atributos deste mercado de trabalho a arduosidade tanto para criar contratos de trabalho quanto para encerrá-los, visto que tal panorama deslumbra os que eventualmente estão empregados com uma proteção imaterial, condicionada à conservação deste emprego, para a qual não há prerrogativa alguma. Todavia, esta falsa assistência já é o satisfatório para estimular muitos dos ora abarcados a protegerem o rigor normativo, mas na realidade eles não percebem que, no dia de amanhã, serão eles ou os que os sucederem os excetos por tal regulamentação exagerada.

## 2 AS CAUSAS DA INFORMALIDADE

Antecipadamente, são dois os elementos que se sobressaem no que se refere às causas da informalidade: em primeiro lugar, as despesas empregatícias e, em segundo, a exagerada influência do Estado nos vínculos particulares.

Com esses dois elementos reunidos, origina-se uma grande moléstia ao vínculo empregatício, pois a legislação imensamente protetiva é complicada e custosa para grande parte dos administradores empresariais, reservando-se ao território empregatício e nada acodem àqueles que se encontram fora do território do trabalho formal ou, em outras palavras, resguardam exclusivamente os que estão em um vínculo empregatício de dependência com

---

<sup>25</sup> CHOIFI, Thiago. **O papel dos novos atores globais nas relações de trabalho**. Disponível: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/12\\_394.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/12_394.pdf)>, s.p.

<sup>26</sup> *Idem*, s.p.

carteira de trabalho devidamente registrada, excluindo-se, desse campo, os que não estão.

## 2.1 DAS DESPESAS EMPREGATÍCIAS

Quem sabe esse constitua o grande transtorno, não o único; entretanto, um considerável elemento que até mesmo acentue os outros. As despesas do vínculo empregatício no Brasil são elevadíssimas e também chegam ao contrassenso de deslocar grande parcela dos numerários a terceiros, seja para a Caixa Econômica Federal, em razão do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), seja para o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), bem como diversos entes que têm destino financeiro compulsório<sup>27</sup>.

Embora o labor no Brasil seja circunstancialmente mais custoso que em outras regiões do mundo, o obreiro não se favorece diretamente com o elevado preço do mencionado custo empregatício, visto que uma parcela vai para os cofres previdenciários e outra para sua conta acoplada ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, situação em que o obreiro não tem alcance imediato. Ademais, temos o Imposto de Renda elevadíssimo e os tributos para o *Sistema S*, que são, como se sabe, as contribuições sociais, as contribuições de intervenção no domínio econômico e contribuição de interesse profissionais ou econômicas (Cf. art. 149 da CF).

Logo, a cada R\$ 1.000,00 saldados em caráter de salário pelo ofício oferecido, por volta de R\$ 1.270,60 são saldados em caráter de salário por tempo não trabalhado. Isto é, o empregador precisa desembolsar mais do que o dobro para manter o trabalho formal no Brasil<sup>28</sup>.

Nos estudos de Nelson Leitão Paes, para proporcionar a redução do trabalho informal, foram feitas simulações que se concernem essencialmente à tributação e ao mercado de crédito.

Simularam-se seis modelos de providências políticas, como descritas a seguir:

I - Medidas de política tributária - contemplam separadamente a redução de 1% nas alíquotas da tributação sobre o consumo, renda do capital e renda do trabalho. O objetivo aqui é verificar a magnitude da influência da tributação sobre o grau de formalização da economia.

II - Aumento do custo da informalidade em 1%. Neste caso, há um aumento no custo percebido pela firma informal em permanecer na informalidade. Esse aumento de custo pode decorrer de vários fatores como:

- a. melhoria do aparato tecnológico do órgão fiscalizador;
- b. aumento das penalidades associadas à sonegação;
- c. aumento da probabilidade percebida pelas firmas informais de serem fiscalizadas;
- d. melhoria na eficiência e rapidez do Judiciário em fazer cumprir a aplicação das penalidades tributárias.

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, s.p.

<sup>28</sup> PASTORE, José. **Trabalhar custa caro**. São Paulo: LTr, 2007, p. 47.

III - Medidas de política de crédito - Redução do custo do capital de terceiros em 1% ou aumento da disponibilidade de crédito<sup>29</sup>.

Das providências acima, seis delas têm características positivas, já que não procuram punir a informalidade, mas estimular a formalização.

Em caráter exclusivo, a providência com características negativas, ou melhor, repressoras, é a que majora o valor de sonegação para as empresas informais, a qual não ocasiona maiores estímulos econômicos.

Depois de feitas as simulações, tem-se o seguinte resultado:

**Tabela 1 - Resultados das medidas**

<b>Propostas</b>	<b>Informal</b>	<b>Formal</b>	<b>Total</b>
Redução da tributação sobre a produção	-1,32	0,79	0,15
Redução da tributação sobre a renda do capital	-0,44	0,30	0,08
Redução da tributação sobre a renda do obreiro	-1,26	0,67	0,09
Aumento do custo da informalidade	-0,81	0,27	-0,06
Redução do custo da informalidade	-0,33	0,19	0,03
Redução do custo do crédito	0,08	-0,01	-0,03
Aumento da oferta de crédito			

**Fonte:** PAES, 2010 s.p.

Os produtos indicam que a política que diminui a cobrança tributária é a mais eficaz. Descobre-se que a redução de 1% na tributação provoca intensa diminuição da classe informal e um admirável aumento na classe formal, pois como se pode verificar na tabela, as propostas *Redução da Tributação sobre a Renda do Trabalho*, *Redução da Tributação sobre a Produção* e *Redução da Tributação sobre a Renda do Capital* fizeram com que houvesse uma redução de 1,26%, 1,32% e 0,44, respectivamente, do trabalho informal, bem como um aumento de 0,67%, 0,79% e 0,30, respectivamente, do trabalho formal.

Em estudo a respeito da complexidade e o alto preço de um contrato formal, conforme podem ser analisados nas tabelas abaixo, que se referem à contratação de obreiros horistas na esfera industrial, pode-se perceber que esse tipo de contratação demanda a sujeição a, pelo menos, 18 itens, sendo todos eles inegociáveis. Em primeiro lugar, tem-se as obrigações sociais:

**Tabela 2: Obrigações sociais**

<b>Gastos</b>	<b>% sobre o salário</b>
Previdência Social	20,00
FGTS	8,50
Salário Educação	2,50
Acidentes de Trabalho	2,00
SESI/SESC/SEST	1,50
SENAI/SENAC/SENAT	1,00
SEBRAE	0,60
INCRA	0,20
Subtotal	36,30

**Fonte:** <[http://www.josepastore.com.br/artigos/ti/ti\\_014.htm](http://www.josepastore.com.br/artigos/ti/ti_014.htm)>. Acesso em 07/08/2013.

<sup>29</sup> PAES, Nelson Leitão. **Mudanças no sistema tributário e no mercado de crédito e seus efeitos sobre a informalidade no Brasil**, s.p. Disponível:<<http://www.scielo.br>>.

Nota-se que os encargos sociais representam uma grande porcentagem do custo laboral, 36,30% sobre o valor do salário.

Logo após, a *Tabela 3* representa o tempo não trabalhado:

**Tabela 3: Tempo não trabalhado**

Gastos	% sobre o salário
Repouso Semanal	18,91
Férias	9,45
Abono de Férias	3,64
Feriados	4,36
Aviso Prévio	1,32
Auxílio Enfermidade	0,55
13º Salário	10,91
Despesas e Rescisão Contratual	3,21
Subtotal	52,42

**Fonte:** <[http://www.josepastore.com.br/artigos/ti/ti\\_014.htm](http://www.josepastore.com.br/artigos/ti/ti_014.htm)>. Acesso em 07/08/2013.

Mais custosos do que os encargos sociais da *Tabela 2*, os que representam o tempo não trabalhado incidem 52,42% sobre o valor do salário.

Por fim, a *Tabela 4* representa as incidências cumulativas:

**Tabela 4: Incidências cumulativas**

Gastos	% sobre o salário
Incidência Cumulativa Tabela 2 e Tabela 3	13,88
Incidência do FGTS S/ 13º sal.	0,93
Subtotal	103,46

**Fonte:** <[http://www.josepastore.com.br/artigos/ti/ti\\_014.htm](http://www.josepastore.com.br/artigos/ti/ti_014.htm)>. Acesso em 07/08/2013.

As tabelas aludem às horas, de fato, trabalhadas e aos salários dos períodos não trabalhados, os quais chegam a incidir 103,46% do salário, como mostra a *Tabela 4* acima. Na prática, uma empresa que contrata um trabalhador por R\$ 1000,00 por mês tem um gasto total de, em média, R\$ 2.030,00 resultante do emprego da legislação vigente.

É bom lembrar que essas tabelas abrangem tão-somente os dispêndios de natureza obrigatórios que se empregam a todos os trabalhadores, pois existem diversos custos que também derivam da regulamentação normativa que não se adotam a todos os trabalhadores, apesar de que sejam de ampla abrangência. Nessa situação, estão o vale-transporte e vale-refeição; de modo um tanto menos abarcante estão os adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, bem como o auxílio-creche e a licença à paternidade; além desses, existem também diversos períodos não laborados que, por força da legislação, devem ser pagos como, por exemplo, “o comparecimento diante de júri, licença casamento, luto em família, dias dedicados ao alistamento eleitoral e militar e à doação de sangue”. Existem também empregadores que, em virtude do caráter de seu funcionamento, têm outros gastos obrigatórios, como

é a situação da construção civil, a qual é forçada a pagar a remuneração e alguns gastos proporcionais dos empregados que, na temporada de chuva, por exemplo, ficam diversos dias sem trabalhar nos canteiros de obras. Isto é, nessas situações os custos de contratação formal excedem em abundância o citado 103,46% do salário normal<sup>30</sup>.

Tal adversidade é generalizada, conseguindo atingir tanto os empresários de maior porte, que conseguem lidar com essas despesas, quanto os pequenos e médios empresários, os quais padecem com esses custos duplicados.

Os avantajados conjuntos empresariais têm dificuldades em virtude da concorrência exercida contra regiões do mundo cujo trabalho tem pequeno valor, como é o caso do Uruguai, local de grande desenvolvimento social, sendo que os seus encargos laborais incidem em apenas 48,06% do salário, como se verá mais adiante. Ora, vê-se vantagem para esses grandes conjuntos empresariais sustentar seu estabelecimento em um diferente país, e não no Brasil, sendo lógicas as desvantagens que tal fato traz ao país.

Em outros períodos, em nada afetava o local da fábrica se no Paraná o ordenado era mais caro que em Pernambuco, bem como, em nada afetava o local manufatureiro os valores aplicados na Tailândia ou na Guatemala, porque o percurso e os obstáculos para o deslocamento eram, de fato, abundantemente elevados. Além de tudo, apenas em países mais desenvolvidos existiam alicerces materiais e tributários satisfatórios para as estruturas das grandes empresas.

Apenas a título de exemplo, com o fim de se ter uma noção da variante de gastos, a importância da hora de trabalho na Alemanha tem a média de US\$35,00, à medida que na Polônia, a média é de US\$6,00. A variante é tão grande que o preço da transposição da estrutura fabril é totalmente compensado pelos ganhos que os moderados gastos salariais causam aos possuidores dos recursos<sup>31</sup>.

Os médios e pequenos empresários, por sua vez, não têm a alternativa de transposição, padecendo com a carência de suporte e possibilidade para suportarem as aludidas despesas, o que provoca a informalidade. O dispêndio com os vínculos empregatícios não só compromete como esgota toda a renda empresarial desses acanhados empresários.

Embora determinados países tenham salários mais elevados, evidencia-se no Brasil os mais altos gastos de contratação, é o que mostra a *Tabela 5*, a qual representa as despesas de contratação em alguns países:

**Tabela 5: Despesas de contratação em países selecionados**

Países	% sobre o salário
Brasil	103,46
França	79,70
Argentina	70,27
Alemanha	60,00
Inglaterra	58,30

<sup>30</sup> PASTORE, José. **A modernização das instituições do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 48-49.

<sup>31</sup> CHOIFI, s.p.

Itália	51,30
Holanda	51,00
Uruguai	48,06
Bélgica	45,40
Paraguai	41,00
Japão	11,80
Dinamarca	11,60
Tigres Asiáticos (média)	11,50
Estados Unidos	9,03

**Fonte:** PASTORE, 2005, p. 49-50.

O Brasil, como se pode notar, está em primeiro lugar no quesito *despesas de contratação*, excedendo países em que o labor há muito tempo tem incessante regulação por legislação, como é o caso da França, Alemanha e Itália.

Tal situação diminui ilimitadamente o campo de negociação, pois em toda ocasião que o funcionário pleiteia um acréscimo de R\$350,00, por exemplo, o patrão tem conhecimento de que tal majoração vai lhe custar pelo menos R\$ 700,00, dessa forma, combate o pleito o mais que pode no momento do ajuste.

Consequentemente, ante um complexo normativo trabalhista demasiadamente impassível, o dono da empresa, por tantas vezes, é compelido a arriscar no trabalho clandestino, estando sob a frequente ameaça de vir a ser acionado diante a Justiça Federal do Trabalho, com isso, ser sentenciado a saldar valores que o mesmo não possui.

No ano de 2003, em estudo mencionado por José Pastore, o *National Bureau of Economic Research*, organismo rigorosamente profissional, avaliou as problemáticas do trabalho, da falta dele e sua clandestinidade de acordo com o caráter da regulamentação em 85 países. Em meio aos basilares resultados, realçam-se os seguintes: primeiramente, a regulamentação do labor por intermédio da legislada é abundantemente menor em territórios desenvolvidos do que em territórios subdesenvolvidos, ou melhor, os países desenvolvidos exercitam em maior quantidade a regulamentação por intermédio de ajustes e de contratos coletivos e individuais de trabalho que, além disso, também são considerados como legais, já que tais contratos equivalem a leis propriamente ditas; ademais, quanto maior é o grau de regulamentação normatizada, maiores são as porcentagens de clandestinidade; por fim, em meio aos 85 países pesquisados, o Brasil tem o maior indicador de regulamentação legislada, exibindo ainda as maiores porcentagens de informalidade e desemprego, até em tempos de agudo de desenvolvimento da economia<sup>32</sup>.

Mediu-se a complexidade (ou incomplexidade) para se conservar um trabalhador formal consoante à legislação nacional, em termos de burocracia e gastos, sendo que, segundo a *Tabela 6*, o identificador varia do número 0 ao número 100 e, quanto maior é o número, maior é a burocracia e mais complicado é conservar um funcionário:

**Tabela 6: Regulação das condições de emprego**

Países	% sobre o salário
--------	-------------------

<sup>32</sup> PASTORE, 2005, p. 26-27.

Paraguai	90
Angola	89
Bielorrússia	89
Croácia	89
Nigéria	89
Brasil	89
Alemanha	46
Inglaterra	42
Áustria	41
Noruega	39
Suécia	39
Estados Unidos	29

**Fonte:** PASTORE, 2005, p.30.

Como se pode observar, o Brasil adquiriu uma das piores contagens, assim que se considera o espantoso conjugado de gastos que incidem sobre a remuneração e as despesas administrativas para se sustentar a folha de pagamento consoante à legislação.

E tal problema não acontece só no contrato laboral em si, mas também nas demandas trabalhistas porque nos dias atuais, no Brasil, são demandadas 2,5 milhões de reclamações trabalhistas que custam à coletividade cerca de seis bilhões de reais a cada ano. De acordo com o Relatório Geral da Justiça do Trabalho, no ano de 2003, a verba repassada pela administração pública à Justiça Federal do Trabalho sobrepujou a quantia paga aos autores, pois ingressaram 1.706.778 contendas laborais neste ano foram resolvidas 1.640.958. Após efetivar os acordos e pronunciadas as sentenças, foram amortizados R\$ 5.038.809.649,00 aos autores sendo que, em 2003, a União repassou à Justiça do Federal Trabalho o valor de R\$ 5.233.811.531,00. Ou seja, o dinheiro público gasto foi mais alto do que a importância paga aos autores das demandas trabalhistas, exprimindo que, para deliberar a respeito de R\$ 1.000,00, gastou-se mais de R\$ 1.000,00, um numerário de sério prejuízo. Os valores ficam ainda mais contraproducentes assim que se avaliam os gastos das partes com advogados, prepostos, dias sem trabalhar, etc. O empenho de todo este intrincado aparelho importou na prestação de um numerário médio de R\$ 3.070,00 a cada reclamante, tratando-se de um dispêndio muito elevado para benefícios tão limitados<sup>33</sup>.

Em consequência, ao empregar um funcionário, o empresário tem domínio acerca do salário a ser constituído, todavia não tem autoridade acerca dos componentes de caráter obrigatório que sobrevirão sobre essa remuneração. Dessa forma, o único modo de conter o valor final do emprego formal é encurtando o salário, sendo que tal fato esclarece, em ampla parcela, o porquê a grande parte dos obreiros tem a remuneração tão baixa no Brasil.

<sup>33</sup> PASTORE, 2005, p.16.

## 2.2 A AMPLA INTERFERÊNCIA DO ESTADO NO CONTRATO DE TRABALHO

Ao se pensar a respeito da restauração da legislação trabalhista no Brasil, a principal oposição, a qual por muitas vezes é inopinada e “político-ideológica”, a ser defendida é a de que caso acontecessem alterações laborais, as mesmas só seriam entremeadas no ordenamento jurídico brasileiro para acatar, de forma específica, às cobranças do neoliberalismo. Contudo, se nisso consistisse tal mudança, a mesma seria totalmente abandonada<sup>34</sup>.

Ora, emprego não é *commodity*, não podendo ficar absolutamente subordinado às regras mercantis, visto que o trabalho carece de regulamentação, a qual pode ser perpetrada por intermédio de transação, sendo que as disposições dos contratos individuais de trabalho geririam os vínculos laborais, e, na outra extremidade, podendo também ser perpetrada por intermédio de dispositivos da legislação.

O regulamento é elaborado, comumente, por uma agregação de ambos os sistemas (regulamentação negociada e legislada). Entretanto, tal entendimento não é igual em todos os países, pois nos Estados Unidos da América, por exemplo, grande parcela da regulamentação é assegurada por intermédio de contrato coletivo ou individual de trabalho; já no Brasil, grande parte é assegurada por intermédio da legislação, visto que, na realidade, a Constituição Federal de 1988 e a Consolidação das Leis Trabalho aceitam ajustar somente dois benefícios: “o salário e a participação nos lucros ou resultados”, sendo que a até mesmo a jornada de trabalho somente pode ser ajustada por meio de uma cadeia de reservas legislativas<sup>35</sup>.

No Brasil, existe um manifesto contrassenso: o complexo normativo é severo e o mercado de trabalho permite a clandestinidade, pois o rigor da lei é espelhado na impraticabilidade de se ajustar boa parte dos benefícios individuais que asseguram a proteção dos obreiros, sendo que a transação se vê anteparada mesmo que os empregadores e empregados acreditem ser útil modificar um direito assegurado pela legislação por um diferente direito assegurado pelo ajuste. Logo, o mercado de trabalho no Brasil se manifesta brando quando se leva em consideração a simplicidade de se contratar empregadores clandestinos, expondo-se, entretanto, uma clandestinidade que não preserva amparo social algum. Isto é, trata-se de uma “flexibilização selvagem”<sup>36</sup>.

Ora, se o complexo normativo trabalhista brasileiro fosse tão adequado e operativo, deixar-se-ia de se identificar tantas dificuldades, as quais estão localizadas nas classes economicamente vulneráveis, bem como não haveria as amplas porcentagens de trabalho clandestino e inconsistente, situação em que,

---

<sup>34</sup> MASCARO, Amauri. **Aspectos relevantes da reforma da legislação trabalhista** in FRANCO FILHO, Geogenor de Souza. **Presente e futuro das relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p. 204.

<sup>35</sup> PASTORE, 2005, p. 25.

<sup>36</sup> PASTORE, 2005, p. 26.

de fato, não haveria motivo para se propor uma reparação na legislação laboral<sup>37</sup>.

Destarte, deve ser constituída a recepção do princípio da autossuficiência dos particulares e da autonomia sindical, a qual tem como intento a não intromissão e não intervenção do Estado nos vínculos laborais, levando aos interlocutores da sociedade a energia voluntária para descobrir maneiras de resolver suas contendas laborais. Logo, os órgãos sindicais definirão por suas próprias vontades os meios de coordenação dos sindicatos, os empresários e os mandatários dos obreiros ajustarão acordos coletivos por meio dos quais serão implantadas as regras e condições de trabalho que ambas as partes se propõe a acatar e as contendas trabalhistas serão disciplinadas não só ante a Justiça do Trabalho, que continuará sendo inafastável, mas também por intermédio de métodos particulares, sendo estes opcionais, logicamente, empregados pelas próprias partes contrárias<sup>38</sup>.

Dessa forma, as peculiaridades da regulamentação intervêm absolutamente na formalização dos vínculos empregatícios. Assim, não só a legislação laboral do Brasil é muito severa, como também é mal elaborada, antiquada e não inclusiva: manifesta-se sua má elaboração na medida em que não se apresenta dinâmica para conceder o devido amparo ao obreiro; antiquada porque natural de um Estado despótico e paternalista, que sobrepuiu os entes sindical, advindo mínimas transformações no decorrer de 70 anos de vigência; finalmente, não inclusiva porque robustece as disparidades, configurando um obstáculo à entrada de desempregados e obreiros clandestinos no distinto conjunto de trabalhadores selecionados para desfrutarem de uma série de benefícios que, para se sustentarem, necessitam abarcar um número cada vez mais baixo de empregados, isso sem contar que, os procedimentos do processo trabalhista é confuso, posto que, às vezes vale-se de seus próprios instrumentos regulatórios, ora vale-se do processo civil, criando-se, assim, na maioria das vezes, prejuízos para os demandantes<sup>39</sup>.

O estudo supracitado do *National Bureau of Economic Research* destaca que o rigorismo da lei dificulta a velocidade dos mercados e a concorrência empresarial e, por conseguinte, o contrato individual de trabalho e a formalização do mesmo, surgindo relevantes perdas para os obreiros e para o sistema de Previdência Social nacional.

Na *Tabela 7*, estimou-se o nível de embaraços para se empregar um funcionário de acordo com a legislação de cada país, sendo que o indicador oscila do número 0 ao número 100:

**Tabela 7: Regulação da contratação**

Países	Dificuldade
México	81
Panamá	81
Taiwan	81
El Salvador	81

<sup>37</sup> MASCARO, 2000, p. 204.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 205.

<sup>39</sup> *Ibidem*, 2000 p. 205.

Brasil	78
Chad	78
Grécia	78
Guiné Bissau	78
Tailândia	78
Venezuela	78
Estados Unidos	33
Canadá	33
Dinamarca	33
Suíça	33

**Fonte:** PASTORE, 2005, p. 28.

Como se pode evidenciar, o placar brasileiro nesse indicador foi o de 78, o que coloca o Brasil em meio aos dez países de pior posição no globo terrestre.

Nota-se que, os países ricos, em caráter universal, têm menos da metade dos obstáculos de contratação que o Brasil apresenta, como é o caso dos Estados Unidos da América, Canadá, Dinamarca e Suíça.

Mediram-se também o nível de simplicidade (ou complexidade) burocrática e econômica instituídas pelas legislações pátrias para dispensar um funcionário sendo que todos os países que estão para cima do indicador 50 estão em uma posição precária:

**Tabela 8: Diificuldade da descontração**

<b>Países</b>	<b>Complexidade</b>
Angola	74
Bielorrússia	71
Rússia	71
México	70
Paraguai	71
Peru	69
Ucrânia	69
Panamá	68
Brasil	68
Japão	09
Estados Unidos	05
Uruguai	01

**Fonte:** PASTORE, 2005, p. 29.

O Brasil apresentou 68 pontos nessa tabela, encontrando-se, novamente, junto de países de pequeno Produto Interno Bruto (PIB).

Contudo, é notavelmente perceptível que o mesmo não acontece, como exibe a tabela acima, com grandes potências mundiais, como Estados Unidos (indicador 05) e Japão (indicador 09).

Ora, o estudo reafirma que o rigorismo da legislação atrapalha o bom funcionamento do mercado de trabalho, sendo que na *Tabela 8*, avaliaram-se os níveis de liberdade que os empreendedores têm para efetivar ajustes em relação à legislação laboral, sendo que todo resultado acima de 40 pontos sugere ampla severidade:

**Tabela 9: Regulação das condições de emprego**

<b>Países</b>	<b>Complexidade</b>
Brasil	78

Angola	78
México	77
Bielorrússia	77
Venezuela	75
Ucrânia	73
Japão	37
Suíça	36
Canadá	34
Áustria	30
Inglaterra	28
Estados Unidos	22

**Fonte:** PASTORE, 2005, p.31.

Novamente, o Brasil se coloca como uma das regiões do mundo que mais é rígida em relação à sua legislação laboral, chegando aos 78 pontos e, como nos casos anteriores, encontra-se nivelado a países que têm grandes dificuldades econômicas.

A pesquisa exhibe que países com grande regulamentação legal e, especialmente, quando a regulamentação é mal elaborada, desenvolvem-se mais lentamente, instituem muitas dessemelhanças e estimulam as práticas corruptas. No âmbito laboral, principalmente, estes países apresentam grande dificuldade para suscitar o aparecimento de empregos e conservar os seus cidadãos devidamente empregados com as devidas proteções estabelecidas em lei. Substancialmente, entre os 133 países estudados, o Brasil não está bem em todos os indicadores do labor.

Com isso, todos os sujeitos das relações de trabalho perdem: o trabalhador clandestino, o qual abdica à proteção do Estado para conservar seu posto de emprego; os trabalhadores e, especialmente, os beneficiários da Previdência Social, na medida em que não há possibilidade de o salário-mínimo ser majorado para não ruir o sistema previdenciário nacional, que sofre por causa da omissão de contribuições dos trabalhadores clandestinos; a economia, na medida em que as corporações do Estado não se apresentam competentes na arrecadação, coagindo o Governo a recorrer a empréstimos de corporações financeiras internacionais, o que gera o acréscimo dos juros e a instabilidade dos cofres governamentais, ou, então, o Governo necessita majorar os impostos, o que, normalmente, é feito sem anteder a capacidade financeira do contribuinte e a divisão dos recursos econômicos, estendendo as dessemelhanças existentes no Brasil<sup>40</sup>.

## CONCLUSÃO

Em relação à análise do Direito do Trabalho em face da Inclusão Social notou-se que as relações de trabalho brasileiras são caracterizadas pela inflexibilidade, sendo que este cenário fascina os indivíduos que se encontram contratados com um amparo impalpável, dependente da permanência deste ofício, para o qual não existe imunidade qualquer. Porém, este infiel auxílio já é

<sup>40</sup> PASTORE, 2005, p. 30

o suficiente para instiga-los a defenderem a rigidez legislativa, contudo, não entendem que, no futuro, serão os seus filhos os prejudicados por este exacerbado número de regras.

Em seguida, refletiu-se a respeito das causas da informalidade no Brasil, concluindo-se que as causas de tal fenômeno são os dispêndios empregatícios e o extrapolado controle público nas relações privadas do trabalho. Sabe-se que ambos os componentes congregados causam transtornos do contrato laboral, visto que a lei é muito protetiva, embaraçosa e penosa para os empreendedores, atendendo somente aos vínculos que contêm carteira assinada e não amparam os que não têm.

## Referências

BRITO, Jaime Domingues; OLIVEIRA, Flávio Luís de. A tutela específica dos direitos materiais e o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito (Organizadores). *Políticas Públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos*. Boreal Editora, Birigui – SP, 2011.

CHOHFI, Thiago. *O papel dos novos atores globais nas relações de trabalho*.

Disponível: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/12\\_394.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/12_394.pdf)>

MASCARO, Amauri. Aspectos relevantes da reforma da legislação trabalhista in FRANCO FILHO, Geogenor de Souza. *Presente e futuro das relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2000

OLIVEIRA, Antônio Matos de. *A falência do emprego e o advento do trabalho informal*. Disponível: <http://www.conpedi.org.br>

PAES, Nelson Leitão. *Mudanças no sistema tributário e no mercado de crédito e seus efeitos sobre a informalidade no Brasil*, s.p. Disponível:<http://www.scielo.br>

PASTORE, José. *Trabalhar custa caro*. São Paulo: LTr, 2007

\_\_\_\_\_. *A modernização das instituições do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005

ROMITA, Arion Sayão. A Flexibilização das Leis de Trabalho em debate: choque de correntes in FRANCO FILHO, Geogenor de Souza. *Presente e futuro das relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2000

## DO JUSPOSITIVISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO: POR QUE AINDA APOSTAMOS NA DISCRICIONARIEDADE?

Daniel Ortiz Matos<sup>41</sup>  
Rafael Giorgio Dalla Barba<sup>42</sup>

### Resumo:

Neste artigo nos propomos a refletir a respeito do Positivismo Jurídico e do Neoconstitucionalismo enquanto uma possível alternativa ruptural. Isto, a partir do problema da interpretação, sobretudo, no que se refere à discricionariedade judicial. Objetivamos demonstrar como o Juspositivismo é compreendido de forma limitada, e também, por consequência, como o Neoconstitucionalismo resgata suas bases. Por fim, apresentaremos uma leitura da Crítica Hermenêutica do Direito a respeito do problema da discricionariedade, e da necessária compreensão paradigmática deste fenômeno a fim de uma construção teórica que de fato transponha tanto o Positivismo Jurídico quanto o Jusnaturalismo.

### INTRODUÇÃO

Não é incomum ouvirmos que o Neoconstitucionalismo apresenta-se como uma superação do Positivismo Jurídico, sendo então definida como uma proposta pós-positivista. Não obstante ao fato desta crença estar sedimentada no imaginário jurídico pátrio, esta esconde um reducionismo de análise que impossibilita exatamente o que propõe. O ponto fulcral a ser discutido reside na resposta ao seguinte questionamento: O que é o Juspositivismo? Dessa forma, a depender da imagem (re)construída diferente será o modo de pensar seu contraponto.

Diante dessa advertência, nos propomos a refletir a respeito do Positivismo Jurídico e do Neoconstitucionalismo enquanto uma possível alternativa ruptural, e isto, a partir do problema da interpretação, sobretudo, no que se refere à discricionariedade judicial. Dito de outro modo: busca-se investigar como é pensada a interpretação do Direito dentro do paradigma positivista e se a proposta neoconstitucionalista consegue suplantá-la nesse aspecto.

Deste modo, objetivamos demonstrar como o Positivismo Jurídico é compreendido de forma limitada, e também, por consequência, como o Neoconstitucionalismo resgata suas bases. Isto é, intentamos fazer uma leitura do Juspositivismo para além da caricatura presente em nosso senso comum teórico para expor o caráter de aparente ruptura da corrente neoconstitucionalista.

Esta tarefa será realizada seguindo os pressupostos metodológicos da

---

<sup>41</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB. Mestrando em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, sob a orientação do Prof. Dr. Lenio Luiz Streck. Bolsista CAPES/PROSUP. Membro dos grupos de pesquisa Hermenêutica Jurídica (CNPq) e Dasein - Núcleo de Estudos Hermenêuticos (UNISINOS). Contato: danielortizmatos@gmail.com

<sup>42</sup> Graduando em Direito pela UNISINOS-RS. Membro do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos e do grupo de pesquisa Hermenêutica Jurídica (CNPq). Bolsista de Iniciação Científica Unibic/UNISINOS. Contato: rafael\_0666@hotmail.com

fenomenologia hermenêutica de Martin Heidegger (1889-1976)<sup>43</sup>, em que há sempre algo que se esconde naquilo que se mostra, sendo necessária uma desconstrução da tradição que, por vezes, cristaliza significações que obscurecem uma compreensão mais originária/autêntica dos fenômenos. Por isso. É necessário um revolvimento do chão linguístico em que se assenta a tradição por intermédio de um olhar de Filosofia no Direito<sup>44</sup>. Isto num exercício de revisão bibliográfica de diversos juristas e jusfilósofos que tratam do tema proposto.

O trabalho, portanto, encontra justificativa enquanto um estudo crítico que procura a compreensão daquilo que se abriga por detrás, nas entrelinhas do conhecimento sedimentado. Ressalta-se ainda que na tentativa de propor um Direito mais adequado às novas exigências histórico-emergenciais é imprescindível uma leitura adequada das construções paradigmáticas pretéritas e/ou presentes.

O artigo se divide em três partes sendo a primeira destinada ao Positivismo Jurídico, segunda ao Neoconstitucionalismo, e a terceira à perspectiva Crítica Hermenêutica do direito. Na parte inicial procuramos

---

<sup>43</sup> Este aporte metodológico decorre da matriz teórica da Crítica Hermenêutica do Direito (CDH). Esta, desenvolvida por Lenio Luiz Streck, move-se, fundamentalmente, nas águas da fenomenologia hermenêutica, pela qual o horizonte do sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado e a interpretação faz surgir o sentido. Juntamente com estes pressupostos incorporam-se aportes da teoria jurídica de Ronald Dworkin. Isto é explicitado amiúde em obras como *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, *Verdade e Consenso e Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. A tarefa da Crítica Hermenêutica do Direito - CHD é a de “desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos” (Heidegger-Stein). Fincada na ontologia fundamental, busca, através de uma análise fenomenológica, o desvelamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e aonde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). Para maiores aprofundamentos indica-se a leitura das seguintes obras: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo, 2011.

<sup>44</sup> O termo “Filosofia no Direito” foi proposto ineditamente por Lenio Streck e Ernildo Stein em conferência por ambos ministrada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná no ano de 2003. Explicitando o tema Stein declara que: “Para enfrentar essa questão é preciso encarar, de frente a contribuição dos standarts de racionalidade que a Filosofia desenvolve, quando ela é mais que uma simples retórica ornamental ou orientação na perplexidade” (2004, p.136). (...) “Dessa maneira, qualquer campo teórico do direito pode esperar respostas importantes de um standart de racionalidade filosófico. Isso, no entanto, pressupõe que o campo teórico do Direito se vincule a determinado paradigma que lhe dá sustento no método e na argumentação (2004, p.137). Para um breve intróito a esta abordagem recomenda-se a leitura da coluna *A Filosofia no Direito e as condições de possibilidade do discurso jurídico* escrita por André Karam Trindade no *Conjur*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-14/filosofia-direito-condicoes-possibilidade-discurso-juridico> Acesso em: 18/06/14.

desenvolver uma leitura histórica do paradigma positivista no intuito de demonstrar que a teoria da interpretação passou por significativas alterações desde suas manifestações do séc. XIX até as versões atuais. Na seguinte, apresentamos as mudanças ocorridas no constitucionalismo do pós-guerra (séc. XX) que ensejaram o desenvolvimento do Neoconstitucionalismo. Ademais, as suas principais características serão consideradas para servirem de fundamento para a verificação se estamos diante de uma ruptura ou somente mais uma adaptação, embora cada vez mais sofisticada, do Juspositivismo. Na terceira e última será exposta a compreensão da CHD sobre o problema da discricionariedade.

## 1 O POSITIVISMO JURÍDICO E O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO

Muitos sustentam que para o positivismo jurídico a atividade jurisdicional é uma aplicação “mecânica”, “fria”, uma vez que *dura lex sed lex*. Argumentam, que a metodologia a ser utilizada limita-se à análises meramente linguístico-formais de adequação dos fatos ao direito (pré)estabelecido, por intermédio da subsunção e de raciocínios silogísticos. Frequentemente, estas as declarações são relacionadas com Hans Kelsen (1881-1973), como se o jurista tivesse contribuído para esta realidade.

Estas concepções que povoam o imaginário jurídico brasileiro revelam que por vezes o Juspositivismo é compreendido como uma corrente de pensamento uniforme, isto é, que não sofreu alterações significativas com o passar do tempo. Ademais, denotam como determinados juristas são estigmatizados, de tal forma, que lhe são atribuídas ideias que os próprios combatiam.

Logo de início é necessário esclarecer que o Positivismo Jurídico desenvolvido no séc. XIX (Escola da Exegese, Jurisprudência dos Conceitos e Jurisprudência Analítica) sofreu expressivas mudanças, inclusive na teoria da interpretação, em relação aquele forjado no séc. XX, sobretudo, a partir das obras de Kelsen.

O Positivismo Jurídico oitocentista, em suas diversas manifestações<sup>45</sup>, tem como “traço comum a recusa de quaisquer formas de subjectivismo ou de moralismo” (HESPANHA, 2009,p.375). Assim, o direito passa a ser pensado enquanto um fenômeno objetivo, previsível, que possibilite a certeza e a segurança jurídica. Dessa forma, a interpretação é pensada sob a égide do método científico – das ciências naturais – enquanto uma descrição neutra, sem

---

<sup>45</sup> É relevante destacar que mesmo quando falamos no Juspositivismo do séc. XIX, mais precisamente da Escola da Exegese, da Jurisprudência dos Conceitos e da Jurisprudência Analítica, não estamos a sustentar que todas revelam o mesmo movimento sem peculiaridades. Ao contrário, mesmo compartilhando da mesma preocupação com a necessidade da delimitação do “positivo” no Direito, se diferenciam neste recorte. Como exemplo podemos citar que enquanto para o Exegetismo o direito é/está na Lei, para o Positivismo Conceitual este é compreendido enquanto um sistema formado por conceitos jurídicos fundamentais, genéricos, abstratos e concatenados. Para maiores aprofundamento, ver HESPANHA (2009, p. 374).

juízos de valor. Com isto, acreditava-se suprimir o caráter subjetivo e relativo desta atividade. Por isso a jurisdição seria um fazer mecânico, que apenas reproduziria o “positivo” do Direito, por intermédio de raciocínios meramente analíticos.

Nesse sentido, Lenio Streck ao analisar o Juspositivismo do séc. XIX assevera que:

A principal característica deste “primeiro momento” do positivismo jurídico, no que tange ao problema da interpretação do direito, será a realização de uma análise que, nos termos propostos por Rudolf Carnap, poderíamos chamar de sintático. Neste caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõe a “obra sagrada” (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, conseqüentemente, como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nesta perspectiva de construção de construção de um quadro conceitual rigoroso que representariam as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas (STRECK, 2014, p. 124).

Todavia, esta perspectiva a respeito da interpretação do Direito foi sensivelmente modificada a partir dos aportes kelseneanos ao Positivismo Jurídico, diante do reconhecimento da inexorabilidade do elemento subjetivo no *jus dicere*. Isto, em decorrência das insuficiências da linguagem e por ser a decisão jurídica um ato de vontade, uma escolha de política jurídica.

Kelsen faz uma cisão entre Direito e Ciência do Direito. A pureza metodológica buscada era destinada ao projeto científico e não ao Direito enquanto uma *práxis* social. O jurista faz questão de frisar isto, conforme conseguimos depreender do trecho abaixo:

Pero la teoría pura del derecho es una *teoría pura* del derecho, no la teoría de un *derecho puro* como sus críticos han afirmado erróneamente a veces. Un derecho “puro” podría solo significar – si es que puede significar algo – un derecho recto es decir un derecho justo. Pero la teoría del derecho no quiere no puede ser una teoría del derecho recto o justo pues no pretende dar respuesta a la pregunta: ¿qué es lo justo? En tanto ciencia del derecho positivo es – como ya se ha dicho– una teoría del derecho real, del derecho tal como es creado realmente por la costumbre, la legislación o la decisión judicial y tal como es efectivamente en la realidad social, sin entrar a considerar si este derecho positivo puede ser calificado desde un punto de vista de algún valor, es decir, desde de un punto de vista político, como bueno o malo, como justo o injusto; todo derecho positivo puede ser considerado como justo desde un punto de vista político y como injusto desde otro

punto de vista también político; pero esto no puede suceder desde el punto de vista de la ciencia del derecho que como toda ciencia verdadera no valora su objeto sino que lo describe, no lo justifica o condena emocionalmente, sino que lo explica racionalmente (KELSEN, 1997, p. 31).

Deste modo, a interpretação também será diferente em virtude da realidade jurídica a que se destina. A interpretação científica seria um ato de conhecimento, *pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas* (KELSEN, 2009, p.370). No âmbito da ciência do Direito (*Rechtswissenschaft*), ao intérprete cabe apenas apresentar com neutralidade e imparcialidade as significações normativas possíveis.

Entretanto, ao lado daquela, também existe a interpretação enquanto um ato de vontade. Esta não descreve, não reproduz, ao revés, cria direito que, somente *a posteriori*, seria sistematizado cientificamente. Portanto, na decisão judicial o juiz não faria um simples exercício analítico de subsunções e silogismos. Ao contrário, sua escolha seria influenciada por fatores externos ao direito e outros de caráter subjetivo. Assim, entende ser um exercício de política jurídica, que pode ou não constar em uma das hipóteses constantes na moldura normativa<sup>46</sup>.

Na mesma linha, em Norberto Bobbio podemos perceber a distinção entre a interpretação da ciência do direito daquela realizada pelos juízes, respectivamente:

(...) o positivismo jurídico sustenta a *teoria da interpretação mecanicista*, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica) (BOBBIO, 2006, p.133)

(...) a interpretação do direito feita pelo juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico, Mesmo que disto não se dê conta, para chegar a decisão ele deve sempre introduzir avaliações pessoais, fazer escolhas que estão vinculadas ao esquema legislativo que ele deve aplicar. (*idem*, p.237)

Observamos então que o Juspositivismo que se desenvolve na senda da tradição kelseneana reconhece a existência da discricionariedade judicial, em maior ou menor medida, como um dos caracteres identitários do sistema jurídico.

---

<sup>46</sup> O jurista na primeira edição (1934) de sua *Teoria Pura do Direito* defendia que a decisão judicial deveria ser encontrada dentro da moldura normativa. Porém, na segunda edição (1960) reconhece ser possível uma interpretação autêntica fora dos limites deste quadro normativo. Este *decisium* criaria direito novo caso não reformado em instâncias superiores.

Dessa forma, a afirmação que o positivismo jurídico sustenta uma aplicação literal da lei, como se juiz operasse apenas um exercício mecânico de aplicação do direito não representa a concepção do Juspositivismo novecentista. De modo mais preciso, esta deve ser identificada com a Escola da Exegese Francesa.

Noutro aspecto, como demonstramos, Hans Kelsen reconhecia o caráter subjetivo na lida prática do direito, de forma que seria impossível prever com exatidão qual seria a decisão jurídica a ser tomada. O jurista indica que esta certeza somente seria defensável dentro de uma proposta jusnaturalista que ele procura contrapor. Destarte, a interpretação autêntica – feita pelos órgãos responsáveis pela aplicação do direito – não seria passível de controle diante do elemento volitivo<sup>47</sup> e da plurivocidade das palavras da lei que são expressas em linguagem ordinária.

No mesmo sentido caminhou a tradição juspositivista no cenário anglo-saxão, sobretudo, a partir da obra *O conceito de direito* (1967) de Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992). Das postulações de Hart emergiu uma das principais teses caracterizadoras do Positivismo Jurídico: a tese da discricionariedade judicial. Diante da zona de penumbra normativa em que não há clareza a respeito da obrigação jurídica determinada, abrir-se-ia a possibilidade para a criação judicial do direito, por intermédio de um juízo discricionário.

Do exposto, entendemos que, por mais paradoxal que pareça ser, o Juspositivismo alberga tanto uma concepção mecanicista da jurisdição (séc. XIX) quanto uma acepção voluntarista ou que ao menos reconheça a inevitabilidade do elemento subjetivo na decisão jurídica (séc. XX). Destarte, é questionável, devido a parcialidade, a crença que o juiz positivista é tão-somente a “boca da lei”. Do mesmo modo que falham teorias críticas que acreditam que quanto maior liberdade tenha o intérprete, mais afastados estaríamos do Positivismo Jurídico.

### **3 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A INTERPRETAÇÃO DO PROBLEMA**

Atualmente, a teoria do Direito tem procurado apresentar um novo referencial teórico para lidar com o esgotamento das principais marcas deixadas pelo Positivismo Jurídico (exegético), mais notadamente, pela rígida separação

---

<sup>47</sup> Nesse sentido Oliver Jouanjan, citando Michel Troper, em artigo anexo à obra *O novo Paradigma do Direito: Introdução à Teoria e Metodologia Estruturantes* de Friedrich Müller, declara que: Em resumo, a partir do momento em que esta autoridade escolhe o texto, ao olhar dos fatos que ele qualifica livremente, e insere ela própria neste texto a norma que ela haverá criado livremente, quase não há mais espaço para a ideia de uma aplicação de normas, se este termo deve ter um sentido. A interpretação torna-se uma operação puramente volitiva desde o instante em que se mostra impossível fixar o momento cognitivo. A motivação da decisão de “aplicação” pode ter como único objetivo mascarar o processo real de decisão: um remendo *a posteriori*. O “normativismo” Kelseneano abre em realidade a porta para um puro “decisionismo” (MÜLLER, 2007, p. 250).

entre Direito e Moral, pela identificação completa entre texto e norma (lei e direito), e pelo dogma da literalidade na interpretação. Esse esforço pode ser observado no período subsequente à Segunda Guerra Mundial que, como marco na história da humanidade, ensinou que o “velho” direito havia fracassado, pois não conseguira segurar as atrocidades cometidas sob a égide dos Estados Totalitários.

Como resultado, seria necessário que se rompesse com a estrutura jurídica que lhes atribuía legitimidade através do argumento de obediência ao formalismo legal. Assim, o fim do conflito global impulsionou um rearranjo institucional que visasse à garantia dos direitos fundamentais e à preservação da democracia, exigindo-se um direito pós-bélico (Losano)<sup>48</sup> com o compromisso de atender as demandas de uma sociedade traumatizada pelas duas Grandes Guerras.

Gustavo Zagrebelski identifica que este período é marcado pelo reconhecimento da importância das Constituições que preveem um extenso rol de direitos e garantias fundamentais e pela existência de um órgão encarregado de guardá-los. Seria a passagem de um Estado de Direito (*Rechtsstaat*) para um Estado Constitucional (*Verfassungsstaat*), permitindo-nos percorrer dois séculos que rumaram para a institucionalização de mecanismos que assegurassem o fortalecimento da ordem democrática<sup>49</sup>.

José Joaquim Gomes Canotilho afirma que o Constitucionalismo deve ser entendido como “uma teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social da comunidade” (2003, p. 47). Segue, esclarecendo que

o Estado Constitucional é mais que o Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para travar o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize State Power*) (*idem*, p. 95-96).

Considerando o referencial histórico-teórico que situa o referido modelo, pode-se afirmar também que as regras e os limites que definem esta nova realidade, aponta(ram) inexoravelmente para a necessidade daquilo que, com Friedrich Müller<sup>50</sup>, poderíamos chamar de uma metódica constitucional. Esta seria capaz de abarcar, entre outras incumbências, a complexidade que se coloca diante dessa nova fase da jurisdição constitucional.

---

<sup>48</sup> Na avaliação de Losano, “talvez, nos tempos pós-bélicos em que as repúblicas europeias eram jovens e suas constituições, novas, a atividade legislativa prevalecesse e, portanto, a explicação teórica do direito jurisprudencial pudesse limitar-se a uma fórmula mais descrita do que explicativa”. LOSANO, Mário. *Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX*. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 341.

<sup>49</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 8. ed. Editorial Trotta: Madrid, 2208. p. 21-45.

<sup>50</sup> MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 3.

Nesse contexto, as diversas tentativas de conferir sentido à Constituição - de materializar os seus mandamentos e efetivar suas promessas - fomentaram na doutrina a formulação de concepções distintas para aquilo que passou a denominar-se *neoconstitucionalismo*: este num primeiro momento, incorpora um conjunto de posturas teóricas advindas de diversos juristas - espanhóis e italianos, em sua maioria - que procura(ra)m enquadrar a produção intelectual da teoria do Direito em um modelo jurídico que já não aposta mais nas mesmas perspectivas sobre a fundamentação e interpretação do Direito na forma em que eram desenvolvidas pelo positivismo jurídico (no seu sentido exegético-legalista)<sup>51</sup>, olhando a Constituição agora como o sustentáculo jurídico dotado por carregada força normativa (Hesse)<sup>52</sup>.

Em uma tipologia bastante elucidativa para caracterizar este fenômeno jurídico, Paolo Comanducci<sup>53</sup> traz - partindo da divisão analítica tripartite outrora formulada por Norberto Bobbio<sup>54</sup> - a distinção de três perspectivas do neoconstitucionalismo: teórico, ideológico e metodológico. Conforme a tricotomia proposta pelo jurista, o neoconstitucionalismo é ideológico porque remete a Constituição ao liame material que liga Política e Direito; é teórico uma vez que estabelece mecanismos para a superação do positivismo, como a previsão de direitos fundamentais e a sua aplicação através de princípios; e, por fim, metodológico, pois ultrapassa a separação entre Direito e Moral, colocando a última em papel protagonista na interpretação das normas constitucionais<sup>55</sup>.

Efetivamente, o neoconstitucionalismo é motivo de controvérsias. Uma delas pode ser esboçada a partir do que inicialmente pensava Luigi Ferrajoli, ao considerá-lo com uma "continuação natural do positivismo, um modo de 'completar' o paradigma positivista no novo contexto do Estado constitucional" (2002, p. 8), ou que o próprio Juspositivismo poderia ser reforçado pelo neoconstitucionalismo. No entanto, mais recentemente, o mestre fiorentino alterou sua posição inicial, distinguindo a sua proposta teórica - *constitucionalismo garantista* - das posturas derivadas do neoconstitucionalismo, considerando as últimas como fazendo parte daquilo que denominou por *constitucionalismo principialista*.

Entende Ferrajoli que as posturas neoconstitucionalistas, (ou constitucionalismo principialista) acabam por repristinar teses jusnaturalistas que proclamam uma perniciosa conexão entre direito e moral, enfraquecendo o papel normativo das constituições (e, portanto, da hierarquia das fontes), além do enfraquecimento da submissão dos juízes à lei, propagando o fenômeno do ativismo judicial<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> SANCHÍS, Luís Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1997.

<sup>52</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

<sup>53</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 75-98.

<sup>54</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 131 e segs.

<sup>55</sup> COMANDUCCI, Paolo, op. cit., p. 83-87.

<sup>56</sup> "O constitucionalismo positivista e garantista diferencia-se do constitucionalismo não-positivista e principialista pela rejeição de todos aqueles que são os seus três elementos principais: (1) a conexão entre direito e moral; (2) a contraposição entre princípios e regras e a

O neoconstitucionalismo tem sido abordado sob os mais diferentes enfoques. De forma percuciente, Écio Oto Ramos Duarte compila as principais propriedades e características desse fenômeno, rubricada por juristas como Prieto Sanchís, Sastre Ariza, Paolo Comanducci, Ricardo Guastini, Sussana Pozzolo, entre outros, guardando as devidas divergências teóricas. Entende Oto que as teses que circundam o neoconstitucionalismo seriam: a) Pragmatismo, uma vez que o Direito implicaria um conhecimento fundido na política; b) Ecletismo metodológico, como uma espécie de interconexão entre metodologias jurídicas; c) Princípioalismo, pois a ordem jurídica envolveria regras e princípios; d) Estatalismo garantista, entendido pela previsão de instrumentos que tutelem os direitos e garantias fundamentais; e) Judicialismo ético-político, sendo o reconhecimento da conexão entre Direito e Moral; f) Interpretativismo moral-constitucional, exigindo-se uma leitura moral dos valores constitucionais; g) Pós-positivismo, consubstanciando o compromisso com o caráter prático e não meramente descritiva da ciência jurídica; h) Juízo de ponderação, a partir de uma cisão estrutural entre casos fáceis e difíceis, os últimos deveriam ser resolvidos a partir de um procedimento axiológico; i) Especificidade interpretativa, tendo em vista a influência direta da Constituição nas demais normas jurídicas; j) Ampliação do conteúdo da norma fundamental (*Grundnorm*) para o qual o caráter moral da Constituição figuraria como eixo de validade da ordem jurídica; e, por fim, l) Conceito não-positivista de Direito, na medida em que a noção de Direito Positivo deveria ser conjugada com o conteúdo material da norma, aproximando o Direito de um ideal de validade material<sup>57</sup>.

Não obstante a todo este arcabouço teórico, passadas mais de duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito pátrio, é necessário reconhecer que os elementos do neoconstitucionalismo acabaram provocando condições patológicas, que, em nosso contexto atual, contribuem para a corrupção do próprio texto constitucional.

Conforme argumenta Luis Roberto Barroso, “o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo” (2003, p.192) que possibilitaria ao intérprete desprender-se das amarras da literalidade interpretativa. Ademais, afirma que

o pós-positivismo é uma superação do legalismo, não com recurso a ideias metafísicas ou abstratas, mas pelo

---

centralidade conferida à sua distinção qualitativa; (3) o papel da ponderação, em oposição à subsunção, na prática jurisdicional”. FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 27 e segs.

<sup>57</sup> Para uma análise extensiva e aprofundada de cada um dos elementos, confira DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Sussana. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 3. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 64-73.

reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Estes valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico (2003, p. 131).

Neste sentido, o neoconstitucionalismo – agarrando como principal suporte teórico as teorias argumentativas de Robert Alexy<sup>58</sup> - direciona-se para uma construção do Direito como um modelo não apenas de regras, mas também de princípios, entendidos estes como normas que consagram valores ou comandos axiológicos aptos a conectar a Moral como elemento de complementariedade do próprio Direito. Em outras palavras, no interior do pensamento neoconstitucionalista os princípios contêm elevada carga valorativa, e desse modo representariam a grande solução para escapar dos incômodos e insuficiências do formalismo interpretativo<sup>59</sup>.

Dessa forma, a interpretação do direito no contexto teórico do neoconstitucionalismo deve ser compreendida diferentemente do modelo interpretativo do Direito no paradigma do positivismo jurídico (em sua versão exegético-legalista). Na medida em que o neoconstitucionalismo considera insuficiente o modelo Juspositivista composto exclusivamente por regras para a solução de casos controversos, essa nova corrente introduz os princípios como elemento chave para solucioná-los, e, assim, fornecer uma nova dogmática dos direitos fundamentais.

Conforme as correntes neoconstitucionalistas, a metodologia utilizada para a aplicação de regras seria a subsunção; no entanto, os princípios seriam entendidos como normas com uma roupagem axiológica, representando os valores incorporados ao ordenamento jurídico através dos direitos fundamentais previstos nas novas Constituições do séc. XX. No entanto, uma vez que os princípios seriam entendidos como enunciados dotados com carga valorativa e axiológica, eventualmente e em determinados casos concretos poderiam entrar em colisão e, assim, a alternativa silogística da subsunção que se aplicaria para os demais casos restaria insuficiente, sobremaneira.

Dessa forma, o neoconstitucionalismo procura apostar na ponderação como o procedimento adequado para solucionar os casos em que os princípios – uma vez que são entendidos como normas com roupagem axiológica - entrariam em colisão. Nessa medida, a ponderação seria a metodologia adequada para determinar qual dos princípios que estão sob questionamento deveria deixar de ser aplicado em detrimento daquele contrário, que deveria, então, prevalecer. Trata-se de uma técnica utilizada para mensurar qual dos princípios em colisão terá preferência naquele caso concreto, não expungindo do ordenamento jurídico aquele que restou com menor primazia, mas apenas afastando sua incidência naquele caso em concreto, uma vez que o princípio

---

<sup>58</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 87 e segs.

<sup>59</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 151.

contrário obteve maior grau de satisfação.

Nesse sentido, Susana Pozzolo e Écio Oto Ramos Duarte afirmam que

O neoconstitucionalismo afirma que para conhecer o seu conteúdo, de tal forma a resolver o conflito, é necessário recorrer a argumentos morais e avaliar as exigências de justiça veiculadas no caso concreto, escolhendo a melhor solução, considerando todas as variáveis da situação específica e, em particular, o grau de satisfação do princípio vencedor em relação à ofensa do princípio que foi deixado de lado<sup>60</sup>.

Assim, através do procedimento da ponderação o intérprete é convocado a construir as relações de grau de importância dos pesos conferidos aos princípios em conflito naquele determinado caso. Nesse novo modelo jurídico, o intérprete assumiria papel central, uma vez que seria o encarregado de fazer prevalecer um ou outro princípio (valor) ocasionalmente conflitante, sendo ele mesmo – intérprete – que deve adotar a solução menos traumática e mais compatível com o sistema jurídico em sua plenitude.

#### **4. UMA LEITURA HERMENÊUTICA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL**

Lenio Streck adverte que só seria possível falar em pós-positivismo como marco caracterizador do neoconstitucionalismo caso tal postura teórica pudesse superar o positivismo jurídico em suas diversas facetas. Na medida em que o positivismo normativista nunca se preocupou em enfrentar o problema da razão prática por considerá-la incontornável, a solução encontrada por Kelsen foi deixá-la fora do âmbito epistemológico da ciência do direito, entregando para o juiz a possibilidade de decidir discricionariamente, uma vez que, por encontrar-se no espaço da política jurídica, estaria autorizado a decidir de forma arbitrária.

O pessimismo em relação ao problema da interpretação do direito por parte do positivismo em favor de uma razão teórica é algo que atravessa as suas diversas faces (tanto a exegético-legalista como a normativista-discricionária). Os movimentos codificadores ainda no século XIX e a crença em uma lógica formal como método de interpretação dos sentidos jurídicos, tiveram como contraponto paradoxal as construções kelsenianas no século XX. Apesar de o jurista austríaco ser um crítico das posturas sociológicas que lhe precederam (Movimento do Direito Livre e Jurisprudência dos Interesses), entendia que a cisão do mundo jurídico em uma metalinguagem sobre a linguagem objeto era o modo mais adequado para a formação de uma ciência jurídica rigorosa, sob

---

<sup>60</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Sussana. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 3. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 91.

influência do Círculo de Viena, muito embora o papel da interpretação continuasse a ser deixado em um plano secundário<sup>61</sup>.

É diante dessa matéria, portanto, que as teorias que se pretendam pós-positivistas devem enfrentar para poder superar o problema central do positivismo: a discricionariedade, elemento fundamental de toda experiência jurídica que desde o positivismo normativista havia sido expulsa do plano jurídico-científico, porém ainda perpetuada no neoconstitucionalismo. Assim nas palavras de Streck:

Daí a minha convicção no sentido de somente pode ser chamada de pós-positivista uma teoria do direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo, tanto na sua forma primitiva, exegético-conceitual, quanto na sua forma normativista, semântico-discricionária. A superação do positivismo implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial ou, também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática (2011, p.21-22).

Diante das críticas abordadas, é possível afirmar que o neoconstitucionalismo representa apenas a superação – no nível teórico-interpretativo – do positivismo exegético (ou *paleo-juspositivismo* como prefere Luigi Ferrajoli), de modo que nada mais contribui senão do que recolocar as censuras antiformalistas outrora realizadas pelo Movimento do Direito Livre, Realismo Jurídico, Jurisprudência dos Interesses, e daquilo que poderia ser considerada sua versão mais recente, a Jurisprudência dos Valores. O positivismo normativista, entretanto, permanece no encaixe do neoconstitucionalismo, exatamente porque a discricionariedade judicial aparece como fator característico em ambas as teorias. Nestes moldes, o neoconstitucionalismo aparece como postura contraditória, pois para concretizar sua finalidade de efetivar as promessas constitucionais historicamente conquistadas, aposta como meio a loteria judicial, na exata medida em que sustenta que ao Direito importam os valores como vetor decisivo na solução dos casos controvertidos (normalmente envolvendo direitos fundamentais)<sup>62</sup>.

A Crítica Hermenêutica do Direito ao propor um contraponto ao Juspositivismo o faz enquanto um paradigma, que embora possa ser recortado, apresenta uma cosmovisão que é compartilhada em todas as suas facetas. Ademais, este se encontra ancorado em pressupostos filosóficos, que se não desconstruídos tornam muito difíceis propostas rupturais, restando apenas (re)adaptações.

A questão que se coloca é: Por que o Positivismo Jurídico permaneceria

---

<sup>61</sup> STRECK, Lenio Luiz. Diálogos (neo)constitucionais. In: DUARTE, Écio Oto; POZZOLO, Sussana. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 3. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 174-178.

<sup>62</sup> Id., *Ibid.*, p. 9-27.

incólume às críticas ao seu *background* filosófico? Dito de outro modo: diante do giro ontológico linguístico e de um paradigma da intersubjetividade (*sujeito-sujeito*) não estaríamos perante um esgotamento do Juspositivismo<sup>63</sup>, uma vez que contrapõem seus fundamentos? Dessa forma, não deveríamos buscar outras possibilidades paradigmáticas?

Quando trazemos a discussão para esta profundidade entendemos que é possível uma construção paradigmática que não transcendo o binômio positivismo-jusnaturalismo. A CHD não pode ser nem juspositivista tampouco jusnaturalista, pois o arcabouço filosófico que lhe serve de sustentáculo é incompatível com ambas. É importante dizer isto, porque para parcela considerável da doutrina o direito somente poderia ser lido através destes dois horizontes.

Em virtude disso, no que tange a interpretação do direito, não recaímos nem no realismo ou objetivismo, em sentido filosófico, ao criticar a discricionariedade e trabalhar com conceitos como o de limites semânticos ou de indícios formais no Direito. Do mesmo modo, não incidimos no relativismo quando afirmamos de que na *interpretatio* se tem sempre uma atribuição de sentido (*Sinngebung*) ao invés de uma mera reprodução (*Auslegung*).

A Crítica Hermenêutica do Direito ao procurar transpor o Positivismo Jurídico, o faz a partir de uma perspectiva filosófica - movimento fenomenológico hermenêutico - e dentro desse devem ser compreendidos seus apontamentos críticos. Assim, propõem-se em pensar o direito enquanto uma prática interpretativa (Dworkin), que não prescinde de abordagens analíticas, mas que são sempre atravessadas pela facticidade (Heidegger), que lhe possibilita uma permanente atualização de sentidos inseridos numa determinada tradição (Gadamer).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É perceptível que muitas leituras contemporâneas do Juspositivismo encontram-se inseridas naquilo que Warat denominava por “senso comum teórico dos juristas”. Assim, trabalham sob um conjunto de preconceitos que velam o sentido do paradigma citado. Dentre estes, por certo, destaca-se o problema da interpretação e, por consequência, da discricionariedade judicial.

Entendemos ser inadequada a ideia reducionista de que a interpretação do direito para o Positivismo Jurídico seria uma atividade meramente formal,

---

<sup>63</sup> Importante registrar que esta falência paradigmática é também verificada por outros juristas, inclusive de matrizes teóricas diversas da Crítica Hermenêutica do Direito. Nesse sentido, Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero afirmam que: El positivismo jurídico há agotado ya, nos parece, su ciclo historico. En contra de lo que han sostenido algunos autores como Ferrajoli, Comanducci o Prieto, el llamado paradigma neoconstitucionalista no puede verse como la culminación del positivismo jurídico, sino más bien como el final de esa forma de entender el Derecho. Cf. ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Dejemos atrás el positivismo jurídico. In: RAMOS PASCUA, J. A.; RODILLA GONZÁLEZ, M. A. (Orgs.). *El positivismo jurídico a examen. Estudios em homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006.

analítica, de aplicação cega da lei. Mesmo sendo esta concepção esteja presente na versão desenvolvida no séc. XIX, a partir de Kelsen é notório o reconhecimento do elemento subjetivo na interpretação. Tanto que até hoje uma das principais características do Juspositivismo sustentada por seus defensores é a da Discricionariedade Judicial.

O pós-positivismo deveria ser o principal atributo do Neoconstitucionalismo, todavia, na medida em que este novo modelo teórico representa apenas uma alternativa aos problemas deixados pelo positivismo legalista-exegético, - consequência de uma imagem reduzida e superficial do Juspositivismo - não é capaz de escapar dos obstáculos não-superados pelo positivismo normativista, sendo um dos principais o voluntarismo que destina ao intérprete um poder de escolha no ato de dizer o direito.

Neste sentido, o Neoconstitucionalismo somente poderia ser adotado como paradigma se conseguisse encontrar um modo de suplantar a discricionariedade judicial característica do positivismo desenvolvido a partir do século XX. Desse modo, “pós-positivismo” não pode ser compreendido como continuação do positivismo jurídico, assim como o Neoconstitucionalismo não deveria ser uma continuidade do constitucionalismo liberal.

Portanto, o Neoconstitucionalismo não representa uma ruptura com o paradigma positivista, sobretudo no que tange a interpretação do direito, pois ao recorrer às ferramentas axiológicas para resolver as insuficiências da linguagem - como se para alguns casos esta fosse autossuficiente -, recaindo inexoravelmente na manutenção da discricionariedade, que não se coaduna com os contextos democráticos desta quadra da história.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012
- BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001
- FERRAJOLI, Luigi. *Iuspositivismo crítico y democracia constitucional*. Isonomia, n. 16, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste

Gulbenkian, 1994.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *¿ Qué es la Teoría Pura del derecho?* 5. ed. Colonia del Carmen-MEX: Distribuciones Fontamara, 1997.

LOSANO, MARIO G. *Sistema e Estrutura no direito, volume 2: o Século XX*. Trad. Luca Lamberti. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins fontes, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo, 2011.

\_\_\_\_\_. Diálogos (neo)constitucionais. In: DUARTE, Écio Oto; POZZOLO, Sussana. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 3. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

\_\_\_\_\_. Contra o neoconstitucionalismo. *Constituição, economia e desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun, p. 21-22.

SANCHÍS, Luís Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1997

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. v.2. Porto Alegre: SAFE, 1995.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 8. ed. Editorial Trotta: Madrid, 2008.

# **FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: A NECESSIDADE DE UMA MUDANÇA DA MENTALIDADE JUDICANTE BRASILEIRA SOB O PRISMA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Diego Abdalla de Oliveira<sup>64</sup>  
Luma Gomes Gândara<sup>65</sup>

## **Resumo**

O Direito, como regulador das relações sociais e humanas, possui por objetivo principal harmonizar a sociedade, estabelecendo regras de conduta e convivência, englobando deveres e direitos. Para alcançar tal objetivo, tem-se a criação de mecanismos de efetivação de direitos, de prevenção e composição de conflitos. É neste contexto que se encontra inserido o presente artigo, cujo objetivo é o de analisar as benéficas dos meios alternativos de solução de conflitos, não somente como meio de desafogar o Poder Judiciário, mas por serem verdadeiras formas positivas de solução para as próprias partes conflitantes. Num primeiro momento, busca-se relatar o início dos conflitos, mostrando quais são as principais formas alternativas de solução de conflitos, no que consistem, suas características e vantagens, além de quais permanecem atualmente. Posteriormente, será tratada da jurisdição, adentrando nos aspectos conceituais, suas características mais importantes - unidade, inércia, substitutividade, imparcialidade e definitividade - e, ressaltando, como deve ser o modelo de prestação jurisdicional. Ao fim, serão analisadas as formas alternativas de solução de conflitos à luz do novo Código de Processo Civil brasileiro, ao passo que este busca privilegiar e incentivar a autocomposição (através da conciliação e da mediação, por exemplo), de forma a garantir um regramento processual mais justo, célere e não tão dependente da tutela jurisdicional estatal, como ocorre atualmente.

## **INTRODUÇÃO**

O Código de Processo Civil desempenha papel de extrema importância no ordenamento jurídico brasileiro, sendo utilizado, ainda que em caráter residual, em quase todos os demais ramos do direito. E, sendo o CPC vigente desde 1973, verifica-se que este ainda precisa se adequar em muitos aspectos à nova ordem jurídica e ao novo modelo constitucional implementado em 1988.

O sistema jurídico brasileiro passou a ser alvo de inúmeras críticas, especialmente devido à sua complexidade e morosidade, além do elevado número de recursos e da judicialização de simples conflitos. Um novo CPC virou um desejo de muitos operadores do Direito e até mesmo da sociedade, de modo a se alcançar um processo mais justo, célere e que ceda espaço e também valorize uma maior aplicação dos meios alternativos de solução de conflitos - como a conciliação, a mediação e a arbitragem.

A escolha do tema em análise pode ser justificada em razão de sua relevância social, objetivando, em especial, uma mudança de mentalidade para que os aflitos, antes de recorrerem ao Judiciário, tentem buscar soluções

---

<sup>64</sup> Aluno de graduação do 5º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

<sup>65</sup> Aluna de graduação do 5º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

amigáveis e consensuais - relegando ao Estado-juiz apenas a condição de última instância.

Dessa forma, a problematização central levantada reside nos meios alternativos de solução de conflitos (mostrando aqueles que são os principais e no que consistem), passando pelo estudo da jurisdição (que é a forma de solução mais buscada atualmente), para, ao final, fazer um paralelo com o projeto do novo CPC, o qual almeja mudanças muito positivas na forma de prestação jurisdicional.

Quanto ao procedimento metodológico utilizado no presente trabalho, importante registrar que se fez uso do método dedutivo, já que, partindo de uma visão geral a respeito das técnicas de resolução de conflitos, passa-se a uma análise mais específica da jurisdição e, posteriormente, atinge-se o ápice ao analisar as inovações neste âmbito oportunizadas pelo novo CPC e sua importância para o desenvolvimento da sociedade. Para tanto, busca-se a todo instante apresentar posições científicas que sustentem ou neguem os pontos de vista elencados.

Por fim, foram utilizadas como técnicas de pesquisa, como forma de coletar e analisar os materiais pesquisados a pesquisa indireta documental (Constituição Federal de 1988 e outros códigos afins), bem como a pesquisa indireta bibliográfica - por meio de doutrinas, legislação, artigos e demais publicações científicas, além de reportagens especializadas acerca do assunto tratado.

## **1 CONFLITOS DE INTERESSES E FORMAS DE SOLUÇÃO**

Desde que o homem passou a conviver em sociedade surgiram os conflitos de interesses. É da natureza do homem viver em sociedade, estabelecer relações com outros homens, buscar ideais e, comumente, ocorre que o instinto humano coloca a paz social em risco, emergindo assim o conflito.

A esse respeito, Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2013, p. 6) explica que “nem sempre os bens e valores estão à disposição em quantidade tal que satisfaça a todos os indivíduos, o que pode provocar disputas.”

Surge, então, a necessidade de regulamentação da vida em sociedade, com regras, limites, disciplina, para que a harmonia seja mantida e restabelecida quando irrompida.

Para atingir tal fim, tem-se a criação de métodos de prevenção e solução de conflitos. Nesse sentido, leciona Fernando Capez (2009, p. 5):

A partir do momento em que o homem passou a conviver em sociedade, surgiu a necessidade de se estabelecer uma forma de controle, um sistema de coordenação e composição dos mais variados e antagônicos interesses que exurgem da vida em comunidade, objetivando a solução dos conflitos desses interesses, que lhe são próprios, bem como a coordenação de todos os instrumentos disponíveis para a realização dos ideais

coletivos e dos valores que persegue.

Percebe-se que, “se todos respeitassem estritamente os direitos alheios, e observassem os seus deveres, tais como estabelecidos na legislação, não haveria conflitos” (GONÇALVES, 2010, p. 25).

O conflito, portanto, sempre acompanha a vida, e tudo o que vive experimenta, incessantemente, estados de conflito, “assim, as sociedades coexistem com os conflitos e descobrem técnicas de solução” (NASCIMENTO, 2009, p. 3).

Essas técnicas de fazer retornar a harmonia da sociedade ficaram conhecidas como formas de solução de conflitos.

## 1.1 FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Mais difundido e aceito em função da imposição do poder estatal sobre o indivíduo, a tutela proveniente do Poder Judiciário, como veremos em momento oportuno, é a mais comumente utilizada, sendo socialmente aceita como principal meio de resolução de conflitos. Entretanto, existem formas alternativas de solução de conflitos, como:

### 1.1.1 Autotutela

A autotutela é o modo mais arcaico de solução de conflitos, também conhecida como autodefesa ou vingança privada. Ocorria pela ausência de Estado-juiz para regular a sociedade.

Neste momento histórico destaca-se o desequilíbrio de forças entre as partes:

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares [...]. Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de vingança privada. (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2002, p. 21)

Como o próprio significado da palavra traz: *auto* significa própria, *tutela* significa proteção, assim se tem *autotutela*, a própria proteção. Percebe-se que “numa fase inicial das comunidades, não passava de um direito à vingança. A pessoa que sofria um mal podia, pelo próprio arbítrio, ir à desforra, ou buscar fazer justiça pelas próprias forças” (RIZZARDO, 2005, p. 33).

A vingança privada se caracterizava por “reações violentas, quase sempre exageradas e desproporcionais” (ESTEFAM, 2012, p. 55). Vale, ainda,

dizer que “provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações” (GONÇALVES, 2010, p. 2).

Com um pouco mais de progresso civilizatório, surgiu a proporção das penas, conforme esclarece André Estefam (2012, p. 55-56):

a ideia de estabelecer algum equilíbrio ou proporcionalidade entre o crime e a pena, e isto se dava por meio do Talião, um processo de Justiça em que ao mal praticado por alguém devia corresponder, tão exatamente quanto possível, um mal igual e oposto.

Um exemplo muito comum da Lei de Talião é a expressão conhecida como “olho por olho, dente por dente”, em que uma pessoa que se visse lesada em um olho, por exemplo, podia, literalmente, lesionar o olho daquele que o havia lesionado na mesma proporção para que a justiça fosse alcançada.

Atualmente, ensina o doutrinador Gonçalves (2010, p. 3), “existem casos excepcionais<sup>66</sup> em que o Estado, ciente de sua incapacidade de estar presente em todas as situações possíveis, permite ao titular de um direito a autotutela”.

No mais das vezes, quando se pensa em autotutela é ilicitamente, como no caso de exercício arbitrário das próprias razões<sup>67</sup>, em que as pessoas buscam por seus próprios meios, com ou sem razão, fazer justiça.

Percebe-se, portanto, que a autotutela é uma forma negativa de solução de conflitos, tanto é que, em regra, proibida; sendo admitida somente em casos excepcionais e expressos no ordenamento jurídico.

### 1.1.2 Autocomposição

Ao contrário da autotutela, a autocomposição é meio pacífico de solução de conflitos e estimulado pelo Direito. Consiste em “solução do conflito pelos próprios conflitantes” (DONIZETTI, 2012, p. 32). “É a solução altruísta do litígio” (DIDIER JR, 2007, p. 69).

A autocomposição “ocorre quando uma das partes integrantes do conflito abre mão do seu interesse em favor da outra, ou quando ambas renunciam à parcela de suas pretensões para solucionar pacificamente suas divergências” (CAPEZ, 2009, p. 7).

Explica Fredie Didier Jr. que a “Autocomposição é gênero, do qual são espécies: **a) Transação:** concessões mútuas; **b) Submissão** de um à pretensão do

---

<sup>66</sup> Código Penal, Art. 23: Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Código Civil, Art. 1210: O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

<sup>67</sup> Código Penal, Art. 345: Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite.

outro: reconhecimento da procedência do pedido; c) **Renúncia** da pretensão deduzida.” (2007, p. 69, grifo do autor).

É importante lembrar que a autocomposição, apesar de incentivada, não pode ocorrer sempre, isto porque há casos em que não se admitem transação ou renúncia. A esse respeito vale a pena os ensinamentos de Elpídio Donizetti (2012, p. 32):

a autocomposição só será possível quando a parte tiver disponibilidade sobre o direito objeto da discussão. Direitos da personalidade (vida, liberdade, honra, incolumidade física, intimidade), direitos de incapazes e direitos relacionados às pessoas jurídicas de Direito Público, dentre outros, porque indisponíveis, não admitem autocomposição (em qualquer de suas formas).

Assim sendo, conclui-se que a autocomposição é considerada legítimo meio alternativo de solução dos conflitos, estimulado pelo direito mediante as atividades consistentes na conciliação. (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2011, p. 35).

Como visto, a autocomposição é forma positiva e pacífica de solução de litígios, sendo assim, incentivada pelo Direito.

### 1.1.3 Mediação

A mediação é outra forma positiva de solução de conflitos e incitada no meio jurídico.

É técnica de composição dos conflitos em que um “mediador” (um terceiro imparcial) estimulará os envolvidos a colocarem fim a um litígio existente ou potencial (BUENO, 2010, p. 43).

O mediador é um terceiro munido de técnicas adequadas, que ouvirá as partes e oferecerá diferentes abordagens e enfoques para o problema, aproximando os litigantes e facilitando a composição do litígio (DONIZETTI, 2012, p. 33).

Percebe-se que o mediador tem por objetivo aproximar as partes e fazer com que elas discutam as causas que levaram ao problema, possibilitando que elas mesmas reflitam a respeito do litígio. Nesse sentido, tem-se que “a mediação objetiva debater o conflito, surgindo o acordo como mera consequência” (DONIZETTI, 2012, p. 33).

O mediador tem a função de conduzir o diálogo, pois “as partes não são obrigadas a aceitar as propostas. Só se compõem havendo o acordo de vontades entre ambas” (NASCIMENTO, 2009, p. 15).

Com relação ao direito processual civil, Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 44), assevera que a mediação ainda carece de regulamentação, todavia, esclarece que há um projeto de lei em trâmite no Senado Federal (PLC n. 94/2002) que disciplina a “mediação paraprocessual”. Ainda explica o mesmo autor:

De acordo com o projeto, “mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual”. (...) A mediação pode ser prévia ou incidental, na medida em que ela se realize antes ou durante a instauração do processo jurisdicional típico (...) sempre dependente, em um e em outro caso, de manifesto consenso entre os interessados. (2010, p. 44)

A mediação, portanto, é um meio pacífico de solução de conflitos, que ocorre pelo diálogo das partes, dirigido por um mediador – terceiro imparcial.

Após breves considerações acerca desse instituto, passar-se-á ao estudo da Conciliação, no que consiste e as diferenças com relação à mediação.

#### **1.1.4 Conciliação**

De acordo com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, “a palavra conciliação, que deriva do latim *conciliatione*, significa ato ou efeito de conciliar, ajuste, acordo ou harmonização de pessoas, união, combinação ou composição de diferenças”. A partir dessa definição, vê-se que a conciliação é mais um meio de buscar a paz social.

A conciliação em muito se assemelha à mediação, já que também há um terceiro imparcial que ouve as partes e conduz o diálogo de forma a pacificar o conflito. Entretanto, na conciliação, esse terceiro – chamado conciliador – tem por objetivo que as partes cheguem a um acordo de vontades, sem que necessitem discutir e reviver as causas da desavença.

Com propriedade, explica Neves (2013, p. 7):

na conciliação, há a presença de um terceiro (conciliador) que funcionará como intermediário entre as partes. O conciliador não tem o poder de decidir o conflito, mas pode desarmar os espíritos e levar as partes a exercer suas vontades no caso concreto para resolver o conflito de interesse.

Completa ainda, com sábias palavras, o doutrinador Gonçalves (2010, p. 385), que a conciliação:

não está restrita à transação entre as partes, mas ao encontro de uma solução que, desde logo, ponha fim ao processo. Pode consistir na simples desistência da ação, no reconhecimento jurídico do pedido, na renúncia ao direito em que se funda a ação, na transação e até na simples suspensão do processo, para que sejam envidadas novas tentativas de composição.

No Brasil, já é antiga sua previsão legal, pois “da *conciliação* já falava a Constituição Imperial<sup>68</sup> brasileira, exigindo que fosse tentada antes de todo processo, como requisito para sua realização e julgamento da causa” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2002, p. 27).

A conciliação, portanto, nada mais é do que a autocomposição induzida ou potencializada por terceira pessoa. Podendo ocorrer dentro ou fora do processo e podendo ensejar qualquer das formas de autocomposição (renúncia, submissão ou transação). (DONIZETTI, 2012, p. 32).

Com relação ao momento de sua realização, leciona Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 44-45):

A conciliação pode ser realizada extraprocessualmente, isto é, fora do processo e sem a participação do magistrado, hipótese em que o acordo poderá ser homologado judicialmente, assumindo, com esta chancela do Estado-juiz, status de “título executivo judicial”. (...) A conciliação também poderá ser judicial quando a ela se chega em meio a um litígio já existente e devidamente instaurado perante o Estado-juiz.

A conciliação, “como um valor prevalente na resolução das controvérsias, foi alçada ao *status* de princípio informativo do sistema processual brasileiro” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ). E, atualmente, muito se têm incentivado as práticas conciliatórias:

O Código de Processo Civil atribui ao juiz o dever de “tentar a qualquer tempo conciliar as partes” (art. 125, inc. IV) e em seu procedimento ordinário incluiu-se uma audiência preliminar (ou audiência de conciliação), na qual o juiz, tratando-se de causas versando direitos disponíveis, tentará a solução conciliatória antes de definir os pontos controvertidos a serem provados. Tentará a conciliação, ainda, ao início da audiência de instrução e julgamento (arts. 447-448). A qualquer tempo poderá fazer comparecer as partes, inclusive para tentar conciliá-las (art. 342). A Lei dos Juizados Especiais (lei n. 9099, de 26.9.95) é particularmente voltada para a conciliação como meio de solução de conflitos, dando a ela especial destaque ao instituir uma verdadeira fase conciliatória no procedimento da disciplina: só se passa à instrução e julgamento da causa se, após toda a tentativa, não tiver sido obtida a conciliação dos litigantes nem a instituição do juízo arbitral. (v. arts. 21-26). (CINTRA, GRINOVER e

---

<sup>68</sup> Constituição de 1824, Art. 161: Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.

Com relação à conciliação e à mediação, percebe-se que é tênue a linha que os separa, como: a nomenclatura de “mediador” e “conciliador”; a forma de conduzir o diálogo, que na mediação o foco são as causas do litígio, enquanto na conciliação, o enfoque é o que pode ser feito dali para frente para a solução do conflito sem adentrar no mérito da questão, dentre outras. Mas, de tudo isso, frise-se que ambos os institutos são almejadores da paz social e incentivados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

### **1.1.5 Arbitragem**

A arbitragem é uma forma antiga de solução de conflitos, e diferente da mediação e da conciliação, em que são as próprias partes que chegam a um acordo, na arbitragem, há um terceiro imparcial – chamado árbitro – que decidirá o conflito.

Nesse sentido, assevera Neves (2013, p. 8) que:

A arbitragem é antiga forma de solução de conflitos fundada, no passado, na vontade das partes de submeterem a decisão a determinado sujeito que, de algum modo, exercia forte influência sobre elas, sendo, por isso, extremamente valorizadas suas decisões. Assim, surge a arbitragem, figurando como árbitro o ancião ou o líder religioso da comunidade, que intervinha no conflito para resolvê-lo imperativamente.

Este instituto da arbitragem vem sendo difundido em diversos países, inclusive no Brasil. A respeito dessa perspectiva, Fábio Pedro Alem (2009, p. 5-6) explica:

No Brasil, a arbitragem ainda é considerada um instituto pouco conhecido pelos profissionais do direito em geral e com uso baixo do seu potencial, notadamente fora dos grandes centros urbanos.

Por ter origem no direito comparado e ser aplicada amplamente para solucionar conflitos internacionais, a arbitragem é ainda considerada um procedimento elitista. Essa visão, no entanto, vem sendo aos poucos modificada com a difusão do conhecimento sobre o instituto da arbitragem tanto pelos operadores do direito quanto pelos empresários (...).

Com relação a quem pode ser parte na Arbitragem, a Lei nº 9.307/96, que a regulamenta, logo em seu Artigo 1º estabelece: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

A arbitragem não é obrigatória, mas uma opção que as partes têm de dirimir seus conflitos afora do Poder Judiciário. A respeito do procedimento da arbitragem e sua natureza jurídica contratual, ensina Bueno (2010, p. 43) que:

O chamado “procedimento arbitral”, que tem início com a aceitação pelo árbitro ou árbitros do encargo a ser desempenhado (...) e que se encerra com o proferimento da chamada “sentença arbitral” (...), tem natureza jurídica eminentemente contratual, eminentemente voluntária e dependente, na maior parte das vezes, do consenso entre os envolvidos no litígio.

A vontade das partes é decisiva na arbitragem, tanto é que as partes são livres para escolher o formato do procedimento, o local da arbitragem, a legislação aplicável, a aplicação das regras de direito ou da equidade para solução do litígio, princípios gerais do comércio, usos e costumes, o número de árbitros, o idioma, entre outros (ALEM, 2009, p. 22).

A sentença proferida pelo árbitro tem força e efeito de sentença judicial, sendo considerada título executivo judicial<sup>69</sup>. Tal sentença não precisa ser homologada pelo Poder Judiciário para surtir seus efeitos legais. É possível o controle judicial somente para aspectos formais, não se admitindo revisão, pelo Judiciário, do mérito da decisão arbitral (DONIZETTI, 2012, p. 12).

Conclui-se que a arbitragem é uma forma heterocompositiva de solução de conflitos e que vem sendo propagada como uma forma de desafogar o judiciário, dando às partes mais liberdade, trazendo decisões mais céleres e menos formais, dentre outras vantagens.

## **2 JURISDIÇÃO: O MÉTODO MAIS UTILIZADO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL**

A jurisdição surgiu com o fortalecimento do Estado e em contraposição à justiça privada, que como visto, “não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2011, p. 27).

Com isso, perceberam a necessidade de intervenção do Estado para regular as forças e dirimir os litígios de modo imparcial. Desde então, portanto, compete ao Estado a elaboração de regras gerais de conduta e sua aplicação aos casos concretos. Ficando a autotutela permitida somente em casos excepcionalíssimos, expressos em lei.

### **2.1 ASPECTOS CONCEITUAIS**

A noção de jurisdição, tal como se conhece hoje, sofreu diversas interpretações e ainda não tem conceito pacífico. A utilização do vocábulo, que vem do latim *jurisdictio*, quer dizer, etimologicamente, “ação de dizer o direito”,

---

<sup>69</sup> Código de Processo Civil, Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: IV - a sentença arbitral.

mais simplesmente, “dizer o direito” (SANTOS, 1994, p. 7).

Para se adentrar no conceito de jurisdição, inicialmente, serão apresentadas as duas visões clássicas antagônicas, que servem ainda hoje para deslindar novos conceitos.

Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 125) explica que havia o confronto de duas posições: de Carnelutti e de Chiovenda. Carnelutti defendia que a jurisdição busca a *justa composição da lide*. Chiovenda, por sua vez, sustentava que a jurisdição tem por escopo *atuar a vontade concreta da lei*.

Reunindo a *composição de lide*, de Carnelutti, e a *aplicação da lei*, de Chiovenda, nesse misto das teorias clássicas, tem-se a posição de Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2010, p. 41) ao afirmar que “a jurisdição é a atividade do Estado, exercida por intermédio do juiz, que busca a pacificação dos conflitos em sociedade pela aplicação da lei aos casos concretos”.

Divergindo de ambas as visões clássicas, vem o doutrinador Dinamarco (2003, p. 125-126) asseverar que:

Nenhuma dessas teorias cuidava de examinar o sistema processual pelo ângulo externo e metajurídico, nem de investigar os substratos sociais, políticos e culturais que legitimam sua própria existência e o exercício da jurisdição pelo Estado. Atuar a vontade concreta da lei ou dar acabamento à norma de regência do caso são visões puramente jurídicas e nada dizem sobre a utilidade do sistema processual em face da sociedade. (...)

Por serem estritamente jurídicas (...) essas duas posições metodológicas favoreciam o dogma da natureza técnica do processo como instrumento do direito material, sem conotações éticas ou deontológicas, além de dificultar a valorização dos meios alternativos de solução dos conflitos.

Percebe-se com essa concepção, o abandono de ambas as teorias clássicas (de Carnelutti e Chiovenda), por não corresponderem às conquistas das últimas décadas, quais sejam, a perspectiva sócio-política da ordem processual e a valorização dos meios alternativos de solução de conflitos.

Por fim, pode-se afirmar que jurisdição “é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito, para imparcialmente, **buscar a pacificação do conflito** que os envolve, **com justiça**” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2011, p. 149, *grifo do autor*).

Completa ainda o doutrinador Fredie Didier Jr. (2007, p. 67-68) que a jurisdição pode ser vista como poder, função e atividade:

É manifestação do poder estatal, conceituando como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Expressa, ainda, a função que têm os órgãos estatais de **promover a pacificação de conflitos interindividuais**,

**mediante a realização do direito justo** e através do processo. (*grifo do autor*)

Com a evolução social, a noção de jurisdição deixou de ser apenas técnica, e ganhou conotação de poder-dever do Estado, não apenas de impor o direito objetivo como se pensava outrora, mas de solucionar conflitos sempre visando a pacificação da sociedade com justiça.

Pois, quando as partes não conseguem, por si só, resolverem seus litígios ou quando o Estado impõe que certas matérias<sup>70</sup> só poderão ser resolvidas por seu intermédio, o que se almeja é a melhor solução possível, ou seja, uma decisão justa.

## 2.2 CARACTERÍSTICAS

A fim de melhor compreender acerca dessa atividade estatal – jurisdição –, necessária se faz a análise de suas principais características<sup>71</sup>, que são: unidade, inércia, substitutividade, imparcialidade e definitividade.

A jurisdição é *una*, mas divisível internamente. Ou seja, só há uma função jurisdicional, no entanto, esse poder, que é uno, pode ser repartido, fracionado em diversos órgãos, que recebem cada qual as suas competências (DIDIER JR., 2007, p. 74).

Essas divisões internas – competências – ocorrem com o fito de facilitar a aplicação do direito pelos seus operadores, pois o Brasil é um país de grande extensão territorial e não haveria como um só órgão atender a todas as demandas que lhe são submetidas.

A segunda característica é a *inércia*, que em termos simples, é o não agir de ofício por parte do Estado. Outro modo de se referir à inércia é dizer que a atividade jurisdicional é *provocada*.

Para melhor entendimento dessa característica, indispensável é conhecer o disposto no artigo 2º do Código de Processo Civil que diz: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”.

Com isso, pode-se dizer que “o Estado só atua se for provocado. *Ne procedat iudex ex officio*, ou seja, o juiz não procede de ofício” (CÂMARA, 2013, p. 83).

Diante disso, conclui-se que o Estado só será chamado a agir pela parte interessada. Entretanto, essa inércia não é absoluta, pois há casos expressos<sup>72</sup> no Código de Processo Civil em que o Estado deve exercer função jurisdicional sem provocação.

---

<sup>70</sup> “Casos há em que a única forma de atuação concreta do direito material é através do processo, ainda que não haja qualquer conflito entre as partes. É o que se dá, por exemplo, com a aquisição da propriedade por usucapião, que só pode ser reconhecida *por sentença*” (CÂMARA, 2013, p. 81-82)

<sup>71</sup> “É certo que inexistente consenso doutrinário quanto a tais características essenciais (...)” (CÂMARA, 2013, p. 82)

<sup>72</sup> Código de Processo Civil, Art. 989: O juiz determinará, de ofício, que se inicie o inventário se nenhuma das pessoas mencionadas nos artigos antecedentes o requerer no prazo legal.

A terceira característica é a da *substitutividade*, em que o Estado substitui a vontade das partes em litígio para definir o direito a ser aplicado. Nos dizeres de Gelson Amaro de Souza (1998, p. 33), a substitutividade é a “atividade estatal em substituição à vontade ou atividade privada. (...) Quem diz o direito e define a situação jurídica é o Estado-juiz, através da atividade jurisdicional”.

Para entender com mais propriedade essa característica, deve o jurista ser remetido ao início da jurisdição. Pois, inicialmente, eram os próprios envolvidos que tinham o condão de aplicar a justiça – autotutela. Somente depois passaram a perceber que a justiça não estava sendo realizada e que Estado deveria se *substituir* na vontade das partes, para a pacificação dos conflitos.

Neste sentido, fundamentais são as palavras de Alexandre Freitas Câmara (2013, p. 83-84):

Tal característica da jurisdição decorre do fato de originariamente ter cabido aos próprios interessados a função de tutela dos interesses. No início do desenvolvimento do Direito, a regra era a autotutela. Em determinado momento da evolução da consciência jurídica, porém, viu-se que a justiça não podia ser feita se tivesse o perfil de vingança que adquiria por ser feita de mão própria pelo titular do interesse lesado. (...)

Tendo sido proibida a autotutela, passou o Estado a prestar jurisdição. (...) O Estado, ao exercer a função jurisdicional, está praticando uma atividade que anteriormente não lhe cabia, a defesa de interesses juridicamente relevantes. Ao agir assim, o Estado substitui a atividade das partes, impedindo a justiça privada.

Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 41), por sua vez, ao se referir à substitutividade, diz que é “atividade ‘secundária’ porque, através dela, o Estado realiza coativamente uma atividade que deveria ter sido *primariamente* exercida, de maneira pacífica e espontânea, pelos próprios sujeitos da relação jurídica submetida a decisão”.

Disso se extrai, que ao Estado só é devido solucionar litígios quando as próprias partes, por outros meios lícitos (como a conciliação e a arbitragem), não conseguirem tal solução. O Estado-juiz, portanto, é a *ultima ratio*, o último socorro quando se frustram os meios alternativos de pacificação<sup>73</sup>.

O Estado, ao aplicar o direito perante as partes, deve ser *imparcial*, isto é, “o juiz deve ser integrante de órgão do Poder Judiciário e deve ser desinteressado na lide” (ALVIM, 2010, p. 47).

Através dessa característica, *imparcialidade*, tem-se a instrumentalidade da atividade jurisdicional, pois

---

<sup>73</sup> Sem se olvidar que há casos em que o Estado deverá agir. Por exemplo, quando se tratarem de direitos indisponíveis, que não admitem transação.

não se cria o direito, mas tão somente o define ou o realiza, sem interesse outro, que não o de dar a cada um o que é seu, através de um Juiz Natural ou imparcial. Não tem interesse em que essa ou aquela parte vença, por isso é chamada de atividade desinteressada. Seu único interesse é a paz social e a realização da justiça. (SOUZA, 1998, p. 33)

A imparcialidade, além de ser uma exigência da lei, haja vista os casos de impedimento e suspeição, que comprometem o juiz, é uma segurança para as partes, de que o juiz ao decidir, irá tão somente aplicar a vontade da lei da melhor maneira que lhe couber.

A última característica da jurisdição é a *definitividade*, em que uma decisão apreciada pelo Poder Judiciário, reveste-se da imutabilidade, ou seja, “solucionada uma lide, sobre esta não pode mais ser reclamada nova solução. A solução primeira, será primeira, será a única e permanente, marcada pelo selo da definitividade” (SOUZA, 1998, p. 33-34).

De acordo com o Código de Processo Civil, em seu art. 458<sup>74</sup>, a sentença é composta de relatório, fundamentos e dispositivo. A parte dispositiva da sentença, se houver julgado o mérito da causa, fica revestida de imutabilidade, ao que se denomina *coisa julgada* (ALVIM, 2010, p. 49).

Ademais, a definitividade é um aspecto que diferencia os atos jurisdicionais dos demais atos do Poder Estatal: administrativos e legislativos. Assim observa Dinamarco (2003, p. 313-314):

Das funções realizadas pelo Estado é a jurisdição a única dotada do predicado de definitividade, caracterizado pela imunização dos efeitos dos atos realizados. Os primeiros destinatários dessa definitividade são as próprias partes, que ficam adstritas aos resultados do processo. Não se exclui dessa regra sequer o próprio Estado, quando parte neste. Os atos dos demais Poderes do Estado podem ser revistos pelos juízes no exercício da jurisdição, mas o contrário é absolutamente impossível.

Conclui-se que os atos jurisdicionais não podem ser revistos ou modificados depois de atingido seu objetivo: a decisão final.

Realizadas estas considerações, cabe agora o estudo adentrar na esfera do Novo Código de Processo Civil e o incentivo aos meios alternativos de pacificação social que este promoverá. Pois, o que se busca é um modelo de prestação jurisdicional célere, acessível e efetivo, de modo que, como já anteriormente analisado, a jurisdição deve ser o último meio a ser buscado

---

<sup>74</sup> Código de Processo Civil, art. 458: São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

pelos conflitantes.

### **3 AS FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ÀS VISTAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) verificou que em 2012 existiam 92 milhões de processos em tramitação na justiça brasileira, sendo que destes apenas cerca de 30% foram solucionados pelo Poder Judiciário no mesmo ano (CONHEÇA..., 2014).

Proposto em 1973, o Código de Processo Civil atualmente vigente no Brasil é alvo dos mais variados tipos de críticas, de todos os setores jurídicos e mesmo da sociedade. E, mesmo tendo se sujeitado a várias alterações (popularmente conhecidas, na esfera jurídica, como “minirreformas”), tal *códex* já não mais atende de forma satisfatória, plena e eficaz a função que dele se espera.

O CPC em vigência, mesmo após as reformas empreendidas, é retrato de uma época totalmente distinta da sociedade brasileira. Permeado por um rigor formal singular e apresentando um rol de recursos considerável, o CPC atual faz com que a máquina judiciária não consiga responder com celeridade as questões que lhe são postas, nem efetivar socialmente a justiça de maneira satisfatória – favorecendo a ideia de injustiça e/ou de justiça para poucos que tanto se mostra presente no Brasil.

Foi no intuito de alterar o presente quadro, que já se prolonga por consideráveis anos, que em 2009 uma comissão de renomados juristas foi criada para elaborar um anteprojeto do novo CPC. Aprovado em 2010 no Senado Federal, o PLS 166/2010 foi encaminhado no mesmo ano para a Câmara dos Deputados para ser revisado. E, apenas em novembro de 2013, cerca de 3 (três) anos depois do início da análise empreendida pela casa legislativa responsável por sua revisão, é que o projeto foi aprovado por esta – agora como PL 8.046/2010. Aguarda-se ainda, entretanto, um consenso em torno de temas controversos e que, fundados no diálogo e no bom senso, estão sendo pouco a pouco dirimidos para que se consiga promover a sua conclusão (CONHEÇA..., 2014).

Primeiro código de processo brasileiro totalmente formulado em regime democrático, o fim de seu trâmite legal e o início de sua vigência são aguardados com grande esperança e expectativa de mudanças significativas (CONSOLIDADAS..., 2014). E, desde que as discussões acerca de sua confecção foram iniciadas, objetivos primordiais foram traçados, de forma que:

O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.

A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa.

Com evidente redução da complexidade inerente ao

processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão. (BRASIL, 2010, p. 14)

Um processo efetivamente justo, mais célere e acessível, reduzindo sua complexidade e sua formalidade, são anseios antigos de todo operador do direito e também da sociedade como um todo – perspectiva esta que agora se começa a vislumbrar e a se tornar palpável em um horizonte próximo.

### **3.1 UM NOVO PANORAMA**

A realidade atual revela um quadro de extrema judicialização de conflitos. Quaisquer problemas são levados à apreciação do Poder Judiciário, mesmo quando poderiam ser solucionados de forma mais célere e objetiva se outros caminhos fossem utilizados – como é o caso da conciliação, da mediação e da arbitragem.

No processo judicial impera a lógica do vencedor e do vencido, em que apenas um sai ganhando e o outro, inevitavelmente, será derrotado no processo contencioso. Já os meios alternativos de solução de conflitos visam estabelecer uma nova perspectiva: o alcançar de um ponto de equilíbrio na solução do conflito que se mostra satisfatório e, ao menos, aceitável para todas as partes envolvidas.

Com o passar do tempo, algumas evoluções já podem ser notadas, como quando da aprovação da Lei nº 9.307/1996, a qual regulamenta a arbitragem, garante sua efetividade e afasta sua sentença da necessidade de homologação judicial. Outra medida de sucesso e que merece destaque é o programa “Conciliar é legal”, o qual foi proposto pelo CNJ e visa valorizar e promover a conciliação como ferramenta de solução de conflitos, estabelecendo um período especial e específico para a realização de diversas audiências conciliatórias.

Mais louvável e aguardada, no entanto, é a nova abordagem promovida pelo novo CPC, com vistas à valorização das formas alternativas de solução de conflitos. Apenas o vocábulo “mediação”, por exemplo, de acordo com o anteprojeto que está sendo finalizado, aparecerá pelo menos 22 (vinte e duas!) vezes na nova legislação processual civil – enquanto hoje sequer possui

destaque em qualquer um de seus mais de 1200 artigos (TARTUCE, s.d., p.2). Além disso, conveniente ainda destacar que:

A localização dos dispositivos é bem variada, a revelar a apropriada percepção de que a mediação tem potencial para lidar com controvérsias não apenas no começo da abordagem do conflito, mas em qualquer momento. Com efeito, desde que haja disposição dos envolvidos o tratamento consensual é sempre possível: ainda que escolhida inicialmente a via contenciosa, as partes podem, com base em sua autonomia, decidir buscar saídas conjuntas.

Na parte geral, além da previsão no início do Código ao abordar a inafastabilidade da jurisdição, há toda uma seção dedicada ao assunto entre os auxiliares da justiça.

Há ainda capítulo dedicado à audiência de conciliação em que a mediação vem mencionada em dois parágrafos.

Ao tratar da audiência de instrução e julgamento, prevê o Código que logo após sua instalação “o juiz tentará conciliar as partes, sem prejuízo de encaminhamento para outras formas adequadas de solução de conflitos, como a mediação, a arbitragem e a avaliação imparcial por terceiro”.

Mais adiante, a mediação é referenciada no livro de procedimentos especiais, que passa, de forma inovadora, a destinar um capítulo ao processamento das demandas familiares.

Merece ainda destaque pioneiro dispositivo sobre a criação de câmaras de conciliação e mediação para dirimir conflitos no âmbito administrativo.

Com a inserção de dispositivos sobre mediação e a ampliação de previsões sobre a conciliação, dois modos diferentes de lidar com as controvérsias passam a conviver mais intensamente no Código de Processo Civil: a lógica de julgamento e a lógica coexistencial (conciliatória). (TARTUCE, s.d., p. 2)

O novo *códex* processual brasileiro aparenta uma considerável evolução. É evidente a intenção do legislador não só proporcionar maior celeridade ao sistema e de tentar estimular uma menor judicialização de contendas, mas também de promover meios de solução de conflitos que se mostrem efetivos, justos e que façam incidir um sentimento satisfativo sobre as partes envolvidas.

Problemas, questionamentos e críticas certamente irão surgir no início, contudo é inegável que o novo CPC se posiciona de maneira clara e objetiva no sentido de criar um novo panorama jurídico, o qual tende a estar mais próximo dos anseios da sociedade brasileira e a dirimir de maneira mais eficiente, célere

e equilibrada os problemas que lhe são apresentados cotidianamente.

### 3.2 O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E O FUTURO

O novo CPC abre diversas possibilidades e desafios. Até sua compreensão plena pelos operadores do direito e a análise de diferentes interpretações que poderão ser dadas às novidades postas por este *códex*, conflitos e contradições poderão surgir. Deve-se, contudo, buscar resguardar o espírito democrático e os cinco objetivos já mencionados que norteiam, desde o início, a confecção deste novo regramento de processo civil brasileiro e que virá a substituir o que se encontra em vigor desde 1973.

No âmbito específico do tema em análise, verificar-se-á (se tudo correr como o esperado) a criação, pelos tribunais, de setores especializados em conciliação e mediação, no intuito de promover a autocomposição entre as partes conflitantes, além de uma evidente valorização desta prática e de incentivo a todos as partes e profissionais envolvidos para que a favoreçam. Assim destaca Fernanda Tartuce:

Na versão analisada do Novo CPC, o fomento à mediação aparece, junto da conciliação, logo no início do Código, nos seguintes termos: “a realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Mais adiante o incentivo reaparece: afirma o Código que os centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, criados pelos Tribunais, serão responsáveis não só por realizar sessões e audiências de conciliação e mediação, como também por desenvolver programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. (TARTUCE, s. d., p. 6)

A tendência é que, ao longo do tempo, a sociedade comece a encarar os meios alternativos de solução de conflito, como a conciliação e a mediação, de maneira mais natural – optando, quando possível, por estes meios em detrimento do processo judicial. E, ainda que para tanto elas passem também a integrar o processo judicial de forma obrigatória, serão oportunizadas em momento propício, visando favorecer a amigável composição do conflito existente. Uma vez que,

Entre nós, a regra ainda é o litígio, ou seja, buscar a jurisdição antes mesmo de tentar dialogar com a parte contrária ou mesmo considerar a hipótese de recorrer a um meio alternativo para a solução daquele conflito.

Diante desse quadro, consideramos que seja mais fácil para o jurisdicionado ter o primeiro contato com a mediação na sua modalidade judicial e, muitas vezes, incidental.

Isto parece ser pedagógico e este processo já se iniciou entre nós, com a edição da Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça.

Temos esperança que, com o passar do tempo, ocorra o amadurecimento da sociedade, no sentido de que passe a ter um papel mais ativo na busca de soluções e no gerenciamento de conflitos, abandonando a atual postura de recorrer sempre e de forma automática ao Judiciário. (PINHO, s.d., p.15)

Ainda neste sentido, Luiz Fux, ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) e Presidente da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, quando questionado acerca dos avanços empreendidos pelo novel código nas searas da conciliação e da mediação, afirmou que estas “serão etapas iniciais do processo, oportunidade em que ambas as partes, posto não terem envidado esforços econômicos, estarão mais propensas à autocomposição” (FUX, 2014, p.8).

Além disso, o caráter de realização de um “acordo”, mais amigável, natural e saudável do que a imposição da tutela jurisdicional estatal, faz com que as partes compreendam que, em geral, “a manutenção do vínculo que as une é mais importante do que um problema circunstancial e, por vezes, temporário”. (PINHO, s.d., p.13). E, assim, novos conflitos podem ser evitados ou, se existentes, solucionados de maneira mais objetiva pelas partes envolvidas, sem que se faça imprescindível a intervenção do Estado.

Como ensina Humberto Dalla Bernardina de Pinho, a implementação e concretização desses novos elementos processuais apresentados pelo Código de Processo Civil em confecção, ao mesmo passo em que se apresenta como um grande desafio, poderá fazer com que a sociedade brasileira se desenvolva como um todo. Em especial, entretanto, para sua efetivação, deve-se buscar a preservação de todas as garantias e direitos constitucionais nestes meios alternativos de solução de controvérsias, para que sejam realmente equivalentes ao processo judicial e legitimamente se enquadrem no Estado Democrático de Direito. (PINHO, s.d., p.15).

E assim, por fim, como ainda destaca Pinho, o desafio agora deixou de ser inserir as formas alternativas de solução de conflitos no ordenamento jurídico (como a mediação e a conciliação, já destacadas), deslocando-se para a preocupação em garantir que estes meios se façam realmente justos e estejam em consonância com os direitos e garantias estabelecidos pela Carta Magna brasileira, atendendo aos anseios sociais e resguardando o bem estar de todos e a paz social.

## CONCLUSÃO

Não raro é possível encontrar, em todos os meios informativos, críticas à morosidade da justiça brasileira. Permeada por inúmeros processos que

muitas vezes poderiam ser solucionados por meios alternativos, além da infinidade de recursos que são aplicáveis às ações cíveis, o sistema pátrio precisa e agora começa a ver concretizada uma sensível mudança.

O novo Código de Processo Civil eliminará recursos, incentivará a adoção de modelos alternativos de resolução de conflitos – como a conciliação e a mediação –, além de fomentar um regramento acessível, justo e em consonância com o Estado Democrático de Direito vigente.

É louvável a tentativa de desburocratização e de evolução da sistemática de resolução de controvérsias vigente no país. Ainda mais sendo através do estímulo à autocomposição, onde todas as partes envolvidas saem vitoriosas ou ao menos satisfeitas pela realização de um acordo, em detrimento da tutela impositiva prestada pelo Estado-Juiz e da qual resta apenas a sensação de vencedores de um lado e vencidos de outro.

O caminho ainda será longo e árduo. A implantação de um novo ordenamento processual cível no Brasil certamente não se mostrará fácil e será alvo de inúmeras críticas. Entretanto, vislumbra-se muitos aspectos positivos! E estes devem ser incentivados, discutidos, trabalhados e aplicados, de modo a atender ao clamor social de uma nova forma de prestação jurisdicional.

Por todo o exposto, é inegável que o novo CPC trará diversos benefícios à sociedade brasileira e já se trata de um considerável passo adiante. Além disso, espera-se também que ele seja o precursor de um novo pensamento e de uma nova mentalidade, tendo um caráter pedagógico ao apresentar e incentivar métodos alternativos para a composição dos problemas cotidianos – hoje restritos quase que unicamente ao Judiciário.

Resguardando direitos fundamentais, consonante com a Constituição Federal e resguardando o espírito democrático que o norteia desde seus primórdios, este *códex* que agora se apresenta a todos possui evidentes condições de reorganizar o ordenamento processual cível nacional, de forma tal que reestabeleça o tradicional prestígio do Poder Judiciário (que hoje se vê abalado em razão dos problemas que enfrenta, como a alta demanda e a demora na prestação de respostas aos problemas que lhe são apresentados), além de garantir a paz social.

É um grande desafio! Agora não mais sua formulação, mas sua efetiva e total implementação. E esta tarefa não caberá apenas e tão somente aos operadores do Direito, mas à coletividade como um todo. A análise e formulação do novo CPC já está praticamente concluída, com o fim de seu processo legislativo sendo esperado para muito em breve. Após cumprida a *vacatio legis*, ele entrará em vigor para inovar e atualizar o processo civil brasileiro, colocando-o à altura do que espera o Brasil deste século XXI, cabendo a todos zelar pela sua concretização.

## **Referências**

ALEM, Fábio Pedro. *Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. 3.ed. ver; atual; e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. *Anteprojeto do novo código de processo civil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em:  
<<http://www.senado.gov.br/SENADO/NOVOCPC/PDF/ANTEPROJETO.PDF>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *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: 14 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *Código Penal*. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *Constituição Política do Império do Brasil (1824)*. Disponível em  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *Direito processual civil esquematizado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *O novo CPC e a mediação: reflexões e ponderações*. Disponível em:  
<[http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/O\\_novo\\_CPC\\_e\\_a\\_Mediacao.PDF](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/O_novo_CPC_e_a_Mediacao.PDF)>. Acesso em: 16 junh. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei da Arbitragem nº 9.037/96*. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo*. 27. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil : teoria geral do direito processual civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

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

CONHEÇA os principais pontos do CPC, o código de processo civil. Empresa Brasil de Comunicação (EBC). Brasília, 11 Fev. 2014. Disponível em:  
<<http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2014/02/cpc-entenda-o-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

CONSOLIDADAS as conquistas da advocacia no novo CPC. Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, 27 Mar. 2014. Disponível em:  
<<http://www.oab.org.br/noticia/26846/consolidadas-as-conquistas-da-advocacia-no-novo-cpc>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil 1*. Bahia : Editora JusPodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil I*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Conciliação e Mediação*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Egov/Conciliacao/>>. Acesso em: 25 de Junho de 2014.

ESTADO DO PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Base Legal da Conciliação*. Disponível em: <[http://portal.tjpr.jus.br/web/conciliacao/base\\_legal](http://portal.tjpr.jus.br/web/conciliacao/base_legal)>. Acesso em: 25 de Junho de 2014.

ESTEFAM, André. *Direito penal esquematizado: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FUX, Luiz. Luiz Fux aponta os principais avanços do novo CPC. “REDE – Revista Institucional do Ministério Público de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo código de processo civil*. Disponível em: <[http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a\\_mediacao\\_e\\_o\\_processo\\_civil\\_brasileiro\\_-\\_evolucao\\_atualidades\\_e\\_expectativas\\_no\\_ncpc\\_-\\_200511.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_mediacao_e_o_processo_civil_brasileiro_-_evolucao_atualidades_e_expectativas_no_ncpc_-_200511.pdf)>. Acesso em: 16 jun. 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 1994.

SOUZA, Gelson Amaro de. *Curso de direito processual civil*. 2 ed. – Presidente Prudente: Data Juris Editora, 1998.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação no novo CPC: questionamentos reflexivos*. Disponível em: <[http://www.fernandatartuce.com.br/site/artigos/doc\\_view/339-mediacao-no-novo-cpc-tartuce.html](http://www.fernandatartuce.com.br/site/artigos/doc_view/339-mediacao-no-novo-cpc-tartuce.html)>. Acesso em: 16 jun. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

## **O ÔNUS DA PROVA E SUA SISTEMATIZAÇÃO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL**

Andrea Antico Soares<sup>75</sup>

Edinilson Donisete Machado<sup>76</sup>

### **Resumo**

A obtenção de uma jurisdição efetiva que garanta a justa solução dos conflitos e a pacificação social é o grande escopo do processo no Estado Democrático de Direito. Neste sentido, no direito processual moderno, vem ganhando expressividade, a vertente que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo e seu corolário, o neoprocessualismo, cujo fundamento teórico tem como base a sujeição do processo à força normativa da Constituição e como propósito a garantia dos direitos fundamentais. Neste sentido, o projeto do novo Código de Processo Civil, em seu primeiro dispositivo, prevê que o processo será ordenado, disciplinado e interpretado conforme as normas da Constituição Federal. A partir dessas premissas, pretende-se favorecer o estudo da atual distribuição do ônus da prova e sua inversão em confronto com a sistemática da legislação projetada, avaliando sua utilização e evolução como garantia constitucional, considerando que é fundamental aos operadores do direito uma reflexão entre a íntima relação deste instituto e a efetividade do processo, de forma a obter decisões justas e pacificadoras, em consonância com a moderna sistemática processualista que valoriza a força interpretativa dos princípios constitucionais processuais.

### **INTRODUÇÃO**

O objeto de análise do presente trabalho tem como limite o estudo da relação havida entre os princípios processuais constitucionais e o instituto do ônus da prova no projeto do Novo Código de Processo Civil, com especial enfoque para as disposições que permeiam suas regras de distribuição, analisando-as como garantias constitucionais, considerando que é fundamental se obter uma reflexão entre a íntima relação deste instituto e a realização eficaz e plena da jurisdição.

Para alcançar tal escopo, torna-se necessário delinear o caminho a ser percorrido e, neste sentido, pretende-se traçar algumas diretrizes gerais a respeito do direito processual moderno e sua visão constitucionalista, com ênfase para a análise da força valorativa dos princípios processuais na constituição.

Desta forma, em um primeiro momento pretende-se favorecer reflexões acerca da moderna sistemática processual e sua hermenêutica à luz dos princípios constitucionais, com especial cuidado para com os princípios do acesso à justiça e do devido processo legal, e seus desdobramentos nos princípios do contraditório e da igualdade entre as partes no processo.

---

<sup>75</sup> Mestre em Direito. Professora titular do Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM

<sup>76</sup> Doutor em Direito. Professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM

Pretende-se analisar o princípio do acesso à justiça em seu aspecto substancial porquanto a ordem processual moderna deve conceber o direito de ação de forma conectada com o direito material e com a realidade social.

No mesmo sentido, o estudo tem como caminho verificar a relevância e a importância do princípio do devido processo legal enquanto princípio geral norteador da atividade jurisdicional e informador das garantias do contraditório e da igualdade na participação dos jurisdicionados na atividade processual.

Acredita-se que tais princípios estruturam a base de raciocínio para, a construção de reflexões a respeito da distribuição do ônus da prova como instrumento de efetividade do processo.

A sistemática de distribuição do ônus da prova no atual Código de Processo Civil vem sofrendo críticas da doutrina moderna dada sua característica estática, de forma que reclama uma adequação de suas regras levando-se em consideração os ditames constitucionais.

Nesta linha de raciocínio, pretende-se, portanto, analisar as disposições relativas à distribuição do ônus da prova projetadas do novo Código de Processo Civil, cuja aprovação se aproxima e que, por tal razão, incendeia debates.

O presente estudo científico será realizado por meio do uso do método dedutivo, entendendo ser a melhor opção para a reunião de assuntos que abrangem o tema, partindo-se de fundamentos gerais para particulares, para encontrar as conclusões decorrentes dessa lógica.

A revisão bibliográfica será realizada mediante a busca das principais doutrinas a respeito do tema, procurando formar como base teórica da pesquisa uma diversidade de compreensão dos diversos autores.

O estudo constituir-se-á, portanto, no levantamento bibliográfico pertinente aos princípios e assuntos relacionados, enlaçando questões jurídicas e doutrinárias, de modo a lhes ressaltar a complementaridade, evidenciando o necessário diálogo de fontes principiológicas constitucionais e processuais.

## **2. APONTAMENTOS ACERCA DO DIREITO PROCESSUAL MODERNO SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL**

O processo tem dispositivos amparados pela Constituição Federal, sendo regras carregadas de cargas principiológicas, de forma que o estudo do processo em uma perspectiva constitucional, esta diretamente ligado a uma efetiva tutela de direitos, dado sua direta relação com os direitos fundamentais, notadamente os direitos fundamentais de igualdade, de acesso à justiça e do devido processo legal.

O moderno direito processual alinha-se a ideia de que o processo deve estar atento ao direito material quando objetiva a tutela efetiva dos direitos, incluindo neste contexto o direito a uma preordenação de procedimento adequados à tutela dos direitos, garantindo o efetivo acesso à justiça. “Sem a predisposição de instrumentos de tutela adequados à efetiva garantia das

diversas situações de direito substancial não se pode conceber um processo efetivo” (MARINONI e ARENHART, 2004, p. 30-31).

A doutrina processual civil e os operadores do direito estão obrigados a ler as normas infraconstitucionais à luz das garantias de justiça contidas na Constituição Federal, procurando extrair das normas processuais um resultado que confira ao processo o máximo de efetividade, desde, é claro, que não seja pago o preço do direito de defesa. É com esse espírito que o doutrinador deve demonstrar quais são as tutelas que devem ser efetivadas para que os direitos sejam realizados, e que a estrutura técnica do processo esta em condições de prestá-las (MARINONI e ARENHART, 2004, p. 31).

Neste cenário, ganhou expressividade ao longo dos anos, a vertente que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo e seu corolário, o neoprocessualismo, quem tem como fundamento teórico a sujeição do processo a força normativa da Constituição e como propósito garantir os direitos fundamentais.

O neoprocessualismo tem como premissa a valorização da unidade constitucional que considera a tutela constitucional do processo. Dinamarco (2004, v. 1, p.197-198), nesse sentido, afirma que:

A Constituição impõe expressamente alguns princípios que devem prevalecer em relação a processos de toda espécie (civil, penal, trabalhista; jurisdicional ou não), a saber: ...[...]... A constituição formula princípios, oferece garantias e impõe exigências em relação ao sistema processual com um único objetivo final, que se pode qualificar como garantia-síntese e é o acesso à justiça. Com esse conjunto de disposições, ela quer afeiçãoar o processo a si mesmo, e modo que ele reflita, em menor, o que em escala maior está à base do próprio Estado de Direito. Ela quer um processo pluralista, universal, participativo [...]. E assim é o modelo político da democracia

Neste sentido, o neoprocessualismo trata os princípios processuais como direitos fundamentais processuais, especialmente, os princípios do acesso à justiça, do devido processo legal, e da igualdade, cujas previsões se encontram expressas na Constituição Federal e passam a ser absorvidas no novo Código de Processo Civil, como indica o seu projeto cuja redação final já se encontra substancialmente discutida no Congresso Nacional.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> Por ato do Presidente do Senado Federal 379/2009, iniciou-se o processo legislativo visando à aprovação de novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5). Converteu-se no PLS 166/2010, vindo a ser aprovado no Senado Federal em dezembro de 2010. Remetido à Câmara dos

O projeto do novo Código de Processo Civil, logo em seu primeiro artigo, prevê que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme as normas da Constituição Federal” (BRASÍLIA, 2014).

Nery Júnior (2010, p. 78) preleciona que o direito processual esta subordinado aos princípios processuais gerais, entre os quais ressalta o princípio da dignidade humana, que se apresenta no artigo primeiro como fundamento da República federativa do Brasil.

Neste sentido, o projeto do novo Código de Processo Civil prevê em seu artigo 6º que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. (BRASÍLIA, 2014).

O mérito do Projeto, neste caso, é o de explicitar que a compreensão do processo civil se faz a partir dos princípios e das regras constitucionais. Via de consequência, os direitos fundamentais constitutivos da garantia de efetiva proteção judicial, tais como os do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa, da produção probatória lícita, da fundamentação decisória e do duplo grau de jurisdição, dentre outros, fundamentam a base estrutural da processualística e do devido processo legal (JAYME e FRANCO, 2014, p. 235).

O direito processual moderno almeja, portanto, que o processo esteja em consonância com os valores constitucionais e que seja capaz de concretizar as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito.

### **3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS**

No âmbito constitucional, encontram-se os principais princípios processuais, que devem ser considerados como verdadeiros direitos fundamentais assegurados às partes no processo. Dentre eles, entende-se importante tratar de forma mais profunda os princípios do acesso à justiça, do devido processo legal e da igualdade entre as partes, acreditando que estes princípios estruturam a base de raciocínio para a análise da questão probatória como instrumento de efetividade do processo, mais precisamente, do processo do trabalho.

#### **3.1. Princípio do acesso à justiça**

O Princípio do acesso à justiça, esculpido no artigo 5º, incisos XXXIV e XXXV da Constituição Federal de 1988, decorre da inafastabilidade da jurisdição, que garante o acesso ao poder judiciário daquele que vê uma pretensão resistida, quando preenchidos, num primeiro momento, as condições da ação e os pressupostos processuais.

Cumprе ressaltar que, hodiernamente, tem se manifestado a idéia no sentido de que não basta garantir aos indivíduos a atuação do Poder Judiciário,

---

Deputados, o projeto recebeu o registro PL 8.046/20WW10 e já está aprovado pela Comissão Especial, encontrando-se preparado para ser submetido à votação em plenário.

à medida que se faz necessário assegurar, também, uma atuação jurisdicional efetiva, satisfatória, visando atender à pretensão social de uma solução justa, equilibrada e pacificadora.

A idéia nasce da justificativa de que para que se efetive a jurisdição esta, ao atuar na solução dos conflitos de interesse dos indivíduos da sociedade, deve fazê-lo de forma pacificadora.

Neste sentido, a idéia de acesso á justiça não tem significado apenas formal, senão também substancial, pois “de nada adianta elaborar leis materiais visando à proteção da parte mais fraca na relação litigiosa se inexistente um sistema processual que atenda às suas necessidades”, conforme preleciona Sandra Aparecida Sá dos Santos (2006, p.36-37), que entende ser imprescindível a releitura do termo “justiça”, porque não basta aplicação da regra de direito à hipótese concreta submetida ao Poder Judiciário, fazendo-se imperioso ir além, em busca de procedimentos que tenham por finalidade a proteção dos direitos das pessoas.

É certo que, para que a solução de um conflito seja justa, ela deve estar em conformidade com a verdade real. Assinala-se, portanto, a íntima ligação entre o princípio do acesso á justiça e a questão probatória na busca de uma solução justa e pacificadora entre as partes. Trata-se, pois de um direito fundamental das partes o efetivo acesso à justiça, implicando neste contexto, que a questão probatória seja instrumento hábil a efetividade da justiça.

De fato, com a publicização do processo, a socialização do Direito e a globalização da economia (com reflexos na área jurídica), o juiz, cada vez mais, deverá estar atento na busca da verdade real, sem o que o princípio do acesso à justiça, que tanto se quer prestigiar, pouco significará. Afinal, o acesso não deve ser caracterizado somente pelo direito de petição ao Poder Judiciário, senão pelo exercício do direito de obter a efetiva e completa solução dos conflitos de interesses (SANTOS, 2006, p. 40).

A concepção de um direito de ação independente do direito material não se coaduna com as novas preocupações que estão nos estudos dos processualistas ligados ao tema “efetividade do processo”, que traz em si a superação da ilusão de que este poderia ser estudado de maneira neutra e distante da realidade social e do direito material (MARINONI E ARENHART, 2004, p. 30).

O acesso à justiça esta, portanto, intimamente ligado à garantia efetiva dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, de modo que deve ser realizado de forma substancial e não meramente formal.

### **3.2. Princípio do devido processo legal e seus corolários**

A doutrina é unânime em afirmar que, no âmbito internacional, a primeira concepção referente ao devido processo legal originou-se na

Inglaterra, em 1215, na Magna Carta, do Rei João “Sem-Terra”. A expressão do *due process of Law* foi introduzida no direito constitucional americano em 1787, quando a V emenda à Constituição proibiu o Estado de limitar os direitos individuais ou de propriedade, salvo por meio de procedimento legal (SANTOS, 2006, p. 41).

No Brasil, foi adotado expressamente, pela primeira vez, no texto constitucional de 1988, ratificando o Estado Democrático de Direito. Consta do art. 5º, inciso LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A relevância e importância do *due process of Law* lhe assegura hierarquia de princípio geral norteador da atividade jurisdicional. Dinamarco (2004, p. 244-245) preleciona sua importância máxima na ordem constitucional processual.

A expressa garantia do *due process of Law*, contida no inc. LIV do art. 5º da Constituição Federal, tem o significado sistemático de fechar o círculo das garantias e exigências constitucionais relativas ao processo, numa fórmula sintética destinada a afirmar a indispensabilidade de todas e reafirmar a autoridade de cada uma. Esse enunciado explícito vale ainda como norma de encerramento portadora de outras exigências não tipificadas em fórmulas, mas igualmente associadas à idéia democrática que deve prevalecer na ordem processual. (DINAMARCO, 2004, p. 244-245)

Para Nery Júnior (2010, p. 79) o devido processo legal é o princípio base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam. Caracteriza-se como o gênero do qual todos os demais princípios e regras são espécies.

Há um duplo aspecto do *due process of law*, dado que possui um sentido genérico ou substancial, compreendendo as normas de direito material propriamente ditas, bem como um sentido processual.

Nery Júnior (2010, p. 83) ensina que o devido processo legal tem sua caracterização bipartida, pois há incidência do princípio em seu aspecto substancial no que diz respeito ao direito material, e de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo.

Nas lições de Santos (2006, p. 47), esse sentido processual “abrange o princípio do juízo natural, da investidura, da igualdade, do contraditório, da publicidade dos atos processuais e da fundamentação das decisões”. No mesmo sentido, é o princípio do devido processo legal que assegura o direito de produzir provas e a plena igualdade entre as partes nessa produção.

Nesta direção, as garantias da ampla defesa e do contraditório se desdobram como consequência direta do princípio do devido processo legal, de tal sorte que, muito mais que uma simples previsão, a ampla defesa e o contraditório são direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, cujos exercícios estão intimamente ligados à amplitude probatória, na medida em que

para que o processo alcance justa solução, imprescindível a garantia da produção da prova.

De toda sorte, a carga máxima principiológica do *due process of Law* assegura aos litigantes todas as garantias a um processo e a uma sentença justa, assumindo sua melhor expressão no âmbito processual com o contraditório e a ampla defesa, cuja questão probatória esta intrinsecamente relacionada, como bem assinala Santos (2006, p. 44) “a amplitude probatória é garantia constitucional ligada aos princípios do contraditório e da ampla defesa”.

Constante do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o princípio do contraditório assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O contraditório deve estar em conformidade com as circunstâncias do processo em concreto, de modo a garantir a igualdade de tratamento entre as partes, de forma harmoniosa e efetiva, ultrapassando uma idéia meramente formal. Significa dar às partes as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais para que possam fazer valer seus direitos.

Nessa ordem de ideias Jayme e Franco (2014, p. 335-343) ressaltam que à noção de contraditório agrega-se o direito de as partes terem analisados e considerados os seus argumentos e provas, lícitamente produzidos como meio de influenciar o convencimento do órgão jurisdicional. Para os autores, o conceito de contraditório adequado ao Estado Democrático de Direito integrado pelos seguintes elementos:

a) direito das partes à ciência, informação e participação no processo em simétrica paridade (dimensão estática ou formal); b) prerrogativa de influência e de controle das partes na construção do conteúdo da decisão judicial (dimensão dinâmica ou material); c) direito de as partes terem analisados e considerados os seus argumentos e provas, em correlação com o dever do órgão jurisdicional de efetivamente apreciar todas as questões deduzidas pelas partes, resolvendo o caso concreto unicamente com base nos resultados decorrentes da atividade dos interessados ao provimento (dimensão participativa, na qual a motivação decisória é elemento do contraditório). (JAYME E FRANCO, 2014. p. 343 ).

Analisado sob esta perspectiva, o contraditório assume, portanto, uma concepção no sentido de que as partes têm o direito de informação, participação e influência na construção do processo e, por consequência, da decisão judicial. Acima de tudo, tais direitos processuais devem pautar-se pela isonomia, de forma, que garantam a igualdade e a dignidade das partes.

Na visão de Nery Júnior (2010, p. 245) “a igualdade de armas não significa paridade absoluta, mas sim na medida em que as partes estiverem diante da mesma realidade em igualdade de situações processuais”. O conceito

de igualdade se concretiza efetivamente no processo quando leva em consideração as situações concretas.

Na esfera constitucional, tanto a doutrina quanto a jurisprudência adotaram a orientação de que o referido princípio tem como destinatários principais o legislador e, também, o aplicador da lei: ao legislador para que, na sua função, elabore a lei, levando em consideração as situações idênticas e as distintas, de modo a diferenciá-las, em nome da razoabilidade; ao juiz para que, no momento de aplicação, observe as condições materiais e processuais de cada caso concreto, no sentido de possibilitar o tratamento desigual aos desiguais, visando à obtenção da justiça (SANTOS, 2006, p. 28).

Atualmente, a ideia de igualdade tem como vertentes à visão aristotélica, que a vincula ao ideal de justiça e a visão ligada ao constitucionalismo, donde emerge como signo fundamental da democracia. De toda forma, o conceito comporta relatividade em sua aplicação aos casos concretos postos em apreciação pelo Poder Judiciário, pois “o procedimento do tratamento igualitário entre pessoas de classes sociais e econômicas distintas é uma forma de produzir injustiças” (SANTOS, 2006, p. 27-31).

Nery Júnior (2010, p. 99) ensina que o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico. Esclarece que dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na exata medida de suas desigualdades. Por tal motivo é que são constitucionais dispositivos legais discriminadores, quando desigualam corretamente os desiguais, concedendo-lhe tratamentos distintos; e são inconstitucionais os dispositivos legais discriminadores, quando desigualam os iguais, concedendo-lhe tratamentos distintos. Segundo o autor, “deve-se buscar na norma ou no texto legal a razão da discriminação: se justa, o dispositivo é constitucional; se injusta, é inconstitucional”.

Não por acaso, o princípio da igualdade tem sua guarida constitucional, sendo certo que sua conotação não se restringe ao direito material, se estendendo ao direito processual e seus institutos, pois de nada serve o direito material, especialmente os direitos e garantias fundamentais constitucionais, sem os correlatos institutos processuais capazes de concretizá-los, conforme aduz Santos (2006, p. 32) “é de todo ineficaz atribuir às pessoas direitos subjetivos materiais sem lhes assegurar os institutos processuais e os meios processuais indispensáveis à realização do referido direito”. E acrescenta:

Paradoxalmente, para que sejam asseguradas as garantias fundamentais, bem como a proteção dos direitos constitucionais, entre eles o da isonomia, fazem-se indispensáveis a elaboração e a aplicação de institutos processuais que auxiliem a parte hipossuficiente, como, por exemplo, o dispositivo legal infraconstitucional

inserido no VIII do art 6º do CDC. [...] A rigor, corresponde à tendência moderna de o Estado intervir sempre para estabelecer um tratamento o mais possível igualitário entre os contratantes, ainda que, eventualmente, o Estado seja um deles. [...] Esta norma torna efetiva o princípio da isonomia. (SANTOS, 2006, p. 35)

Neste sentido, o Projeto do Novo Código de Processo Civil acertadamente acompanha a moderna legislação consumerista quando prevê em seu artigo 7º que “é assegurado às partes paridade de tratamento no curso do processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório” (BRASÍLIA, 2014).

De tudo quer se expor a idéia de que o princípio da igualdade tem conotação não só material senão também processual, de toda sorte que emerge desta última a necessidade de se buscar meios para que as partes estejam em condições igualitárias no processo, e o instituto da inversão do ônus da prova, a que se pretende levantar discussões, figura como meio de efetiva concretização das garantias constitucionais processuais colocadas em reflexão.

#### **4. O ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL NA SISTEMÁTICA DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

O ônus da prova não é sinônimo de obrigação. É um instituto ligado ao interesse próprio da parte, enquanto que a obrigação esta ligada a interesse alheio. Em decorrência, a obrigação clama uma conduta de outrem cujo descumprimento impõe medidas coercitivas em favor da outra parte, que tem meios coercitivos para exigir o cumprimento.

De outro lado, o ônus não impõe obrigação e não gera medidas a parte contrária. As consequências decorrentes do seu cumprimento, sejam negativas ou, recairão sobre a própria parte. A questão do ônus quando importada para a esfera jurídica probatória esta relacionada, portanto, ao interesse da parte em produzir provas que lhe tragam consequências favoráveis.

Não se pode confundir o ônus da prova com as obrigações ou deveres onde não há liberdade de conduta, o sujeito tem que praticar o ato processual sob pena de caracterizar um ilícito civil, podendo inclusive o juiz lançar mão de meios de coerção para que o sujeito cumpra o ato obrigação, o ato dever, porquanto a realização do ato processual não reverte em benefício do próprio sujeito que tem a obrigação, o dever de praticá-lo, mas da parte contrária ou mesmo da própria sociedade (SILVA e GALBIATI, 2013, p. 63).

O ônus da prova norteia as partes na produção das provas de suas alegações e apoia o magistrado no momento de proferir sua decisão, especialmente, quando sua convicção restou duvidosa em razão dos elementos do processo. Trata-se de um aspecto objetivo, que nas palavras de Guilherme (2011, p. 138) se relaciona à “obrigação do juiz de dizer o direito, ainda que tenha permanecido em estado de dúvida”.

Quando os elementos probatórios deixam o magistrado em estado de incerteza, cabe ao julgador buscar apoio em regras que lhe auxiliam no julgamento da demanda que lhe foi submetido, cujo julgamento não pode se esquivar. Essas regras são atinentes ao ônus da prova e estão dispostas no artigo 333 do atual Código de Processo Civil, que assim dispõem “incumbe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito; e, ao réu, a existência de fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor”.

A natureza das regras dispostas no artigo 333 do CPC traz características notadamente marcadas pela forma estática e rígida. Na prática jurídica hodierna, esse caráter estático favorece a ocorrência de desequilíbrio entre as partes na produção probatória, dificultando o encontro da verdade real do caso concreto, e embaraçando, conseqüentemente, a justa composição do litígio e a pacificação social, fins precípuos do processo.

Por tal razão, a distribuição estática constante da regra disposta no artigo 333 do CPC vem sofrendo críticas da doutrina moderna, afeta aos ideais neoprocessualistas contemporâneos que clamam uma nova adequação das regras de distribuição do ônus da prova levando-se os ditames constitucionais.

Guilherme (2011, p. 112) afirma que a questão do ônus da prova, compreendida como regra estática, moldada por critérios atemporais relacionados com a posição processual dos litigantes acabou por se tornar “elemento anacrônico, desconectado da realidade do mundo que a constituição Federal tão imensamente busca considerar em suas determinações”.

A priori, o Projeto do Novo Código de Processo Civil mantém as disposições fixas de distribuição do ônus da prova, igualmente ao código em vigor quando assim prevê no artigo 380:

Art. 380. O ônus da prova incumbe:

- I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
- II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (BRASÍLIA, 2014)

Por outro lado, atento as dificuldades que a regra estática de distribuição do ônus da prova, o legislador inova quando prevê a possibilidade de distribuição de forma diversa, impondo à parte que possuir maiores e melhores condições de produzir a prova.

Com efeito, leva em consideração não apenas o aspecto objetivo do ônus da prova, ligado ao aspecto que torna o juiz obrigado a dizer o direito, mas também, ao aspecto subjetivo que leva em conta as peculiaridades das partes envolvidas no caso concreto e do direito material pleiteado.

Afinal, para que se possa aferir as verdadeiras condições de possibilidade de produção de provas no processo é preciso que se lance um olhar para as características subjetivas das partes. Esta subjetividade, contudo não é a mesma a qual se refere à teoria clássica do ônus da prova, qual seja, a de “posição dos contendores da relação processual”, mas sim uma subjetividade que leva em consideração aspectos das partes em si e da relação de direito material, que embasa a demanda. Noutras palavras, o que se propõe é uma visão do ônus da prova, guiada pela hermenêutica constitucional e que analisa as peculiaridades do caso concreto, tanto da parte, quanto do direito pleiteado (GUILHERME, 2011, p. 140).

Nesse sentido, o Projeto do Novo Código de Processo Civil tem a propensão de acolher a teoria da carga dinâmica da prova, conforme se verifica do parágrafo primeiro do artigo 380.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. (BRASÍLIA, 2014)

Ressalta-se que a teoria dinâmica das cargas processuais tem como premissa a aplicação das regras do ônus da prova ao caso concreto, de modo que seja atribuído a parte que possuir maior aptidão e melhores condições de esclarecer o fato. Seus fundamentos contrapõem à ideia clássica e estática de distribuição do ônus da prova e se amparam nos princípios constitucionais processuais.

Guilherme (2011, p. 161-162) esclarece que a teoria dinâmica do ônus da prova decorre de uma preocupação com a efetivação dos direitos processuais fundamentais e do acesso à justiça. Divulgada, inicialmente, pelo jurista argentino Jorge Walter Peryano, tem por grande mérito modificar o modo pelo qual se interpreta o fenômeno da instrução probatória uma vez que realiza uma interpretação que busca fazer incidir sobre elementos processuais o critério da justiça, numa interpretação apoiada pelos princípios gerais do processo e garantias processuais.

Neste sentido, caminha o projeto do novo Código de Processo Civil, pois suas novas disposições têm como diretrizes delineadas pelos princípios constitucionais processuais.

Silva e Galbiati (2013, p. 64) ensinam que o projeto do Novo Código de Processo Civil teria adotado a teoria da carga dinâmica da prova, que sugere a distribuição do ônus da prova não com base na regra estática, nem com fundamento na verossimilhança da alegação, mas sim observando o princípio da igualdade entre as partes na colaboração do material probatório. Assim, andou bem o legislador reformista quando adota uma postura ativa que se afina com os propósitos do acesso à justiça, do processo justo, igualitário e efetivo.

Seu objetivo é flexibilizar as regras de distribuição do ônus da prova, de forma que, no caso concreto, o magistrado tenha liberdade para distribuí-lo de acordo com as circunstâncias em apreço, com o objetivo de obter o equilíbrio entre as partes na produção da prova, atribuindo o encargo probatório a parte que tenha melhor condições de provar os fatos que lhe auxiliarão no julgamento.

Na aplicação da teoria dinâmica das cargas processuais, é atribuído ao magistrado poderes instrutórios ativos na condução do processo, no objetivo de zelar pelo equilíbrio das partes no processo.

Assim sendo, a regra estática de distribuição do ônus da prova, acolhida pelo atual Código de Processo Civil vem sendo atenuada em favor de uma maior efetividade e instrumentalidade do processo.

A legislação projetada no Novo Código de Processo Civil caminha no sentido de flexibilizar as regras rígidas processuais para dar espaço a aplicabilidade de regras mais flexíveis que atendam aos preceitos processuais constitucionais, em especial, ao princípio da igualdade entre as partes no processo.

## CONCLUSÕES FINAIS

O moderno direito processual alinha-se a ideia de que o resultado processo deve relatar o máximo de efetividade. Neste cenário, vem ganhando expressividade ao longo dos anos, a vertente que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo e seu corolário, o neoprocessualismo, quem tem como fundamento teórico a sujeição do processo a força normativa da Constituição e como propósito garantir os direitos fundamentais.

O neoprocessualismo tem como premissa a valorização da unidade constitucional que considera a tutela constitucional do processo. Trata dos princípios processuais como direitos fundamentais processuais, especialmente, os princípios do acesso à justiça, do devido processo legal, que carrega em si os princípios do contraditório e da igualdade, cujas previsões se encontram expressas na Constituição Federal.

Desta forma, a moderna sistemática processual reclama que o processo seja interpretado à luz dos valores constitucionais. Dentre eles, foram enfatizados os princípios do acesso à justiça e do devido processo legal,

entendendo-se que deste último derivam em espécie, os princípios do contraditório e da igualdade entre as partes no processo, acreditando que estes princípios estruturam a base de raciocínio para, favorecer reflexões a respeito da distribuição do ônus da prova como instrumento de efetividade do processo e que deve ter seu norte guiado pelos princípios constitucionais processuais.

O princípio do acesso à justiça figura como fundamento para garantir às partes o acesso a uma ordem jurídica justa e equitativa, de modo que esse acesso deva ser realizado de forma substancial e não meramente formal, pois, na ordem processual moderna que se preocupa com a efetividade do processo, não há mais como conceber o direito de ação de forma independente do direito material e desconectada da realidade social.

Verificou-se, também, a relevância e a importância do princípio do devido processo legal enquanto princípio geral norteador da atividade jurisdicional. A doutrina em estudo concorda com sua importância máxima na ordem constitucional processual, figurando, portanto, como sustentáculo dos demais princípios e regras, tanto de direito material quanto de direito processual, dada sua natureza bipartida.

Em seu aspecto processual, o devido processo legal abrange outros princípios em espécies, sendo que o presente estudo delimitou-se em abordar os princípios do contraditório e da igualdade, entendendo que tais princípios seriam essenciais ao aprofundamento do recorte do tema relacionado à distribuição do ônus da prova, sem, no entanto, desmerecer os demais princípios processuais.

Nesta linha de raciocínio, o contraditório se desdobra como consequência direta do princípio do devido processo legal e figura como um direito fundamental garantido constitucionalmente, cujo exercício está intimamente ligado à amplitude probatória, na medida em que, para que o processo alcance justa solução, se faz imprescindível a garantia da produção da prova justa, equilibrada e em conformidade com o caso concreto, de modo a garantir a igualdade de tratamento entre as partes.

O princípio da igualdade encontra sua guarida no processo quando leva em consideração as situações concretas e coloca as partes em tratamento isonômico diante da ordem processual.

De todo exposto, averiguou-se que o processo, para alcançar efetividade, deve ter sua construção pautada nos valores constitucionais, de modo que favoreça a participação das partes em paridade de armas.

Nesta linha de pesquisa, passou-se a analisar as regras de distribuição do ônus da prova na atual sistemática processual, para num momento final confrontá-la com as novas disposições constantes do projeto do Novo Código de Processo Civil.

A sistemática das regras de distribuição do ônus da prova no atual Código de Processo Civil tem suas características inflexíveis e estáticas, consoante às disposições do artigo 333 do CPC, e por tal razão, vem sofrendo críticas da doutrina moderna, que reclama por uma adequação das regras de distribuição do ônus da prova levando-se os ditames constitucionais e em especial, em atenção aos princípios processuais estudados.

Por outro lado, o Projeto do Novo Código de Processo Civil, apesar de manter as disposições fixas de distribuição do ônus da prova, igualmente ao código em vigor, inova quando prevê a possibilidade de distribuição de forma diversa, impondo o ônus à parte que possuir maiores e melhores condições de produzir a prova.

Com efeito, leva em consideração não apenas o aspecto objetivo do ônus da prova, mas também, ao aspecto subjetivo que leva em conta as particularidades das partes envolvidas no caso concreto e do direito material pleiteado.

Nesse sentido, o Projeto do Novo Código de Processo Civil tem a propensão de acolher a teoria da carga dinâmica da prova, quando na redação do parágrafo primeiro do artigo 380 assegura ao juiz a possibilidade atribuir o ônus da prova de modo diverso, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o ônus probatório ou, ainda, à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Ressalta-se que tais disposições contrapõem à ideia clássica e estática de distribuição do ônus da prova.

Em boa hora, o legislador do Projeto do Novo Código de Processo Civil acertadamente assegura às partes a paridade de tratamento no curso do processo e, para tanto, prevê meios de realização dessas condições igualitárias no processo, sendo certo que as novas disposições acerca e o instituto da inversão do ônus da prova, a que se pretendeu levantar discussões, figura como meio de efetiva concretização das garantias constitucionais processuais colocadas em reflexão.

Neste sentido, caminha bem o projeto do novo Código de Processo Civil, pois suas novas disposições têm diretrizes delineadas pelos princípios constitucionais processuais que idealizam o acesso à justiça de forma substancial, justo, igualitário e efetivo.

## Referências bibliográficas

BRASÍLIA. *Redação Final aprovada na Câmara do projeto do Novo Código de Processo civil*. Disponível em: <

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=E72D4ED8F13440164531A43C227915C0.proposicoesWeb1?codteor=831805&file name=PL+8046/2010.>](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E72D4ED8F13440164531A43C227915C0.proposicoesWeb1?codteor=831805&file name=PL+8046/2010.>) Acesso em 20 de junho de 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6ªed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. vol 1. 4 ed. Rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUILHERME, Thiago Azevedo. *Regras de distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011.

JAYME, Fernando Gonzaga. FRANCO, Marcelo Veiga. *O princípio do contraditório no projeto do Novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, vol. 227, p. 335 a 355, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHARDT, Sergio Cruz. *Manual de processo de conhecimento*. São Paulo -SP: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. E. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá do. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Nelson Finotti; GALBIATI, Carolina Maria Morro Gomes. A prova no projeto do Código de Processo Civil. In. SILVA, Nelson Finotti; FRANZÉ, Luis Henrique Barbante; GARCIA, Bruna Pinotti (org.). *Reflexões sobre o projeto do novo Código de Processo civil*. Curitiba: PR:CRV, 2013.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil. Processo de conhecimento*. Vol 1. 7 Ed. Rio de Janeiro: Forense: 2006.

\_\_\_\_\_. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1.988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.010.

## OS PRECEDENTES COM EFEITOS VINCULANTES DO BRASIL SÃO IDÊNTICOS AOS PRECEDENTES JUDICIAIS DO COMMON LAW?

Mateus Vargas Fogaça<sup>78</sup>

Jessica Fachin<sup>79</sup>

### Resumo

O presente trabalho visa a compreender a função dos precedentes judiciais nas tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*, através da análise do processo histórico de formação de cada uma delas. Enquanto o modelo inglês tem o precedente como sua principal fonte de direito, no sistema romano-germânico, este papel é desempenhado pela lei. Com o declínio do positivismo e o afastamento da imagem de um juiz meramente aplicador da lei, passou-se a verificar a necessidade de uniformização e estabilidade das decisões na *civil law*, em prestígio à segurança jurídica. No Brasil, este anseio tem ganhado corpo através da aproximação de seu modelo jurídico ao da *common law*, o que tomou vulto com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, por meio da qual foi criada a Súmula Vinculante (CF, art. 103-A) e atribuído efeito vinculante a determinadas decisões. Muito embora também pretenda vincular o juiz sucessivo, o precedente com efeito vinculante brasileiro não pode ser equiparado ao precedente judicial da *common law*, face as suas diversidades de origem, modo de formação e de operação.

### INTRODUÇÃO

Ressalvadas algumas poucas hipóteses, no direito brasileiro, não há obrigatoriedade de respeito aos precedentes judiciais. Os julgadores dos casos sucessivos não são vinculados ao decisório anterior relativo à mesma matéria, como acontece em modelos jurídicos que lhe atribuem eficácia normativa.

Nos últimos anos, no entanto, tem crescido a discussão acerca da possibilidade e da necessidade de se adotar uma teoria dos precedentes judiciais obrigatórios no Brasil, tal como ocorre na *common law*. É o que se verifica com a Emenda Constitucional nº 45/2004 e as seguidas reformas processuais ocorridas desde o final do século passado, através das quais se tem atribuído efeito vinculante a determinadas decisões judiciais.

Para a tomada de posições adequadas no embate doutrinário existente, mostra-se imprescindível a adequada compreensão da função que os precedentes judiciais desempenham em cada uma das maiores tradições jurídicas do ocidente.

Com apoio dos métodos dedutivo, histórico e comparativo, o presente trabalho propõe-se a olhar para o processo de formação das maiores tradições jurídicas ocidentais e identificar as características e fontes de direito de cada

---

<sup>78</sup> Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós-graduando em Direito Imobiliário pela Universidade Positivo. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Membro da Comissão de Direito Imobiliário da OAB/PR. Advogado e Parecerista.

<sup>79</sup> Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC. Discente em Letras pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Advogada.

uma delas. Na sequência, buscar-se-á compreender se o precedente com efeito vinculante brasileiro é instituto jurídico análogo ao precedente judicial obrigatório da *common law*.

## 1 AS TRADIÇÕES JURÍDICAS

Ao redor do mundo, cada Estado detém seu próprio sistema jurídico, que haverá ser aplicado em seu interior. Concomitantemente, também existe o direito internacional, para regular as relações entre Estados, a nível regional e, até mesmo, global.

A grande diversidade de sistemas jurídicos existentes normalmente é agrupada de forma a possibilitar um estudo sistemático e didático, indicando os elementos básicos e imutáveis de cada um deles. Todavia, são diversas as formas possíveis de se agrupar os sistemas de direito existentes:

Alguns baseiam as suas classificações na estrutura conceitual dos direitos ou na importância reconhecida às diferentes fontes do direito. Outros, julgam que estas diferenças de ordem técnica têm um caráter secundário, pondo em primeiro plano as considerações de conteúdo, o tipo de sociedade que se pretende estabelecer com a ajuda do direito, ou, ainda, o lugar que é reconhecido ao direito como fator de ordem social.<sup>80</sup>

Reconhecendo não existir unanimidade quanto ao melhor modo para realizar a classificação ou sobre quais espécies reconhecer, René David, sem retirar o mérito demais categorizações realizadas pelos demais estudiosos do assunto, opta por uma separação em “famílias de direito”:

A noção de ‘família de direito’ não corresponde a uma realidade biológica. Recorre-se a ela unicamente para fins didáticos, valorizando as semelhanças e as diferenças que existem entre os diferentes direitos. Sendo assim, todas as classificações têm o seu mérito. Tudo depende do quadro em que se coloquem e da preocupação que, para uns e outros, seja dominante. Não se proporão as mesmas classificações se se considerarem as coisas num nível mundial ou num nível simplesmente europeu. Considerar-se-ão as coisas de um modo diferente se nos colocarmos na perspectiva do sociólogo ou do jurista. Outros agrupamentos poderão merecer aceitação,

---

<sup>80</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 22.

conforme o seu sentido de centrar sobre o direito publico, o direito privado ou o direito penal.<sup>81</sup>

De acordo com a classificação proposta pelo estudioso francês, as principais famílias existentes seriam [1] a romano-germânica (*civil law*), [2] a do *common law* e [3] a dos direitos socialistas. Logo após, embora com menor importância, haveria também [4] os direitos muçulmano, hindu e judaico, ao lado [5] do extremo oriente e [6] da África negra e Madagascar<sup>82</sup>.

Tais culturas jurídicas não são estanques e incomunicáveis, continuando em construção e transformação. A internacionalização do comércio e da cultura dos povos decorrentes da globalização<sup>83</sup> potencializou o entrelaçamento entre as diversas tradições.

No processo de formação das tradições, existiram influências recíprocas<sup>84</sup> e, na atualidade, tem se verificado um claro processo de aproximação entre a *common law* e a *civil law*<sup>85</sup>, fenômeno constatado pelas “noções visceralmente ligadas a uma determinada tradição que já não detêm absolutamente a força que revelavam no momento de sua concepção”<sup>86</sup>. Como anota René David<sup>87</sup>:

Em ambos os casos, o direito sofreu a influência da moral cristã e as doutrinas filosóficas em voga propuseram em primeiro plano, desde a época da Renascença, o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos. A *common law* conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentando e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra de direito onde, cada vez mais, a ser concebida nos países de *common law* como o é nos países da família romano-germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são muitas vezes dadas às questões de direito nas duas famílias de direito.

---

<sup>81</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 22.

<sup>82</sup> Idem. *Ibidem.*, p. 21-32.

<sup>83</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 144.

<sup>84</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013, p. 24.

<sup>85</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 13.

<sup>86</sup> DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROSETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *common law* e de *civil law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador, JusPodivm, 2012, p. 42.

<sup>87</sup> DAVID, René. *Ibidem.*, p. 26.

A *common law* e a *civil law* são consideradas<sup>88</sup> como as grandes famílias do direito ocidental, razão pela qual serão objeto de análise no presente estudo apenas os precedentes existentes em cada uma delas. Tal desiderato não seria satisfatoriamente alcançado sem uma incursão, ainda que breve, na história de formação e estrutura de ambas as famílias.

## 2 A COMMON LAW

Não há possibilidade de se estudar a *common law* sem se passar pelo próprio direito inglês. Isso porque a história desta família jurídica foi marcada unicamente por tal direito, até o século XVIII<sup>89</sup>.

O direito inglês abrange não apenas a Inglaterra, mas também o País de Gales. Nem por isso, todavia, pode ser considerado como o direito do Reino Unido ou da Grã-Bretanha, “visto que a Irlanda do Norte, por um lado, a Escócia, as Ilhas do Canal da Mancha e a Ilha de Man, por outro, não estão submetidas ao direito ‘inglês’<sup>90</sup>”.

A *common law*, por sua vez, é mais ampla e abrangente, ultrapassando as fronteiras do direito inglês, para também alcançar, ressalvadas algumas exceções, os países da língua inglesa e aqueles associados politicamente à Inglaterra em algum período<sup>91</sup>:

A família do *common law* compreende, além do direito inglês, que está na sua origem, e salvo certas exceções, os direitos de todos os países de língua inglesa. Além dos países de língua inglesa, a influência do *common law* foi considerável na maior parte dos países, senão em todos, que politicamente estiveram ou estão associados à Inglaterra. Estes países podem ter conservado, em certos domínios, tradições, instituições e conceitos que lhes são próprios: a influência inglesa não deixou, entretanto, de marcar profundamente, em todos os casos, a maneira de pensar dos seus juristas, porque, por um lado, a organização administrativa e judiciária e, por outro, a matéria do processo (civil ou criminal) e as provas foram estabelecidas e reguladas segundo o modelo inglês<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 66.

<sup>89</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 351.

<sup>90</sup> Idem. *Ibidem.*, p. 353.

<sup>91</sup> NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 35.

<sup>92</sup> DAVID, René. *Ibidem.*, p. 351.

Feita esta demarcação conceitual, é possível analisar a história do direito inglês, dividida pela doutrina em quatro períodos, quais sejam: o primeiro, denominado anglo-saxão, anterior à conquista da Inglaterra pelos normandos, em 1066; o segundo, em que se formou a *common law*, que vai de 1066 até a assunção ao poder da dinastia Tudor, em 1485; o terceiro, compreendido entre 1485 e 1832, quando se desenvolveu a *equity*, rival e complementar à *common law*; o último é o período moderno, o qual tem início em 1832 e continua em desenvolvimento até a atualidade<sup>93</sup>.

### 3.1 A evolução histórica da *common law* inglesa

O período que antecede à conquista normanda da Inglaterra é conhecido como anglo-saxão. Aquela parcela do território europeu era dividida em distritos e continha incontáveis castelos militares para sua proteção. Neles, existiam cortes judiciais (*Hundred Courts e Country Courts*) onde autoridades não profissionalizadas distribuía a justiça conforme os costumes da localidade. Coexistiam, ora concorrendo, ora prevalecendo, jurisdições senhoriais, a quem cabiam as questões fundiárias<sup>94</sup>.

Até hoje, pouco se sabe acerca do direito anglo-saxão<sup>95</sup>, pois a organização política da sociedade era basicamente tribal. “Sabe-se que até o seu final, as leis regulamentavam aspectos muito limitados da vida social e que o ordenamento era fragmentado em diversos costumes locais<sup>96</sup>”.

Quando os normandos conquistaram a Inglaterra, em 1066, liderados por Guilherme, o Conquistador, desapareceu a época tribal, para dar lugar ao feudalismo inglês<sup>97</sup>. Há, então, a institucionalização de “um poder centralizado e forte, reunindo as condições para a criação de um conjunto de normas que, por oposição às práticas costumeiras heterogênicas, pode constituir um *direito comum a toda a Inglaterra*”<sup>98</sup>.

Em consequência, somente questões extremamente importantes eram apreciadas pelo Rei. Os tribunais reais, inicialmente, eram cortes de exceção, cuidando apenas de questões que realmente justificassem tal intervenção. As demais demandas judiciais continuavam a ser resolvidas pelas *Hundred Courts e Country Courts* existentes anteriormente.

---

<sup>93</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 13-14.

<sup>94</sup> DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *common law* e de *civil law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador, JusPodivm, 2012, p. 51.

<sup>95</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 357.

<sup>96</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Ibidem.*, p. 14.

<sup>97</sup> DAVID, René. *Ibidem.*, p. 358.

<sup>98</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Ibidem.*, p. 15. Grifos do autor.

Os Tribunais Reais [...] não estão aptos para administrar a justiça, até mesmo em recurso, para todos os litígios que surjam no reino. A sua intervenção vai limitar-se, essencialmente, a três causas em que ela se afigura natural: questões relacionadas com as finanças reais, com a propriedade imobiliária e a posse de imóveis, e graves questões criminais que se relacionem com a paz do reino. Originalmente, três tribunais diferentes – Tribunal de Apelação (*Exchequer*), Tribunal de Pleitos Comuns (*Common Pleas*), Tribunal do Banco do Rei (*King's Bench*) – conhecerão, respectivamente, de cada uma destas três importantes questões, mas logo esta divisão de competências cessará e cada um dos três Tribunais Reais de Westminster poderá conhecer de todas as causas que possam ser submetidas às jurisdições reais.<sup>99</sup>

Serão os Tribunais Reais os responsáveis pelo desenvolvimento do direito inglês e comum a toda a Inglaterra<sup>100</sup> – direito comum (*common law*). Como inicialmente tratavam de casos excepcionais e para cada caso havia um processo particular (*remedies precede rights*), os Tribunais de Westminster tiveram de construir um ordenamento próprio<sup>101</sup>. Inexistindo normas de direito material ou substancial, a formação da *common law* tem como fontes os antigos costumes locais e o direito como posto pelo juiz do caso concreto<sup>102</sup>.

Além disso, os mesmos Tribunais tinham por base normas processuais bastante formalistas, por acreditarem que um processo correto redundaria numa melhor decisão, de onde deriva a importância do direito processual para tal sistema. É o que explica René David:

*A common law, nas suas origens, foi constituída por um certo número de processos (forms of action) no termo dos quais podia ser proferida sentença; qual seria, quanto à substância, esta decisão, era algo incerto. O problema primordial era fazer admitir pelos Tribunais Reais a sua competência e, uma vez admitida, levar até o fim um processo cheio de formalismo. A que solução se chegaria? Não havia para esta pergunta nenhuma resposta concreta: a common law só aos poucos passou a conter normas*

---

<sup>99</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 360.

<sup>100</sup> DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *common law* e de *civil law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador, JusPodivm, 2012, p. 52.

<sup>101</sup> RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63.

<sup>102</sup> NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 37.

substantivas, que definissem os direitos e as obrigações de cada um<sup>103</sup>.

A jurisdição dos Tribunais Reais expandiu-se paulatinamente sobre aquelas desenvolvidas pelas cortes senhoriais, municipais e comerciais, as quais tratavam dos interesses privados, até que, no fim da Idade Média, estas últimas perderam enormemente sua importância<sup>104</sup>.

Deste fato deriva uma importante característica da *common law*: com a extinção das mencionadas jurisdições também desapareceu a própria noção de direito privado, pois “todos os litígios submetidos aos Tribunais Reais ingleses surgem, na Inglaterra, como sendo, em certa medida, questões de direito público”<sup>105</sup>.

Identifica-se a luta pela contenção da expansão da jurisdição real como o início da cultura de respeito aos precedentes, ocorrida com o Estatuto Westminster II, de 1285:

A expansão da jurisdição real não foi pacífica. Ao contrário, a história da Inglaterra como um todo se desenvolve em torno da luta pela contenção do absolutismo monárquico, e a expansão dos poderes do Rei, através da jurisdição dos Tribunais, constituía uma ameaça para os barões, que desejavam ser os senhores de seus próprios domínios. Tanto assim que, para conter tal avanço, restou estabelecido, no Estatuto de Westminster II, de 1285, que os Tribunais reais só concederiam *writs* em hipóteses em que já houvesse casos semelhantes decididos, ou seja, *desde que já existissem precedentes em tal sentido*, vedando-se a criação de novas ações<sup>106</sup>.

Exceto nos casos em que já existiam precedentes, o máximo que os Tribunais Reais poderiam fazer era julgar casos muito semelhantes com outros já anteriormente decididos, o que, passado o tempo, tornou-se insuficiente para satisfazer às novas demandas sociais.

Com a “esclerose da *common law*”<sup>107</sup>, em razão da limitação imposta pelo Estatuto de Westminster II e pela excessiva formalidade processual então existente, os particulares viram-se obrigados a recorrer à prerrogativa real para alcançarem uma decisão adequada a seus litígios.

---

<sup>103</sup> DAVID, René. *Ibidem.*, p. 364.

<sup>104</sup> DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *common law* e de *civil law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador, JusPodivm, 2012, p. 52.

<sup>105</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 368.

<sup>106</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 17. Grifos do autor.

<sup>107</sup> DAVID, René. *Ibidem.*, p. 370.

Na terceira fase da história do direito inglês, criou-se a *equity*, ramo paralelo do direito, no qual o Monarca, por intermédio de seus Chanceleres, emitia decisões baseadas na equidade do caso particular, na busca de flexibilizar a rigidez da *common law*<sup>108</sup>.

Alcançado o século XV, o Rei e seu Conselho, os quais antes tomavam as decisões, delegaram ao Chanceler a autoridade de juiz autônomo. “Tais Chanceleres eram eclesiásticos e tomavam suas decisões com base em princípios substantivos relacionados à moral e à justiça, extraídos do direito romano e do direito canônico, ou seja, extraídos das mesmas fontes que se prestaram ao desenvolvimento do *civil law*”<sup>109</sup>.

Durante o reinado de Henrique VIII, houve a ruptura do Estado com a Igreja Católica, ocasionando a substituição dos Chanceleres eclesiásticos por advogados, que utilizavam normas similares às do *common law*, no lugar dos princípios de direito romano e canônico<sup>110</sup>.

A crescente influência da *equity* praticada pelos Chanceleres em contraposição à *common law* quase foi responsável pela união do direito inglês à família do direito romano-germânico, no século XVI<sup>111</sup>. Diz-se isso porque, apesar de não contrariar expressamente as soluções do *common law*, dotado de um processo oral e público, “a *equity* era [...] inspirada no no direito canônico e romano e seu processo era escrito e secreto”<sup>112</sup>.

A resistência dos juristas, então aliados ao Parlamento, contra o fortalecimento da jurisdição paralela representada pela *equity*<sup>113</sup> – que refletia, em última análise, a ampliação do poder real – culminou em um compromisso que garantiu a subsistência pacífica dos tribunais de *common law* e a jurisdição do Chanceler, que “subsistiria, mas *deveria se ater aos precedentes já estabelecidos*, comprometendo-se a não realizar novas intromissões na *common law*”<sup>114</sup>.

Finalmente, a última fase histórica do direito inglês, chamada de período moderno, tem início com as reformas radicais realizadas no processo, ocorridas a partir de 1832, que possibilitaram aos juristas atentarem-se mais ao direito substantivo, até então deixado de lado<sup>115</sup>. Neste período, modificou-se a organização judiciária, para se permitir a todas as jurisdições inglesas a aplicação das regras de *common law* e de *equity*, indistintamente.

---

<sup>108</sup> DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. *Ibidem.*, 2012, p. 56.

<sup>109</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 18.

<sup>110</sup> *Idem.* *Ibidem.*, p. 19.

<sup>111</sup> DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. *Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador, JusPodivm, 2012, p. 56.

<sup>112</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 43.

<sup>113</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 212.

<sup>114</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Ibidem.*, p. 19. Grifos do autor.

<sup>115</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 377.

O direito substantivo foi clarificado e ordenado, mantendo-se, no essencial, a obra dos próprios tribunais, o que não significa a realização de uma codificação aos moldes franceses<sup>116</sup>, que alçava a lei ao posto de principal fonte do direito. Houve, também, a criação da Suprema Corte do Reino Unido, instalada no final de 2009, à qual passou a competir exclusivamente a função judiciária, que era exercida, juntamente com a função legislativa, pela Casa dos Lordes.

### 3.2 As fontes da *common law* inglesa

Apresentadas as características básicas do processo de formação do direito inglês, foi possível identificar que, de início, ele não possuía um conjunto de regras substanciais, ocasionando a valorização do processo e o desenvolvimento de duas jurisdições distintas, a praticada pelos Tribunais Reais (*common law*) e a dos Tribunais da Chancelaria (*equity*).

Por não ter a lei no centro de sua estrutura – a esta era reservado um papel meramente secundário, situação que vem sendo alterada<sup>117</sup> – o direito inglês desenvolveu-se de forma eminentemente precedentalista, razão pela qual as decisões dos Tribunais constituíam sua principal fonte normativa, sendo de rigor que o estudo de suas fontes se inicie pela própria jurisprudência.

Quando a Inglaterra foi tomada pelos normandos, em 1066, à falta de um direito substancial, os Tribunais Reais decidiam de acordo com os antigos costumes locais, construindo-se o próprio direito pelas decisões encontradas pelos juízes nos casos concretos. Foram as condições históricas, mais que a própria vontade dos operadores do direito, que elevaram a jurisprudência ao posto de principal fonte irradiadora das normas no *common law* inglês.

No *common law*, além de meramente aplicar, o precedente judicial tem a função de destacar as regras de direito<sup>118</sup>. Por emergir do problema concreto, somente pode ser compreendida à luz de seus fatos relevantes: “A regra de direito inglês constitui [...] um princípio extraído de uma decisão judicial concreta, por indução, e passível de aplicação a situações idênticas”<sup>119</sup>.

Admite-se como consequência lógica do sistema de direito jurisprudencial que as regras estabelecidas pelos juízes sejam obrigatoriamente respeitadas<sup>120</sup>. Daí reconhecer-se existir fundamento de validade dos institutos jurídicos da *common law* inglesa no próprio precedente e, apesar de haver uma tradição de vinculação a ele, há decisões da antiga divisão jurisdicional da *House*

---

<sup>116</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 378.

<sup>117</sup> Idem. *Ibidem.*, p. 415.

<sup>118</sup> Idem. *Ibidem.*, p. 428.

<sup>119</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 20-21. Grifos do autor.

<sup>120</sup> OLIVEIRA, Flávio Luis de; BRITO, Jaime Domingues. Os precedentes vinculantes são normas? In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Org.). *Sistema constitucional de garantias e seus mecanismos de proteção*. Birigui: Boreal, 2013, p. 175-191, p. 179.

*of Lords* que estipulam a *obrigatoriedade* de vinculação de forma rigorosa, apenas na segunda metade do século XIX<sup>121</sup>.

Com efeito, a regra do precedente, que impunha aos juízes o respeito às regras criadas pelos antecessores, que já havia sido declarada pela *House of Lords* no caso *Beamish v. Beamish* [1861], todavia, se estabeleceu de forma veemente quando o mesmo Tribunal decidiu o caso *London Tramways Company v. London County Council* [1898]<sup>122</sup>:

A partir desse julgado, entendeu-se que as decisões da *House of Lords* (Câmara dos Lordes) vinculam, além de todos os outros tribunais (vinculação externa), também a si próprio (vinculação interna). É um reconhecimento cabal quanto à obrigatoriedade dos precedentes. [...]. A política do precedente objetiva dois fins. Primeiro, a adoção do precedente busca solucionar o conflito objeto do caso concreto, visando a determinar qual dos litigantes tem razão na disputa [...]. Segundo, busca-se extrair uma regra ou um princípio, decorrente da resolução do conflito, que seja aplicável, no futuro, em casos semelhantes, desenvolvendo-se uma política legal, numa perspectiva *foward looking*<sup>123</sup>.

É neste período histórico que se desenvolve a teoria do *stare decisis et quieta non movere* (aderir aos precedentes e não perturbar as coisas já estabelecidas), ou simplesmente *stare decisis*, que estuda o modo de utilização do precedente com a finalidade “de decidir casos com base nas decisões tomadas em casos similares no passado por meio de mecanismos que identificam a experiência comum ou questões semelhantes entre os casos”<sup>124</sup>.

Em razão da enorme importância atribuída aos precedentes no *common law*, chega-se a enxergar neles um “corpo de leis separado”, tendo valor prático e facilitador na tomada das decisões:

Os precedentes são importantes, acima de tudo, porque a doutrina básica do Direito é *stare decisis* (‘mantenha-se a decisão’, jurisprudência), de acordo com a qual um tribunal está preso a seus próprios precedentes e àqueles dos tribunais superiores a ele na hierarquia judiciária. Espera-se que os juízes, em geral, sigam as interpretações das constituições e das leis que já foram estabelecidas em

---

<sup>121</sup> NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 130.

<sup>122</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 160-162.

<sup>123</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 83-84.

<sup>124</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 198.

outros casos. À parte a doutrina legal, os precedentes têm um valor prático. O seguimento do precedente permite que um juiz se baseie na prática anterior em vez de seguir direções novas e talvez perigosas em interpretação jurídica. De um modo mais geral, isto facilita a tarefa da tomada de decisões<sup>125</sup>.

É importante considerar que nem tudo o que constou no precedente deve ser obrigatoriamente seguido, “mas somente a norma da Lei que foi necessária para a decisão naquele caso, o que é chamado de *ratio decidendi*. Outras coisas estabelecidas, chamadas *obter dicta* ou simplesmente *dicta*, não tem força legal”<sup>126</sup>.

A adequada compreensão da força obrigatória do precedente da *common law* é de suma importância. Os juristas acostumados a operar no sistema do *civil law* tendem a interpretar incorretamente a eficácia do precedente naquele sistema, a ponto de se ter a falsa ideia de reduzir a função do juiz à de mero aplicador mecânico de julgados anteriores<sup>127</sup>. O que se tem, a bem da verdade, é a busca do juiz do caso sucessivo pela *ratio decidendi* do caso pretérito para, após sua comparação com o novo caso, decidir pela aplicação, afastamento (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) do precedente<sup>128</sup>.

Além do mais, nem todas as decisões detêm caráter vinculante no âmbito da *common law*: “sempre que se vai julgar a aplicabilidade de um julgado passado a um litígio presente, é fundamental perquirir sobre a força (*authority*) que liga os dois casos: essa força pode ser obrigatória (*binding* ou *constraining*) ou meramente persuasiva (*persuasive* ou *advisory*)”<sup>129</sup>.

Na Inglaterra, pode-se dividir em três as formas de vinculação dos juízes aos precedentes, conforme sustenta René David:

1.º - As decisões tomadas pelas Câmara dos Lordes constituem precedentes obrigatórios, cuja doutrina deve ser seguida por todas as jurisdições salvo excepcionalmente por ela própria; 2.º - As decisões tomadas pelo *Court of Appeal* constituem precedentes obrigatórios para todas as jurisdições inferiores hierarquicamente a este tribunal e, salvo em matéria criminal, para o próprio *Court of Appeal*; 3.º - As decisões tomadas pelo *High Court of Justice* impõem às jurisdições inferiores e, sem serem rigorosamente obrigatórias, têm um grande valor de persuasão e são geralmente seguidas

---

<sup>125</sup> BAUM, Lawrence. *A suprema corte americana*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 191-192.

<sup>126</sup> BAUM, Lawrence. *A suprema corte americana*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 192.

<sup>127</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 89.

<sup>128</sup> TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. Uniformização de jurisprudência. *Revista de Processo*, n. 104, ano 26, out/dez 2001, p. 202.

<sup>129</sup> RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 66-67.

pelas diferentes divisões do próprio *High Court of Justice* e pelo *Crown Court*. [...] As decisões emanadas de outros tribunais ou organismos ‘quase-judiciários’ podem ter um valor de persuasão; não constituem nunca precedentes obrigatórios”<sup>130</sup>.

É esta, portanto, a função precípua do precedente judicial no *common law*: transformar-se em norma jurídica que deve ser acatada obrigatoriamente, pelas cortes inferiores e pelo próprio órgão julgador, em demandas semelhantes, exceto quando o precedente for revogado ou não se aplicar ao caso subsequente.

Os precedentes judiciais, no entanto, não são a única fonte da *common law*, que conta, também, com a razão, o costume, a doutrina e a lei como fontes do direito, muito embora estas não gozem delas do mesmo valor e prestígio que aqueles.

Tendo a característica de um sistema aberto, onde as regras não são precisamente estabelecidas, dado que sua criação ocorre paulatinamente pelas decisões judiciais, a razão é considerada “a fonte inesgotável, à qual os tribunais recorrerão, tanto para preencher as lacunas do sistema de direito inglês, como para guiar a evolução deste sistema”<sup>131</sup>.

Ao contrário dos sistemas onde o centro normativo é a lei e o seu conteúdo é interpretado pela razão, no *common law*, é com base na própria razão que se constrói “um ordenamento coerente, apesar do casuísmo de suas regras, preenchendo-se lacunas, efetuando-se distinções entre precedentes e casos posteriores, ou revogando-se entendimentos antigos e, assim, formulando-se novos conceitos”<sup>132</sup>.

O costume também está no elenco das fontes do direito inglês, embora se atribua a ele um papel bastante restrito, pois, para ser obrigatório, ele deve ser imemorial, ou seja, já existente em 1189<sup>133</sup>, conforme se estipulou no Estatuto de Westminster I, de 1275<sup>134</sup>.

O papel da doutrina como fonte do direito, muito embora venha adquirindo maior importância na atualidade, sempre teve modesto papel no *common law*<sup>135</sup>, dada sua característica de direito eminentemente prático, exercido por juristas que não eram formados em universidades<sup>136</sup>.

A lei, por sua vez, constitui uma fonte secundária, cuja função seria apenas a de corrigir e agregar ao corpo do direito jurisprudencial inglês. Por

---

<sup>130</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 428-429.

<sup>131</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 439.

<sup>132</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 24.

<sup>133</sup> DAVID, René. *Ibidem.*, p. 437.

<sup>134</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Ibidem.*, p. 24.

<sup>135</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54.

<sup>136</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013, p. 19.

serem oriundas da soberania parlamentar, serão respeitadas e aplicadas pelos juízes. No entanto, não se recomenda procurar nela os princípios gerais de direito<sup>137</sup>, mas apenas as soluções que esclareçam ou corrijam os princípios enunciados pelas decisões judiciais<sup>138</sup>.

A função secundária da lei na operacionalização do *common law* fica tanto mais evidente quando se nota sua assimilação pelos juristas somente depois de existir sua interpretação pelos tribunais em algum caso concreto<sup>139</sup>:

O essencial é que a lei, na concepção tradicional inglesa, não é considerada como um modo de expressão normal do direito. Ela é sempre uma peça estranha no sistema do direito inglês. Os juízes aplicá-las-ão certamente, mas a regra que contém a lei só será definitivamente admitida e plenamente incorporada no direito inglês quando tiver sido aplicada e interpretada pelos tribunais e na forma e na medida em que serão feitas esta aplicação e esta interpretação.

Na Inglaterra citar-se-ão logo que possível, noutros termos, em vez do texto de uma lei, as decisões que terão feito aplicação desta lei. Só em presença destas decisões o jurista inglês saberá verdadeiramente o significado da lei, porque só então encontrará a regra de direito sob o aspecto que lhe é familiar, o da regra jurisprudencial<sup>140</sup>.

Deste modo, justamente em razão da cultura de respeito primordial aos precedentes, conforme a doutrina do *stare decisis*, ainda que numerosas sejam as leis escritas nos países do *common law*, seu papel como fonte de direito é reduzido, quando comparado às decisões judiciais.

### 3 A CIVIL LAW

Rompendo os muros do Império Romano, para conquistar a América Latina, partes da África, Oriente Médio, Japão e Indonésia, a família romano-germânica, também denominada de *Civil Law* tem sua expansão explicada pelos movimentos colonizadores e pela técnica da codificação legislativa<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013, p. 27.

<sup>138</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54.

<sup>139</sup> OLIVEIRA, Flávio Luis de; BRITO, Jaime Domingues. Os precedentes vinculantes são normas? In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Org.). *Sistema constitucional de garantias e seus mecanismos de proteção*. Birigui: Boreal, 2013, p. 182.

<sup>140</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 434.

<sup>141</sup> DAVID, René. *Ibidem*, p. 33-34.

Pode ser conceituada como “um conjunto sistemático de regras lógicas, fechadas e rígidas. Parte-se do pressuposto de que toda a espécie de questões pode e deve, pelo menos em teoria, ser resolvida pela ‘interpretação’ de uma norma jurídica existente”<sup>142</sup>.

Nesta tradição, a manifestação do direito é protagonizada pela lei, remanescendo papel acessório e mediato à decisão judicial, ocasionando a utilização da subsunção do fato à norma para a resolução das questões jurídicas. A *civil law* vale-se do método de subsunção do fato à norma legislada, da qual é extraído o significado através da atividade hermenêutica<sup>143</sup>.

A centralidade da lei nos modelos romano-germânicos pode ser bem compreendida através da análise de seu processo de formação, que será objeto de análise a seguir.

#### 4.1 A origem do *civil law*

A *civil law* tem ligação com o Direito Romano, assim entendido aquele “conjunto de regras jurídicas que vigoraram no império romano durante cerca de 12 séculos, ou seja, desde a fundação da cidade, em 753 a.C., até a morte do imperador Justiniano, em 565 depois de Cristo (para outros 753 a 1453)”<sup>144</sup>. Dita influência, todavia, não foi exclusiva dada a interferência, também, do direito canônico, comercial e até mesmo das revoluções oitocentistas ocorridas na Europa<sup>145</sup>.

O Imperador Justiniano promoveu<sup>146</sup>, por volta do ano de 530 depois de Cristo, uma compilação das obras dos juristas clássicos, incluindo-se o *Digesto* e a *Pandectas*, o *Codex*, as *Institutas*. Tais materiais, acrescidos de um compilado póstumo da legislação construída pelo próprio Justiniano, deu origem ao “conjunto de livros que receberá o nome de *Corpus Iuris Civilis* e que constituirá a memória medieval e moderna do direito romano”<sup>147</sup>.

Alcançado o século XII, de renascimento do Ocidente europeu, após o declínio do Império Romano desde o século V, das invasões bárbaras e todo o período de guerras, violência e fragmentação territorial pelo qual passou a

---

<sup>142</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 86.

<sup>143</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 12.

<sup>144</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 7.

<sup>145</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *common law* e de *civil law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador, JusPodivm, 2012, p. 58.

<sup>146</sup> NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 42.

<sup>147</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Ibidem.*, p. 42.

Europa<sup>148</sup>, considerou-se que a ordem e a segurança seriam alcançadas através do direito.

O *Corpus Iuris Civilis*, entendido como o direito capaz de exprimir a justiça, passou a ser objeto de investigação pelos glosadores e comentadores nas universidades europeias, juntamente com o direito costumeiro bárbaro, o canônico, dentre outros<sup>149</sup>. Referidos estudos tinham o objetivo de ordenar e criar segurança, chegando a textos confortavelmente coerentes, pois tal conjunto de livros jamais chegou a ser um verdadeiro código<sup>150</sup>.

Ao contrário do que se verificou no desenvolvimento da *common law*, a *civil law* firmou-se nos séculos XII e XIII sem o intermédio de um poder político forte e centralizado. Pelo contrário: não observou as fronteiras então existentes para se tornar um direito comum a toda a Europa, baseado em uma comunidade de cultura<sup>151</sup>.

O direito romano inicialmente estudado nas universidades evoluiu paulatinamente. Os glosadores, que eram juristas acadêmicos, buscaram o sentido original dos textos romanos. Já os pós-glosadores, ou comentadores<sup>152</sup>, tinham uma atividade prática, muitas vezes atuando como consultores de magistrados e particulares, razão pela qual trabalharam na adaptação daquele direito à sociedade da época, tornando-o profundamente modificado já nos séculos XIV e XV<sup>153</sup>.

Dentre as vantagens encontradas para o estudo de tal direito nas universidades, pode-se destacar [1] segurança e a certeza do direito escrito; [2] ser comum a toda a Europa continental; [3] ser mais completo que os direitos locais então existentes; [4] ser mais evoluído, por ter sido elaborado na desenvolvida sociedade romana<sup>154</sup>.

Nos séculos XVII e XVIII a escola do direito natural triunfa nas universidades e afasta de vez o direito estudado nas universidades daquele sistematizado por Justiniano, para o tornar sistemático, racional, imutável e vocacionado à aplicação universal<sup>155</sup>.

Com as Revoluções Americana e Francesa e a independência das diversas colônias americanas, há uma repulsa aos desmandos monárquicos e

---

<sup>148</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Ibidem.*, p. 42.

<sup>149</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

<sup>150</sup> WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24.

<sup>151</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40-41.

<sup>152</sup> DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. *Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador, JusPodivm, 2012, p. 48.

<sup>153</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 44.

<sup>154</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Ibidem.*, p. 69.

<sup>155</sup> DAVID, René. *Ibidem.*, p. 46.

inicia-se um novo período histórico, onde o direito passou a se identificar com a lei<sup>156</sup>, que passa a se codificar e disciplinar toda a vida em sociedade.

Reconhecidos os direitos naturais, como a propriedade, a liberdade e a vida, “a função do governo passa a ser a de reconhecer e proteger estes direitos e assegurar a equidade entre as pessoas”<sup>157</sup>. Em decorrência da mesma ideologia, com vistas a limitar o Poder Judiciário, anteriormente aristocrático e historicamente aliado ao Rei, tem lugar a teoria da separação dos poderes de Montesquieu, onde se “desejou o juiz como um ser ‘inanimado’, cuja função deveria ser a de apenas descrever as palavras da lei”<sup>158</sup>.

Toda a evolução histórica relatada deu origem a um direito eminentemente codificado – tendo o Código de Napoleão como seu máximo expoente -, onde a lei ocupava o papel normativo central, espelhando a vontade geral dos cidadãos com clareza e completude<sup>159</sup> e com vistas a aniquilar a liberdade de interpretação dos textos legais:

Tratava-se, também, de uma reação ao *Ancien Régime*, pois a codificação visava prevenir o arbítrio estatal contra possíveis inovações judiciais. O juiz, portanto, deveria ser neutro aos interesses em jogo e aos valores plasmados no Código, sendo considerado simplesmente como sendo *la bouche de la loi* (a boca da lei). A sentença deveria subsumir-se, direta e automaticamente, à lei para que, desta forma, ficasse mais fácil controlar a atividade jurisdicional<sup>160</sup>.

De acordo com o pensamento jurídico dominante na época, a regulamentação da vida em sociedade deveria ser realizada pelo Código. Ele teria resposta para todos os problemas apresentados ao juiz<sup>161</sup>. Para garantir a impossibilidade de se decidir de acordo com os interesses do clero ou da nobreza “a aplicação da lei nada mais deveria ser do que a subsunção lógica dos fatos à literalidade do dispositivo legal aplicável”<sup>162</sup>.

O Código de Napoleão, com 2.281 artigos, e o Código Prussiano, com mais de dezessete mil, são provas históricas da tentativa de se estabelecer, previamente e através dos códigos, a vida em sociedade, afastando-se a possibilidade de interpretação judicial das leis<sup>163</sup>.

---

<sup>156</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Ibidem.*, p. 45.

<sup>157</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 69-70.

<sup>158</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 26.

<sup>159</sup> *Idem.* *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

<sup>160</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 84.

<sup>161</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Ibidem*, 2014, p. 72.

<sup>162</sup> WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 26.

<sup>163</sup> CAMBI, Eduardo. *Ibidem.*, p. 80.

Dada a centralidade ocupada pela lei na *civil law*, é por ela que se deve iniciar o estudo de suas fontes.

#### 4.2 As fontes da *civil law*

Decorrentemente de seu processo de formação, vinculado ao direito romano canônico e ao direito alemão medieval, o Poder Legislativo tem papel destacado na *civil law*, razão pela qual à lei é conferida a primazia dentre as fontes do direito.

O descrédito para com as decisões judiciais do período anterior à Revolução Francesa, quando “os juízes, com frequência, decidiam com base na vontade dos governantes”<sup>164</sup>, culminou na busca por uma certeza jurídica que ocasionou a identificação do direito com a lei. Nesse pano de fundo, aplicando firme e indistintamente da lei, tal como lançada pelo Poder Legislativo, almejava-se segurança jurídica e a igualdade de tratamento<sup>165</sup>.

Sendo a principal fonte da *civil law*, a lei possui a vantagem de simplificar o conhecimento do direito, bem como de torná-lo menos fragmentário e mais sistemático. Seu significado final, todavia, muito dependerá da maneira de sua aplicação aos casos concretos, face aos atributos da generalidade e abstração<sup>166</sup>, aos quais também podem ser somados os predicados da obrigatoriedade e da impessoalidade<sup>167</sup>.

A *civil law*, possuindo forte ligação com as universidades em seu processo de formação, por muito tempo teve a doutrina como sua fonte fundamental. Apesar da primazia e o triunfo da codificação em determinado momento histórico, continua ela possuindo importância expressiva para o direito, seja para fins de elaboração de vocabulário e orientação do legislador ou mesmo para a estipulação de métodos interpretativos da legislação<sup>168</sup>.

Os princípios gerais também são fontes importantes de direito, especialmente aqueles que possuem assento constitucional, responsáveis pela inclusão da equidade no sistema jurídico, destinando-se à solução dos conflitos normativos, bem como a sua interpretação e expansão<sup>169</sup>. Na atualidade, são dotados de força normativa imediata e reconhecidos como pilares axiológicos

---

<sup>164</sup> FILIPPO, Thiago Baldani Gomes De. *Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 100.

<sup>165</sup> BARBOSA, Adriano. Das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados à necessidade de precedentes obrigatórios - uma breve reflexão à luz do projeto do novo CPC. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador, JusPodivm, 2012, p. 253.

<sup>166</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 47.

<sup>167</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 67

<sup>168</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 164-165.

<sup>169</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Ibidem*, p. 47.

do sistema, ao expressarem os valores e fins da sociedade na qual estão inseridos<sup>170</sup>.

Mesmo com o esforço positivista em aniquilar a importância dos costumes, à exceção daqueles contrários à lei (*contra legem*), eles continuam reconhecidos como fontes complementares de direito<sup>171</sup>. Compreende-se que, quando atuam conforme a lei (*secundum legem*), possuem a finalidade de preencher os conteúdos jurídicos vagos ou indeterminados, cujo teor pode variar de acordo com a época ou a sociedade em que forem observados.

A importância das decisões judiciais pretéritas como fonte do direito teve grande variação no decorrer do desenvolvimento do *civil law*. Pode-se dizer que, na atualidade, sua atuação tem acréscimo paulatino, apesar de, via de regra, não terem força obrigatória<sup>172</sup>.

Na origem da *civil law*, como a lei estava no centro normativo e o juiz era desprovido de capacidade interpretativa, não havia razão para a observância das decisões anteriormente proferidas. Os precedentes judiciais não eram fonte de direito e nenhuma Corte estava vinculada a decisão anterior dela própria ou de nenhum outro Tribunal, mesmo que houvesse demonstração do entendimento acerca de determinada questão jurídica<sup>173</sup>.

A valorização do precedente judicial decorreu do declínio do positivismo jurídico, da descodificação e da técnica legislativa das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, os quais, em razão do desenvolvimento social e econômico, foram incorporados à legislação para possibilitar ao julgador uma maior margem interpretativa e concretizadora das normas jurídicas por intermédio de suas decisões<sup>174</sup>.

Paulatinamente, verificou-se a retomada e o desenvolvimento de teorias hermenêuticas que colocaram em relevo o papel das decisões judiciais: defenderam uma análise dos litígios focada no problema, buscando sua composição a partir dos diversos argumentos e pontos de vista (tópicos) suscitados pelas partes e de seu teor persuasivo. Observaram que o direito só se define à luz do caso concreto, por um processo circular que parte da pré-compreensão do texto, passa pelas peculiaridades da demanda, e retorna à norma, precisando seu conteúdo; pregaram que as pessoas não são governadas apenas por regras explícitas, mas também por princípios que

---

<sup>170</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 87.

<sup>171</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59.

<sup>172</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 48.

<sup>173</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 74.

<sup>174</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 214.

decorrem dessas regras; e demonstraram, finalmente, que a atividade jurisdicional pressupõe que os magistrados formulem juízos de valor, a partir dos fatos e dos argumentos apresentados pelas partes, legitimando-se a função criativa<sup>175</sup>.

Nesta quadra histórica, verificou-se que a exata compreensão do conteúdo da norma jurídica não mais se confunde com o texto da lei. Se, antes, a norma identificava-se com a lei e era reduzida à vontade do legislador, agora ela é fruto da interpretação realizada pelo intérprete<sup>176</sup>, ao qual se abre um enorme campo de manobra quando o ordenamento jurídico é composto por princípios, conceitos indeterminados e cláusulas gerais<sup>177</sup>.

Da mesma forma que é possível aos juízes a criação de inúmeras normas jurídicas para as situações bastante semelhantes, com fundamento nos princípios, cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, a função destes instrumentos legislativos é outra, qual seja, a de possibilitar a extração da regra jurídica adequada ao caso concreto<sup>178</sup>.

É neste pano de fundo que a função dos precedentes ganha relevo na *civil law*, com o fito de superar a indeterminação das normas, estabelecer critérios ou princípios norteadores das decisões futuras, funcionando como verdadeiros instrumentos uniformizadores das interpretações possíveis da norma jurídica, fornecendo ao cidadão condições mínimas para conhecer o direito e agir de acordo com ele<sup>179</sup>, o que, em última análise significa um mínimo de estabilidade, segurança jurídica e previsibilidade da ordem jurídica<sup>180</sup>.

## 5 OS PRECEDENTES COM EFEITO VINCULANTE BRASILEIRO NÃO SE EQUIPARAM AO PRECEDENTE JUDICIAL DA COMMON LAW

A função exercida pela lei e pelo precedente judicial varia enormemente de acordo com a tradição jurídica analisada. A globalização tem sido apontada como causa da aproximação da *civil law* e da *common law*<sup>181</sup>.

Em países de tradição romano-germânica como o Brasil, a consequência primordial disso tem sido a crescente e obstinada pretensão dos juristas de se dotar as decisões judiciais de força obrigatória ou vinculante, com o escopo de

---

<sup>175</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Ibidem.*, p. 49-50.

<sup>176</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 85.

<sup>177</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 215.

<sup>178</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 154.

<sup>179</sup> CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. Súmulas vinculantes. *Revista de Processo*, n. 168, ano 34, fev/2009, p. 143-160.

<sup>180</sup> ROSITO, Francisco. *Ibidem.*, p. 215-217.

<sup>181</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 225.

não apenas agilizar a técnica processual<sup>182</sup>, mas também para racionalizar a atividade jurisdicional e fornecer segurança jurídica ao jurisdicionado<sup>183</sup>.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, por exemplo, dotou determinadas decisões judiciais de efeito normativa ou vinculante, tais como [a] *as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade de normas em face da Constituição Federal*, mediante ações declaratórias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, ou em arguições de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, § 2º); [b] *as súmulas vinculantes*, editadas pelo Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional que versem sobre a validade, interpretação e eficácia de determinada norma e causem grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos, mediante o voto de dois terços de seus membros (CF, art. 103-A); [c] *as decisões proferidas por Tribunais de Justiça, em controle concentrado de constitucionalidade de normas municipais ou estaduais e face de Constituição Estadual* (CF, art. 125, § 2º); [d] *decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal, que reconheçam a inconstitucionalidade de norma em controle difuso, quando estas tiverem sua execução suspensa em razão de resolução do Senado Federal* (CF, art. 52, inciso X); e [e] *decisão incidental proferida em ação direta interventiva relativa a violação de princípio sensível, quando editado decreto de intervenção através do qual o ato impugnado seja suspenso* (CF, art. 36, § 3º)<sup>184</sup>.

Além disso, uma série de reformas processuais realizada nos últimos anos veio a disciplinar a utilização de precedentes judiciais, no intuito de estabilizar o direito brasileiro, podendo-se citar, no Código de Processo Civil, o art. 285-A (sentença liminar de improcedência), bem como o art. 518, § 1º (súmula impeditiva de recursos), os arts. 543-A e 543-B (repercussão geral para admissão de recurso especial), o art. 543-C (recursos repetitivos) e o art. 557, caput e § 1º (amplia os poderes de decisão do relator)<sup>185</sup>.

As súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal inegavelmente possuem caráter normativo<sup>186</sup>. No entanto, a análise do processo histórico de formação da *common law* e da *civil law*, assim como a função de cada uma de suas fontes, permite concluir que os precedentes dotados de força vinculante na ordem jurídica brasileira têm valor pelo enunciado genérico que veiculam, não pelos fundamentos que a embasaram (*ratio decidendi*)<sup>187</sup>.

Realmente, o precedente dotado de força vinculante no Brasil não pode ser equiparado friamente ao precedente judicial com o qual opera a doutrina do *stare decisis*. Na *common law*, a regra jurídica aplicada é extraída da *ratio decidendi*

<sup>182</sup> CAMBI, Eduardo. *Ibidem.*, p. 144.

<sup>183</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibidem.*, p. 120.

<sup>184</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 105.

<sup>185</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 145.

<sup>186</sup> OLIVEIRA, Flávio Luis de; BRITO, Jaime Domingues. Os precedentes vinculantes são normas? In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Org.). *Sistema constitucional de garantias e seus mecanismos de proteção*. Birigui: Boreal, 2013, p. 189.

<sup>187</sup> ABBOUD, Georges. Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 519.

do precedente, vale dizer, é encontrada através de sua interpretação. No direito brasileiro, o precedente vinculante é aplicado de forma mecânica ou subsuntiva ao caso sucessivo, como uma regra pronta, criada para solucionar os casos sucessivos<sup>188</sup>.

A primeira diferença que pode ser indicada é relacionada à origem do precedente em cada tradição: enquanto na *common law* o precedente judicial tem por origem a doutrina do *stare decisis* e, portanto, na cultura jurídica vivenciada, o precedente com efeito vinculante brasileiro fundamenta-se no próprio ordenamento jurídico<sup>189</sup>.

Mas não é só. Também há enorme diversidade quando ao modo de formação do precedente em cada um dos sistemas. O precedente com efeito vinculante brasileiro pretende-se geral e abstrato, assemelhando-se fortemente à lei. É por isso que o enunciado da súmula vinculante, por si só, consiste na *ratio decidendi*<sup>190</sup>, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como a administração pública em todas as suas esferas.

Quando o julgador da *common law* profere uma decisão, por sua vez, tem ele em mente a resolução daquele único aquele caso em exame. Inexiste pretensão vinculativa futura. Por esta razão, seu julgamento não apresenta, de forma pronta e acabada, aquilo que deverá ser considerado vinculante (*ratio decidendi*) aos casos futuros, havendo necessidade de o julgador sucessivo exercitar a árdua e trabalhosa atividade de investigação acerca de sua existência e aplicação ao caso novo<sup>191</sup>. Sua utilização, portanto, jamais ocorrerá automática e silogisticamente: “seu uso nunca é possível sem que o juiz promova verdadeira problematização a fim de determinar como sua incidência será feita caso a caso”<sup>192</sup>.

O modo de operar os precedentes da *common law* também é diferente daquela adotada no Brasil, justamente em razão das diversas fontes do direito que estão no centro de cada sistema, a lei ou o precedente judicial<sup>193</sup>.

Na *common law* a discussão da lide é baseada no precedente, a partir do qual as razões jurídicas são expostas pelas partes, as quais buscam evidenciar como a *ratio decidendi* pretérita abona sua tese<sup>194</sup>, pois é apenas aquela parte da decisão é que possui poder vinculante. Além disso, o precedente é uma decisão

---

<sup>188</sup> ABBOUD, Georges. Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 518.

<sup>189</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 287.

<sup>190</sup> OLIVEIRA, Flávio Luis de; BRITO, Jaime Domingues. Os precedentes vinculantes são normas? In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Org.). *Sistema constitucional de garantias e seus mecanismos de proteção*. Birigui: Boreal, 2013, p. 183.

<sup>191</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 222.

<sup>192</sup> ABBOUD, Georges. *Ibidem.*, p. 521.

<sup>193</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 186.

<sup>194</sup> ABBOUD, Georges. Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 521.

judicial concreta, vinculada aos fatos que lhe deram origem, a ser utilizada casuística e analogicamente a casos futuros.

Na *civil law* brasileira, por sua vez, o ponto de partida das discussões processuais reside na própria legislação. A decisão dotada de efeito vinculante, aí incluídas as súmulas vinculantes, por isso mesmo, nasce como verdadeira regra decisória desvinculada do caso do qual se originou para atingir um sem número de casos futuros. Não é sua intenção prestar apoio argumentativo das razões declinadas pelos litigantes, pois dispensam nova argumentação das partes: o julgador decidirá a lide a partir daquilo que ficou decidido na decisão paradigma<sup>195</sup>.

Desta feita, um breve olhar sobre as características básicas do precedente dotado de efeito vinculante existente na *civil law* brasileira e do precedente judicial da *common law* permite seja identificado um caminhar aproximativo de ambas as tradições jurídicas, muito embora seja inegável ainda persistirem diferenças quanto à origem, formação e operacionalização dos precedentes em cada uma delas.

## CONCLUSÃO

No Brasil, adota-se a tradição jurídica da *civil law*, na qual a operação do direito é sensivelmente diferente daquela realizada no âmbito da *common law*, muito embora possam ser indicados elementos de recente aproximação entre elas. Tal fenômeno é explicado pelo modo de criação e evolução histórica de cada uma das citadas famílias do direito ocidental.

Com apoio na história de ambas as tradições, o presente trabalho possibilitou verificar que a *common law* é derivada de um poder centralizado e forte, com a característica de um direito eminentemente prático, onde o precedente judicial é a principal fonte normativa, do qual se extrai o ordenamento jurídico e, portanto, suas razões de decidir (*ratio decidendi*) têm caráter vinculante.

A *civil law*, por sua vez, é originária das universidades e tem a lei como o centro de seu ordenamento jurídico, pois, nos idos da Revolução Francesa, almejava-se um juiz 'boca da lei', ao qual não se permitia interpretá-la. Acreditava-se em um direito codificado, onde os Códigos regulariam satisfatoriamente a vida em sociedade e o ato de julgar resumir-se-ia à subsunção lógica do fato à norma jurídica.

Houve condições de se compreender que a diferente autoridade do precedente judicial em cada tradição jurídica é explicada justamente pela diversa posição por ele ocupada em cada uma delas.

Uma vez que a *common law* veicula as regras e princípios de direito através do precedente, ele possui valor prático e facilitador: as decisões são tomadas com base em casos análogos decididos no passado, mediante experiência comum ou questões semelhantes. Esta afirmação, contudo, não reduz o juiz a aplicador mecânico de decisões. Ele sempre deve buscar pela

---

<sup>195</sup> Idem. Ibidem., p. 524.

razão de decidir (*ratio decidendi*) do precedente para, comparando-a com o caso novo, aplicá-la, afastá-la (*distinguishing*) ou superá-la (*overruling*).

Na *civil law*, por se acreditar que a atividade de julgamento com base na técnica da subsunção do fato à norma era suficiente para afastar julgamentos díspares, não havia preocupação com a igualdade de tratamento através das decisões judiciais, tampouco com a obrigatoriedade de respeito do precedente.

Derrotado o positivismo jurídico e paulatinamente abandonada a unanimidade da técnica da codificação, criaram-se leis contendo cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Viu-se que, ao julgador, foi aberta uma margem interpretativa dos textos e, com isso, multiplicou-se a possibilidade de serem proferidas decisões contraditórias. Ganhou relevo, então, a necessidade de estabelecimento de critérios ou princípios norteadores das decisões futuras, mediante a obrigatoriedade do respeito aos precedentes.

No Brasil, tal situação ganhou destaque com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, acompanhada de diversas reformas processuais, por meio das quais determinadas decisões passaram a ser dotadas de efeito vinculante ou normativo, como é o caso das Súmulas Vinculantes.

A hipótese ventilada no trabalho - identidade entre o precedente judicial da *common law* e o precedente com efeito vinculante brasileiro -, não se confirmou. Foram elencadas diferenças quanto à origem, formação e operacionalização dos institutos em cada tradição.

Realmente, o precedente com efeito vinculante do Brasil, além de encontrar amparo na própria legislação, possui valor pelo enunciado genérico e abstrato nele contido, desvinculando-se do caso empírico originário, com aplicação subsuntiva aos casos sucessivos, enquanto o precedente judicial da *common law* origina-se da cultura jurídica baseada na doutrina do *stare decisis*, permanece afeto aos fatos que lhe deram origem, não possui pretensão vinculativa futura, pois tal trabalho é relegado ao juiz sucessivo, ao qual incumbe averiguar a adequação de sua *ratio decidendi*.

## Referências

ABBOUD, Georges. Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 491-552.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARBOSA, Adriano. Das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados à necessidade de precedentes obrigatórios - uma breve reflexão à luz do projeto do novo CPC. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador, JusPodivm, 2012, p. 251-267.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BAUM, Lawrence. *A suprema corte americana*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_; BRITO, Jaime Domingues. Súmulas vinculantes. *Revista de Processo*, n. 168, ano 34, fev/2009, p. 143-160.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *common law* e de *civil law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador, JusPodivm, 2012, p. 41-82.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes De. *Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: JudPodivm, 2013.

OLIVEIRA, Flávio Luis de; BRITO, Jaime Domingues. Os precedentes vinculantes são normas? In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Org.). *Sistema constitucional de garantias e seus mecanismos de proteção*. Birigui: Boreal, 2013, p. 175-191.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. Uniformização de jurisprudência. *Revista de Processo*, n. 104, ano 26, out/dez 2001, p. 195-218.

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

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 11-95.

## UNIÕES PLÚRIMAS SOB A ÓTICA DOS CONCEITOS DE DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

Wilton Boigues Corbalan Tebar<sup>196</sup>

### Resumo:

O trabalho, inicialmente, procura traçar linhas sobre a conceituação e atuação do Direito de Família, mormente conferindo enfoque ao signo família, delimitando seu alcance em razão das várias contribuições doutrinárias existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Referidos conceitos serão abordados com carga científica suficiente para delimitar o objeto deste ramo do Direito, de modo a facilitar o desenvolvimento do trabalho. O trabalho analisará os diversos tipos de família existentes no ordenamento jurídico atual, qual seja o casamento e a união estável, deixando-se de analisar a chamada família monoparental (conquanto não constitui objeto deste estudo) no sentido de estabelecer se todos eles realmente ostentam esta característica e, portanto, são objetos de estudo do Direito de Família. Posteriormente o trabalho abordará a possibilidade de se considerar o dever de fidelidade como um princípio constitucional implícito (Princípio da Monogamia), estabelecendo a exigência de um novo conceito de Família. Nesse contexto de análise das normas atinentes ao casamento e a união estável e a necessidade do dever de fidelidade, será analisado a possibilidade ou validade de uniões plúrimas nestas espécies de família.

### INTRODUÇÃO

A discussão sobre a possibilidade de uniões plúrimas nas espécies de família existentes no ordenamento jurídico brasileiro, a nível teórico, consiste em importante instrumento para os aplicadores do Direito, conquanto a aplicação destas premissas teóricas possuem alto grau de aplicação prática.

Não obstante a aplicação prática da discussão, a fixação de premissas cientificamente adequadas contribui para o aprimoramento da ciência e evolução do Direito no trato com seus destinatários, ou seja, contribuem para a manutenção de um ambiente social menos propenso à proliferação de conflitos.

Os conceitos de Direito de Família existentes são capazes de nos fornecer respostas adequadas para o questionamento supramencionado, conquanto a carga valorativa científica desta ciência esta devidamente sedimentada no Direito Brasileiro.

---

<sup>196</sup> Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo Presidente Prudente. Foi 1º (primeiro) colocado no concurso de estagiários da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional de Presidente Prudente no ano de 2009. Recebeu menção honrosa à publicação do artigo intitulado como: **“BRASIL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS: ALUSÃO ÀS REGRAS DE DIREITO INTERNACIONAL E DE DIREITO INTERNO”** no Encontro Toledo de Iniciação Científica de Presidente Prudente no ano de 2011. Recebeu menção honrosa à publicação do artigo intitulado como: **“Análise Constitucional das Decisões Equivocada do Supremo Tribunal Federal acerca da Aplicação das Normas Introduzidas pelas Emendas Constitucionais 32/2001 e 42/2003”** no VIII Encontro de Iniciação Científica da Toledo de PP (2012). Advogado. Professor de Processo Civil nas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo Presidente Prudente.

O requisito abordado em ambas as espécies de família será a existência ou não da necessidade do Dever de Fidelidade, para então concluirmos sobre a validade da existência de uniões plúrimas ou concomitantes, através da formação de um novo conceito do signo Família.

Sendo assim, no primeiro capítulo foi abordado o conceito de Família existente no ordenamento jurídico, fixando premissas gerais que fundamentarão o restante do trabalho, isto é, serão seus suportes científicos considerados como adequados para o desenvolvimento do trabalho.

Posteriormente, no segundo capítulo o trabalho abordou duas espécies de família existentes no ordenamento jurídico pátrio, concernente ao casamento e a união estável, concentrando-se em demonstrar a necessidade do Dever de Fidelidade como um dos requisitos para a constituição das famílias em análise.

No terceiro e derradeiro capítulo foi analisada a evolução das teorias de legitimação constitucional, sustentando a eficácia normativa do Princípio Implícito da Monogamia no ordenamento jurídico, bem como a possibilidade de constituição de uniões plúrimas nas duas espécies de família até então estudadas, além de outras hipóteses que vem sendo confundidas como uniões plúrimas, mas que, através de uma análise mais atenta, não se enquadram nos requisitos autorizadores para serem consideradas Famílias pelo ordenamento jurídico (ausência de fidelidade).

O método a ser utilizado no presente estudo será o dialético, no sentido de fixar as premissas gerais para, posteriormente, serem utilizadas ou corroboradas pelo método dedutivo.

O método dialético demonstrará as características sedimentadas pelo Direito de Família sobre seu objeto de estudo, mais precisamente sobre o conceito de Família existente no ordenamento jurídico pátrio. A partir desta conceituação, será demonstrado que o signo Família comporta em seu conteúdo o dever de fidelidade pautado no Princípio Constitucional Implícito da Monogamia.

Neste passo, o método dedutivo corroborará esta nova premissa geral, no sentido de que, se o dever de fidelidade é inerente ao conceito de Família, conquanto nossa sociedade é monogâmica, com mais razão essa necessidade deve ser demonstrada nas espécies de família para sua caracterização ainda que o ordenamento infraconstitucional não o faça.

## **1 O CONCEITO DE FAMÍLIA E A DELIMITAÇÃO DO OBJETO**

Para que o desenvolvimento do trabalho se dê com segurança é necessária a compreensão do conceito de família a ser utilizado como premissa para dele extrair as conseqüências pretendidas ao longo do estudo.

A delimitação do objeto, portanto, é a principal necessidade a ser suprida neste momento, no sentido de conferir ao estudo certo grau de cientificidade que lhe é exigível.

Pois bem, sabemos que a Ciência do Direito não se confunde com o próprio Direito. Direito corresponde ao sistema jurídico vigente, isto é, ao conjunto de normas indutoras de comportamento representadas pelos deonticos modais (obrigatório, permitido e proibido). Ciência do Direito

corresponde ao conhecimento produzido a partir da análise destas normas pelos estudiosos do Direito.

Tendo como base a singela distinção conceitual supramencionada, o primeiro passo consiste em distinguir o signo Direito de Família e o termo Família. Em termos gerais, as normas que tratam sobre as diversas formas de Família existentes no ordenamento jurídico são o Direito, conquanto o Direito de Família é a Ciência que se preocupa em organizar e conceituar o tema.

Nesse passo, destacamos duas definições de Direito de Família que nos pareceu adequadas para o desenvolvimento do trabalho.

Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa “o Direito de Família estuda, em síntese, as *relações das pessoas unidas* pelo matrimônio, bem como daqueles que *convivem em uniões sem casamento*” (2010, p. 01) (grifo nosso) [...].

Para o mestre Clóvis Bevilacqua, temos por definição o Direito de Família:

Direito de família são as *normas que regulam o casamento, a união estável e as relações recíprocas de natureza pessoal e patrimonial* entre cônjuges, companheiros, pais, filhos e parentes, ou seja, constitui o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos da tutela e curatela (1954, V.2, p. 6) (grifo nosso)

Podemos claramente perceber em relação às duas definições supramencionadas, pelo menos um elemento comum, qual seja o estudo pelo Direito de Família das normas que tratam da relação pessoal entre as pessoas, seja pelo casamento ou pela união estável. Aqui reside o ponto de partida da Ciência do Direito que ensejará o desenvolvimento deste trabalho.

Posto isso, analisaremos doravante o conceito de Família existente entre os estudiosos pátrios e estrangeiros para, posteriormente, analisar as disposições normativas e demonstrar se este conceito é aplicável no atual estágio de evolução social.

Parece-nos gozar de maior cientificidade a posição de Eduardo A. Zannoni para quem:

La Familia es, ante todo, una institución social. Em su concepción moderna puede ser considerada um régimen de relaciones sociales que se *determina* mediante pautas institucionalizadas relativas a *la unión intersexual*, la procreación y el parentesco [...] Así, es trascendente la *pareja conyugal, esencialmente constituida para el intercambio en exclusividad de la vida sexual dirimiendo*, em satisfacción sincrônica, la integración de la famineidad y la masculinidad [...] (2002, p.03)

uma definición jurídica de la familia exige, pues, confrontar las relaciones sancionadas por el derecho em referencia al conjunto de personas vinculadas a partir de la unión intersexual y la procreación. La familia es así el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión intersexual, la procreación y el parentesco. Allí donde no existe vínculo jurídico no existirá tampoco relación jurídica familiar, aunque ello implique una discordancia con el vínculo biológico (2002, p. 07)

A análise do jurista Argentino é perfeita. Somente há que se considerar família aquele núcleo de pessoas a quem a lei confere tal condição. Já alerta o jurista sobre a necessidade de exclusividade da vida sexual para ser juridicamente considerada a união entre duas pessoas como família.

O Brasil possui uma realidade social peculiar e com o advento da Constituição Federal de 1988, em que o valor da dignidade da pessoa humana foi elencado como um Princípio Constitucional, o conceito de Família foi sendo “alargado” pelos doutrinadores pátrios, de modo que o vínculo jurídico deveria relegar-se a segundo plano, sendo necessário existir entre as pessoas somente um vínculo afetivo.

Sobre esse novo conceito de família temos as palavras de Dimas Messias de Carvalho:

o moderno Direito de Família agasalha, ainda, as diversas formas de família constituídas pela convivência e afeto entre seus membros, sem importar o vínculo biológico e o sexo” (2009, p. 03)

a família eudemonista é o conceito mais inovador de família, identificando-a pelo seu envolvimento afetivo, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros [...] é a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos familiares (2009, p. 06)

Em que pese o vínculo afetivo ser considerado como um novo requisito para se analisar a constituição de uma família, não pode ser o único, no sentido de que a família só gozará de proteção jurídica se a ordem jurídica o fizer, ou seja, se estiverem presentes todos os requisitos autorizadores de seu reconhecimento previstos na lei. A lei em questão é a Constituição Federal que nos traz os tipos de família existentes protegidos juridicamente.

Neste sentido, importante lição temos nos ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho quando analisar o conceito de família de diversos ângulos preleciona existir dois tipos de família, sem prejuízo de outros possíveis, a saber:

Família constitucional e família não-constitucional, sendo a primeira as mencionadas na constituição, ou seja, as

instituídas pelo casamento, união estável e monoparental (art. 226); enquanto a segunda são as demais não lembradas na constituição, podendo ser incluídas as formadas entre pessoas do mesmo sexo e as não monogâmicas (2006, p. 15)

Podemos concluir, portanto, com segurança que as únicas espécies de família protegidas juridicamente pelo ordenamento são aquelas previstas na Constituição Federal. No entanto, para serem consideradas famílias devem atender aos requisitos e princípios constitucionais que serão expostos doravante.

## 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL

Neste capítulo serão analisados os conceitos e deveres para a constituição de cada uma das espécies de família casamento e união estável, fornecendo subsídios científicos suficientes para o desenvolvimento do terceiro capítulo atinente à monogamia e o dever de fidelidade nas relações familiares como requisito indispensável pela norma jurídica para o reconhecimento da condição de família.

Em que pese a união estável ser considerada uma situação de fato protegida juridicamente, o fato de ter sido elencada na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, §3º como entidade familiar, nos demonstra a necessidade de estabelecer seus contornos jurídicos e científicos para delimitar o alcance do conceito protegido pela ordem jurídica.

Assim o é, vez que se considerarmos a necessidade da existência do dever de fidelidade nas relações de união estável, então a relação fática que não preencher este requisito não merece a proteção jurídica, não podendo ser considerada como família para efeitos legais.

Jaques de Camargo Penteado afirma que o casamento é instituto jurídico deferente a união estável, justificando sua posição no nível de proteção estabelecido pelo ordenamento jurídico a cada uma delas e a utilização de nomenclaturas diversas, discorrendo:

Casamento é casamento. União estável é união estável. Trata-se de relações distintas e com denominação diversa. Sua disciplina jurídica é específica (...). A Constituição Federal considera a família a base da sociedade e lhe outorga especial proteção estatal. A união estável forma uma `entidade familiar` que merece proteção simples. Fossem iguais e o texto não lhes atribuiria denominação diversa (2000, p.361)

Para Zeno Veloso também existe distinção entre estas espécies de família, conquanto:

A união estável é modo de constituição de família sem a formalidade da formação de casamento, mas, tirante isto, é semelhante ao casamento. Não se pode admitir ou conceber, no atual estágio da civilização, que, ressuscitando abolidas discriminações e preconceitos superados, uma família seja de primeira classe, e que as outras famílias sejam de segunda ou de terceira, só porque a primeira foi fundada numa solenidade, presidida por um juiz ou por uma autoridade religiosa (2003, p. 109-110)

Neste sentido, procederemos à conceituação destas espécies familiares e análise de seus deveres caracterizadores previstos no Código Civil.

Sílvio Rodrigues conceitua o casamento como “o contrato de direito de família que tem por fim promover a *união do homem e da mulher*, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência” (1999, p. 18).

Para Lafayette Rodrigues Pereira: “*Casamento é o ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferentes se unem sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida*” (1918, p. 19).

Por seu turno, para Clóvis Beviláqua:

O casamento é um contracto bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legalizando por ele sua relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole, que de ambos nascer (1982, p. 34)

Note, portanto, que para a constituição do casamento é necessária a *união* entre duas pessoas, de modo a estabelecer uma comunhão de interesses pessoais e patrimoniais. Ocorre que esta união deve ser pautada no dever de fidelidade, devendo ser considerado como elemento essencial de sua constituição, isto é, para gozar de proteção do ordenamento jurídico a família deve obedecer ao requisito ou dever de fidelidade.

Posto isto, podemos doravante analisar os deveres dos cônjuges, notadamente aquele atinente ao objeto de estudo deste trabalho, qual seja o dever de fidelidade.

Sobre os deveres do casamento dispõe o artigo 1.566 do Código Civil:

Artigo 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

*I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, em domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos;*

Note que a lei civil tratou de expressamente alocar como deveres dos cônjuges na relação matrimonial a fidelidade. A noção de fidelidade no casamento decorre do regime monogâmico vigente no País e também do dever

de mútuo respeito entre os cônjuges, uma vez que uma família pautada na convivência exclusiva, com a finalidade de constituir prole e se determinar socialmente, não pode ficar ao alvedrio de uma relação livre de modo a romper com os padrões éticos e morais mínimos aceitos socialmente.

Superado este primeiro momento de conceituação e análise dos deveres da espécie familiar casamento, passaremos a analisar a espécie familiar união estável e demonstrar as semelhanças e diferenças previstas na lei em relação ao casamento.

Maria Helena Diniz conceitua união como (2005, p. 795):

*União respeitável entre homem e mulher que revela intenção de vida em comum, tem aparência de casamento e é reconhecida pela Carta Magna como entidade familiar. É a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família desde que não haja impedimento matrimonial.*

Superado o momento da conceituação, entramos na reta final do presente capítulo demonstrando os deveres previstos na legislação civil atinentes à união estável e sua aproximação com o casamento, permitindo fornecer um novo elemento de conceituação do signo família necessário para sua proteção normativa.

Em relação aos deveres entre os conviventes a matéria se encontra regulada no artigo 1.724 do Código Civil que assim dispõe:

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e mútua assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos

Note a omissão por parte do legislador em relação à disciplina dos deveres dos conviventes no que tange à fidelidade. A doutrina majoritária entende que o dever de fidelidade está englobado no dever de lealdade, sofrendo resistência por parte minoritária da doutrina.

Com o perdão da transcrição de vários autores, mas a prática se mostra necessária para corroborar o entendimento de grande parte da doutrina brasileira sobre o tema.

Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho preleciona:

O Código Civil de 2002, ao tratar dos deveres do casamento, estabeleceu a fidelidade no art. 1.566, I. Já para se referir aos deveres da união estável, utilizou o termo lealdade. Assim dispõe o art. 1.724: "as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda e educação dos filhos".

Dessa forma, a expressão "fidelidade" é utilizada para identificar os deveres do casamento; enquanto "lealdade"

tem sido o termo utilizado para as relações de união estável.

No âmbito da união estável poder-se-ia mencionar que a ausência do termo "fidelidade" proporcionaria uma maior liberalização neste sentido. No entanto, este dever está expresso no vocábulo "lealdade" (s.a, p. 05)

Sobre o dever de fidelidade necessário para a constituição de família assevera Rolf Madaleno:

(...) a expressão `fidelidade` é utilizada para identificar os deveres do casamento; e `lealdade` tem sido a palavra utilizada para as relações de união estável, embora seja incontroverso o seu sentido único de ressaltar um comportamento moral e fático dos amantes casados ou conviventes, que têm o dever de preservar a exclusividade das suas relações como casal (A união estável, s.a, s.p)

Atento ao mesmo entendimento Álvaro Villaça preleciona:

(...) devemos mencionar o dever de lealdade recíproca, pois a lealdade é figura de caráter moral e jurídico independentemente de cogitar-se da fidelidade, cuja inobservância leva ao adultério, que é figura estranha ao concubinato"[26]. "É certo que não existe adultério entre companheiros; todavia, devem ser eles leais. A lealdade é gênero de que a fidelidade é espécie (...) Desse modo, a quebra do dever de lealdade, entre concubinos, implica injúria apta a motivar a separação de fato dos conviventes, dada a rescisão do contrato concubinário (2002, p. 444, 189)

Neste mesmo sentido temos os ensinamentos de Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho:

Pode-se dizer que a fidelidade, ainda que não se imponha nestes termos, é um requisito fático intrínseco à noção de entidade familiar. Não pode haver respeito e consideração mútuos, no contexto afetivo de um projeto de vida em comum, sem fidelidade e exclusividade (2010, p. 06)

Flávio Tartuce também expõe suas palavras sobre o tema:

Já a exclusividade, apesar de não constar expressamente no art. 1.723 do novo Código Civil, constitui para nós um dos requisitos para a união estável, relacionada com a intenção de constituição de família - boa-fé subjetiva - e

decorrente dos seus deveres, constantes do art. 1.724 da atual codificação – boa-fé objetiva (2005, p.05)

Neste sentido, Laura de Toledo Ponzoni:

O dever de lealdade implica franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural. (...) É impensável admitir-se que, no estágio em que se encontra nossa ordem jurídica, numa união estável, a qual tem a força e o poder de constituir a célula básica da sociedade, a família, pudessem os partícipes dessa união assumir um comportamento sexual livre e irrestringido (2008, s.p)

Por fim corrobora o mesmo ensinamento Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

Não se evidencia compatível com a ideia de respeito, lealdade e consideração recíprocos a infidelidade, o adultério, quer tomado em sua acepção estrita, de conjunção carnal com outrem, quer o quase-adultério (atos diversos da conjunção carnal), o adultério virtual [...] (2010, p. 333)

A questão mostra-se de certa forma pacificada pela análise da jurisprudência que é pacífica em entender a necessidade da fidelidade para a caracterização da união estável que será objeto de estudo no capítulo seguinte.

Por todo o exposto é necessário dizer que ao passo que a lei civil exigiu para a constituição do casamento e conseqüente proteção jurídica o requisito da fidelidade, o mesmo não o fez expressamente em relação a união estável, tendo mencionado apenas o dever de lealdade.

A polêmica deste tema ganhou destaque, conquanto a união estável, no mais das vezes, precisa da chancela estatal para sua caracterização jurídica, de modo a produzir os efeitos previstos na lei civil.

Desta forma, a necessidade ou não da demonstração deste requisito ao Poder Judiciário terá grandes implicações práticas, no sentido de considerar determinada situação de fato uma entidade familiar a ser protegida pelo direito.

### **3 A MONOGAMIA - O DEVER DE FIDELIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES - E O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA**

#### **3.1 Aspectos Constitucionais de Legitimação Teórica como fundamento da modificação do paradigma do signo família**

Para fornecer elementos suficientes para o novo conceito de Família no Direito Brasileiro, mister destacar a evolução das teorias de legitimação constitucional atinentes ao Constitucionalismo Clássico e do Neoconstitucionalismo.

Esta delimitação é necessária para discutir a concepção jurídica da Constituição Federal e seus efeitos no que tange ao ordenamento infraconstitucional.

O Constitucionalismo clássico, em termos gerais, é pautado na atuação negativa do Estado, no que tange aos direitos fundamentais, ou seja, o Estado tem o dever constitucional de não interferir ou violar os direitos fundamentais dos cidadãos<sup>197</sup>.

O Constitucionalismo Clássico, portanto, surgiu, notadamente, com a revolução francesa e americana. Com essas revoluções ocorreu o surgimento das primeiras constituições escritas.

Importante destacar o surgimento do constitucionalismo para entendermos então neoconstitucionalismo. O primeiro nasce do Estado de Direito nasce das concepções liberais, de liberdade política e de limitação do poder.

Para Canotilho, o Estado liberal clássico surge como “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade” (2003, p.339). Essas idéias são fortalecidas no art. 16 da Declaração de 1789: *“Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”*.

Portanto, trata-se de um Estado modelo liberal clássico, que é mínimo e constitucional, racionalmente constituído, segundo Miranda “desde que os indivíduos usufruam de liberdade, segurança e propriedade e desde que o poder esteja distribuído por diversos órgãos” (2009, p. 166).

Neste diapasão, podemos afirmar que na teoria do Constitucionalismo Clássico, o Estado, considerava todos igualmente perante a lei, independentemente de suas reais desigualdades, no sentido de que, quanto menor fosse a intervenção do Estado na vida social, maior seria o respeito ao cumprimento do texto constitucional, no que diz respeito à observância dos direitos fundamentais (direito de liberdade). O Constitucionalismo Clássico, portanto, está umbilicalmente ligado aos direitos de 1ª geração, ou seja, a liberdade dos cidadãos frente ao Estado.

Já o Neoconstitucionalismo vai um pouco além desta teoria clássica de legitimação constitucional. A partir da teoria neoconstitucional, o Estado, deveria assumir uma postura intervencionista, no que pertine à realização de direitos fundamentais. Sendo assim, o Estado assume uma feição positiva frente aos direitos positivados constitucionalmente, mais precisamente no que tange à concretização destes direitos fundamentais.

Isso ocorre com os direitos prestacionais da Lei Fundamental de

---

<sup>197</sup> Sobre o tema já tivemos a oportunidade de discorrer sobre um capítulo em TEBAR, Wilton; AMARAL, Sérgio. **Neoconstitucionalismo: Superação para concretização de direitos fundamentais**. Revista Intertemas – Revista Jurídica da Toledo, 2011, v.16, p. 122-147.

Waimar, de 1919, mas também é a história da Lei de Bonn de 1949, que parte-se da verdadeira revolução paradigmática do sentido e alcance das normas constitucionais.

Com a Constituição do Pós-Guerra, se adentra em alguns aspectos históricos do Tribunal Constitucional, que começou a funcionar em 1951, (*Bundesverfassungsgericht*). A novidade é o tratamento da Constituição como ordem objetiva de valores. Nesse contexto, como bem esclarece Leal, um dos fatores mais marcantes na atuação do *Bundesverfassungsgericht* foi sua capacidade construtiva no sentido de fortificação e consolidação dos direitos fundamentais, tomando-se como referência a noção de dignidade humana (2003, p. 62).

A mudança de paradigma aponta a Constituição como ordem de valores que tem seu marco a partir de importante decisão do *Bundesverfassungsgericht* referente ao caso Erich Lüth, na qual se construiu o entendimento de que os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão, isto é, caracterizam-se, ao mesmo tempo, pelo caráter subjetivo e objetivo.

Neste sentido, salienta Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 227):

Advirta-se, desde logo, que o reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais nada diz com o fato de que a existência e vigência dos direitos subjetivos pressupõem, necessariamente, sua previsão no direito objetivo. A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais significa que a eles é outorgada função autônoma que transcende essa dimensão subjetiva, dotando-lhes um plus jurídico que reforça a juridicidade das normas de direitos fundamentais.

A decisão supramencionada foi além, no sentido de chegar à conclusão de que existe a chamada eficácia horizontal privada dos direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais não são oponíveis somente ao Estado, mas também aos particulares.

Neste sentido Paulo Bonavides pondera as implicações desta decisão na interpretação constitucional dos direitos fundamentais (2000, p. 541-542):

A irradiação e propagação dos direitos fundamentais a toda a esfera do Direito Privado; b) elevação de tais direitos à categoria de princípios, de tal sorte que se convertem no mais importante pólo de eficácia normativa da Constituição; (...); d) aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais, com perda do caráter de normas programáticas

A Corte chama isso de *Ausstrahlungswirkung*, ou seja, uma eficácia de irradiação, na medida em que a dimensão objetiva fornece diretrizes para a aplicação e interpretação de todo o direito infraconstitucional e nas relações entre pessoas (Leal, op. cit., p. 63-66), “ou ainda, uma irradiação dos direitos

fundamentais para todo o ordenamento jurídico, inclusive abrangendo atos de particulares (eficácia horizontal)”.

O reconhecimento dos valores constitucionais para todo o sistema jurídico inaugurou a fase do *neoconstitucionalismo*, que para Cunha Júnior, “proporcionou o florescimento de um novo paradigma jurídico: o Estado Constitucional de Direito” (2008, p.9). Portanto, há uma mudança substancial no entendimento não apenas da doutrina, mas também dos tribunais sobre os direitos. Numa obra coletiva, Comanducci afirma que: “*si adopta el modelo axiológico de Constitución como norma*”.(2003, p. 84)

Dentro daquilo que se chama de corrente da teoria crítica do positivismo estão o italiano Gustavo Zagrebelsky, que assegura: “*El Estado constitucional está en contradicción com esta inercia mental*” (2009, p.33).

No mesmo sentido, note as palavras de Eduardo Cambi (2009, p. 87): “As Constituições atuais não apenas constituem limites para o legislador, mas também preveem um programa positivo de valores que devem ser por eles concretizados”.

O Neoconstitucionalismo, portanto, está ligado aos direitos de 2ª geração, ou seja, a igualdade material dos cidadãos representada pela concretização de direitos fundamentais e sociais. São as palavras de Prieto Sanchís: “a constituição já não é mais uma norma *normarum* à moda de Kelsen, encarregada somente de distribuir e organizar o poder entre os órgãos estatais, mas é uma norma com amplo e denso conteúdo substantivo que os juízes ordinários devem conhecer e aplicar a todo conflito jurídico” (2005, p.04).

O Neoconstitucionalismo prega que o direito não é apenas forma, não é apenas norma jurídica, ele tem que ter um conteúdo moral para ser válido. O conteúdo moral é aquele ditado pela Constituição Federal, como forma de validade das normas infraconstitucionais. Sendo assim, as constituições começaram a consagrar, expressamente, a dignidade da pessoa humana. E mais do que isso, passou a ser considerada um valor constitucional supremo. A partir da dignidade da pessoa humana, como núcleo da constituição, aconteceu a chamada rematerialização constitucional.

É por essa razão que afirma Antônio Cavalcanti Maia (2007, p. 02):

A incorporação de conteúdos substantivos no ápice das estruturas legais, com a rematerialização da Lei Maior, implicou, entre outras coisas, uma nova forma de enfrentar a vexata quaestio da filosofia do direito: as relações entre direito e moral – já que os princípios constitucionais abriram uma via de penetração moral no direito positivo.

As constituições antigas, do constitucionalismo liberal e por essa razão, são chamadas de clássicas, eram concisas. Posteriormente, com o rompimento do paradigma de legitimação constitucional, as constituições se tornaram extremamente prolixas. Posto isto, a principal forma de proteção da dignidade da pessoa humana é através dos direitos fundamentais. Começou-se a consagrar um extremo rol de direitos fundamentais exatamente para proteger a

dignidade da pessoa humana como o art. 5º da CF/88. As Constituições antigamente tinham um caráter mais político e não eram vistas como um órgão vinculante.

Corroborando que a leitura constitucional sob o aspecto do constitucionalismo clássico não corresponde ao novo modelo teórico brasileiro, acerca da proteção de direitos fundamentais temos a afirmação de Zagrebelsky para quem (1995, p.112):

Segundo a mentalidade do positivismo jurídico, as normas de princípio, ao conter fórmulas vagas, referências a aspirações ético-políticas, promessas não realizáveis pelo momento, esconderiam um vazio jurídico e produziram uma 'contaminação das verdadeiras normas jurídicas com afirmações políticas, proclamações de boas intenções, etc.

Neste sentido, surge desse novo constitucionalismo, o reconhecimento da força normativa da Constituição.

Notando esta evolução na interpretação constitucional Maria de Los Angeles Manassero salienta (2006, p. 49):

de acuerdo con el equilibrio reflexivo de Rawls, la consistencia entre valores y principios debe también asumir las convicciones e intuiciones más firmes, más arraigadas. Es decir que la formación de conjuntos de principios morales lógicamente consistentes queda limitada em función de dichas intuiciones. El proceso completo sería: a partir de algunas intuiciones, las más arraigadas, elaborar la teoría moral, en el momento en el que algunas intuiciones pueden ser abandonadas o corregidas y, finalmente, ensamblados los principios, las intuiciones iniciales pueden ser interpretadas de forma diferente a la del comienzo

Por todo o exposto, o Neoconstitucionalismo rompe com a postura inerte de aplicação dos direitos fundamentais, conquanto confere eficácia normativa à Constituição Federal, possibilitando a análise de um novo conceito de Família a irradiar efeitos sobre a legislação infraconstitucional.

### **3.2 A densidade normativa da Constituição Federal e as regras de Direito de Família**

Por todo o exposto no tópico posterior, podemos salientar que a densidade normativa da Constituição Federal é o marco inicial para a inovação conceitual do signo família no ordenamento jurídico pátrio.

Assim ocorre, vez que o Direito de Família é dotado de normas cogentes, isto é, indisponíveis, cabendo ao Estado fornecer um novo elemento

caracterizador do signo Família para merecer a proteção jurídica.

Neste mesmo sentido temos as palavras de Dimas Messias de Carvalho:

Assim, apesar de ser ramo do Direito Civil, portanto, privado, a maioria das normas do Direito de Família são cogentes ou de ordem pública, não se submetendo exclusivamente ao arbítrio individual, por manifestar um interesse público de solidificar a organização da família, alicerce de toda a estrutura da sociedade e da preservação e fortalecimento do Estado (2009, p. 15)

Com base neste entendimento as normas cogentes que orientam o Direito de Família devem estar previstos na Constituição Federal. Neste sentido, será demonstrado a presença de um Princípio Constitucional Implícito aplicável ao signo Família para sua caracterização, qual seja, o Princípio da *Fidelidade*.

Em posição diametralmente oposta temos os ensinamentos de Maria Berenice:

Uma ressalva merece ser feita com relação à monogamia. Não se trata de um princípio do direito estatal de família, mas sim de uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado [...] Pretender elevar a monogamia ao status de princípio constitucional autoriza que se chegue a resultados desastrosos (2009, p. 60,61)

Corroborando a posição adotada neste artigo Carlos Eduardo Pianovsk preleciona: “a infidelidade viola a expectativa de construção de uma vida em comum, fundada na convivência monogâmica pautada na exclusividade da relação conjugal” (s.a, p.212).

O dever de fidelidade para o reconhecimento ou validade da constituição de uma unidade familiar encontra respaldo na jurisprudência. Note alguns julgados:

Apelação Cível n. 70006077036, TJRS, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 18/06/2003

UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. CASAMENTO. RELACIONAMENTOS PARALELOS. COMPANHEIRO FALECIDO. MEAÇÃO. PROVA. DESCABIMENTO. Não caracteriza união estável o relacionamento simultâneo ao casamento, pois o nosso sistema é monogâmico e não admite concurso entre entidades familiares; nem se há falar em situação putativa, porque inexistente a boa-fé da companheira. Também incorre o instituto da sociedade de fato, uma vez que não comprovada a contribuição da mulher na constituição de acervo comum. Apelo

desprovido (grifos nossos)

Apelação Cível n. 70008648768, TJRS, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 02/06/2004:

UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. PROVA. REQUISITOS EVIDENCIADORES. ELEMENTO ANÍMICO NÃO PREENCHIDO. RELACIONAMENTOS PARALELOS. Embora preenchidos os requisitos objetivos do instituto, não restou comprovado o elemento anímico. A relação amorosa paralela do varão não permite inferir a "affectio maritalis". E o reconhecimento pela autora da existência de outro enlace impossibilita até mesmo o decreto de união estável putativa. É que sendo o nosso sistema monogâmico não se há de admitir o concurso entre entidades familiares, sendo descabido até mesmo apontar-se a situação putativa. Também não se há falar em mera infidelidade, pois esta, em se tratando de união livre, importa em indício da eventualidade do relacionamento. Apelo provido

Apelação Cível n. 70010479046, TJRS, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 13/04/2005:

APELAÇÃO CÍVEL. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO PARALELO AO CASAMENTO DO FALECIDO. Não se pode reconhecer união estável simultaneamente à hígida existência de casamento, se não restar cabalmente provada a alegada separação de fato. Só assim estará afastado o impedimento legal à constituição de união estável previsto no §1o do art. 1.723. Isso porque o Direito pátrio consagra o princípio da monogamia e não tolera a concomitância de entidades familiares. Igualmente, não há falar em união estável putativa, pois ausente a boa-fé da recorrente, que conhecia a situação conjugal do de cujus. NEGARAM PROVIMENTO, À UNANIMIDADE

Seja pelo fundamento de ordem moral, de ordem criminal (ao prever o crime de bigamia) ou analogia às regras do casamento, o nosso sistema consagra o Princípio da Monogamia e sendo um princípio constitucional implícito irradia eficácia normativa por todo o sistema, impedindo a existência de uniões plúrimas.

Desta forma, a mudança na teoria de legitimação constitucional da Constituição pátria, conferiu eficácia normativa ao texto constitucional, de

modo a irradiar efeitos por todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, suprimindo a omissão do dever de fidelidade nas relações entre duas pessoas que vivem em união estável.

### **3.3 Uniões Plúrimas ou concomitantes sob o prisma do Dever de Fidelidade**

Uniões concomitantes ou plúrimas são aquelas em que uma ou mais pessoas mantêm “relações conjugais” com outros parceiros sem à observância do Dever de Fidelidade exigido pelo ordenamento jurídico.

Como dito no primeiro capítulo deste trabalho a espécie familiar casamento tem tratamento jurídico diverso da espécie familiar união estável, conquanto este é um estado de fato informal ao passo que aquele é dotado de formalidades exigidas pelo ordenamento para sua constituição.

Não se está a negar que a união estável pode ser reconhecida formalmente, principalmente em sede cartorária, todavia, a realidade brasileira nos demonstra o alto índice de informalidade destas relações no País, de modo que dependem, posteriormente, de uma chancela estatal para seu reconhecimento como Família.

Diante desta rápida noção podemos extrair diferentes conseqüências quanto a análise das chamadas uniões plúrimas sob a ótica do casamento e da união estável, sempre tendo em mente no novo conceito de Família que zela pelo Dever de Fidelidade em qualquer tipo de família protegido pela Constituição Federal, obtido através da eficácia normativa do Princípio Constitucional Implícito da Monogamia.

Como a espécie familiar casamento exige o dever de fidelidade após a sua constituição quando preenchidos os procedimentos previstos em lei, podemos dizer que o rompimento deste requisito ou dever gera para o outro cônjuge o direito de divorciar-se estabelecendo a culpa do cônjuge infiel em relação a questões nucleares ao divórcio como a questão dos alimentos.

Já na união estável informal não podemos extrair tal conseqüência, uma vez que a análise deste requisito é feito antes de dar proteção jurídica a esta suposta entidade familiar, de modo que ausente o Dever de Fidelidade o Poder Judiciário não pode chancelar aquela situação informal como uma Família capaz de exercer todos os direitos previstos na Lei Civil.

Esta é a diferença essencial na análise do requisito ou Dever de Fidelidade exigido para ambas as espécies familiares. No casamento a infidelidade é causa de rompimento da família acarretando prejuízo ao cônjuge infiel somente em questões nucleares ao Divórcio. Já na união estável a análise do requisito é feito antes de se conceder a proteção estatal a esta relação informal impedindo a produção de efeitos jurídico nos termos da Lei Civil, isto é, impedindo que aquela relação informal seja reconhecida como Família pelo Direito.

## CONCLUSÃO

A delimitação do objeto de estudo da Ciência do Direito (contribuição científica deste trabalho) como sendo a análise das espécies de família previstas na Constituição Federal que gozam de proteção jurídica do ordenamento jurídico, foi indispensável para a análise conceitual do termo família, bem como a delimitação de alguns requisitos indispensáveis para sua constituição a nível de proteção jurídica.

Passada esta fase foram externados os conceitos e requisitos de ambas as espécies de família enfatizando seus elementos de aproximação, bem como a possível existência de um requisito essencial de sua constituição, qual seja a fidelidade entre as pessoas como meio hábil a conferir proteção jurídica prevista no ordenamento jurídico civil.

Corroborado a necessidade de demonstrar referido requisito como essencial para a constituição ou caracterização do signo família em qualquer de suas espécies, foi demonstrado que o fundamento desta obrigatoriedade reside no sistema monogâmico vigente no País, sustentando a existência de um Princípio Constitucional Implícito da Monogamia.

A conclusão da existência do Princípio Constitucional Implícito da Monogamia só foi possível através da demonstração da mudança na teoria de legitimação constitucional da Constituição pátria, que conferiu eficácia normativa ao texto constitucional, de modo a irradiar efeitos por todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, suprimindo a omissão do dever de fidelidade nas relações entre duas pessoas que vivem em união estável.

Superado este momento do trabalho, foi criado um novo conceito de família pautado na premissa geral da necessidade do dever de fidelidade para a caracterização das espécies de família previstas na Constituição Federal, contribuindo para o aprimoramento da cientificidade do Direito de Família.

A última conclusão apresentada foi que no casamento a infidelidade é causa de rompimento da família acarretando prejuízo ao cônjuge infiel somente em questões nucleares ao Divórcio. Já na união estável a análise do requisito é feito antes de se conceder a proteção estatal a esta relação informal impedindo a produção de efeitos jurídico nos termos da Lei Civil, isto é, impedindo que aquela relação informal seja reconhecida como Família pelo Direito.

## Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. Famílias Simultâneas e Concubinato Adulterino, in *Família e Cidadania - o Novo CCB e a Vacatio Legis - Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM*, coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil comentado*. São Paulo: Francisco Ales, 1954, v. 2.

\_\_\_\_\_. *Direito da Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1982.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de Família*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: Família – Sucessões – Vol. 5*. 5ª ed. 2006.
- COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONEL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de; et. all. *Efeitos pessoais da união estável*. São Paulo: Atlas, 2010.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro: Virgílio Maia & Comp., 1918.
- LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma Abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.
- MADALENO, Rolf. *A União (Ins)Estável (Relações Paralelas)*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/>; acesso em: 27/04/2008.
- MANASSERO, María de los Ángeles. *La interpretación en la era de neoconstitucionalismo/* coordenado por Juan Cianciardo – 1ª ed. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009.
- MAIA, Antônio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. Disponível na internet: [HTTP://mundojuridico.adv.br](http://mundojuridico.adv.br). Acesso em 28/02/2012.
- PENTEADO, Jacques de Camargo. *A Família e a Justiça Penal*, in *A Família na Travessia do Milênio - Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM*, p. 353 a 363. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 361.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. ***Direito de Família***. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- PONZONI, Laura de Toledo. *Famílias Simultâneas: União Estável e concubinato*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461> Acesso em 09.dez.2009.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Jueces e justicia em tiempos de constitucionalismo – entrevista AL profesor Luis Prieto Sanchís realizada por Pedro P. Grández Castro (mimeo)*. Toledo, 2005.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Direito de Família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva,

2002. v.6.

TARTUCE, Flávio. *O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO DE FAMÍLIA*. Artigo científico apresentado no V Congresso Brasileiro de Direito de Família, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família em Belo Horizonte, entre os dias 27 a 27 de outubro de 2005. Trabalho publicado na Revista Brasileira de Direito de Família n. 35, página 5.

VELOSO, Zeno. Código *Civil Comentado*. Vol. XVII. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. p. 105.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 9ª. ed. Madrid: Trotta, 2009.

\_\_\_\_\_. *El derecho dúctil. Ley, derechos e justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Tomo 1. 4ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea, 2002.